

**La adopción de menores por parte de parejas homoparentales y la influencia del
Bloque de Constitucionalidad en las decisiones de la Corte Constitucional
Colombiana.**

Vanessa Prada Rivera

Autora

Dra. Isabela Figueroa

Directora

Universidad del Magdalena

Facultad de Humanidades

Programa de Derecho

Santa Marta DTCH

Diciembre de 2021

Tabla de contenido

Resumen.....	3
Palabras claves	3
Abstract	3
Key words	34
Introducción	4
Capítulo I - El Bloque de Constitucionalidad en Colombia.....	8
I. 1. Introducción	8
I. 2. Origen y definición del Bloque de Constitucionalidad en Colombia.....	8
I. 3. Bloque de Constitucionalidad <i>stricto sensu</i> y <i>lato sensu</i>	10
I. 4. Importancia del Bloque de Constitucionalidad en Colombia.....	1243
I.5. Conclusión.....	14
Capítulo II - Decisiones de la Corte Constitucional con respecto a la adopción homoparental de menores desde 1992 hasta el 2009.	1546
II. 1. Introducción	1546
II. 2. Sentencia T-290 de 1995	1546
II. 3. Sentencia C-814 de 2001	1748
II. 4. Sentencia C- 075 de 2007	2425
II. 5. Sentencia C-802 de 2009	2728
II. 6. Conclusión	2930
Capítulo III - Decisiones de la Corte Constitucional con respecto a la adopción homoparental de menores desde 2009 hasta la actualidad.....	3132
III. 1. Introducción.....	3132
III. 2. Sentencia T-276 de 2012.....	3132
III.3. Sentencia SU-617 de 2014	3435
III.4. La Sentencia C-071 de 2015.....	3637
III.5. La Sentencia C-683 de 2015.....	3940
III.6. Conclusión	4546
IV. Conclusión	4748

Resumen

La presente investigación analiza uso del Bloque de Constitucionalidad en la toma de decisiones de la Corte Constitucional en lo referente a la adopción de niños, niñas y adolescentes por parte de parejas homoparentales. Para el desarrollo de este trabajo investigativo, se recolectó información primaria en las sentencias de la Corte Constitucional desde 1991 hasta 2015, bien como información secundaria disponible en la literatura jurídica pertinente. Se implementó técnicas de revisión literaria y la técnica de análisis legislativo y jurisprudencial, por medio de la cual fueron estudiados los distintos fundamentos y pronunciamientos del ordenamiento jurídico nacional, internacional y del Bloque de Constitucionalidad, en torno a la adopción homoparental.

Palabras claves

Bloque de Constitucionalidad, adopción homoparental, derechos humanos, prevalencia del interés del menor, garantías constitucionales.

Abstract

This research analyzes of the importance of the Constitutionality Block doctrine on the Constitutional Court decision-making in relation to the adoption of children and adolescents by homoparental couples. For the development of this research work, primary information was collected in the judgments of the Constitutional Court from 1991 to 2015, as well as secondary information available in the relevant legal literature. Literary review techniques and the technique of legislative and jurisprudential analysis were implemented, through which the different foundations and pronouncements of the national, international and Constitutionality Block legal system were studied, around homoparental adoption.

Key words

Constitutionality Block, homoparental adoption, human rights, prevalence of the interest of the minor, constitutional guarantees.

Introducción

La Constitución Política de Colombia de 1991 establece que los menores tienen derecho a crecer dentro de un núcleo familiar y no ser separado de este¹. Ese derecho genera un deber al Estado colombiano de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el vivir, desarrollarse y crecer en familia; a esto se le suma lo determinado por Ley 12 de 1991, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989².

El artículo 12 de la mencionada Ley reconoce la necesidad de brindar protección especial a los niños, niñas y adolescentes, tal como quedó establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. La Ley 12 de 1991 señala que los Estados Partes que tengan un sistema de adopción deberán velar y cuidar de los derechos de los menores respetando el interés superior de estos y la prevalencia de sus derechos ante los derechos de los demás.

Con esta Ley, el Estado Colombiano se comprometió a regir la adopción por parámetros determinados que contribuyen a garantizar los derechos de los menores³. Es por esto que, para el ordenamiento jurídico

¹ El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, establece taxativamente los derechos fundamentales que poseen los menores dentro del territorio colombiano, entre ellos establece el derecho a la familia, de la siguiente forma: “ARTÍCULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

² Ley 12 de 1991 por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, exalta y enmarca “la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”.

³ Ley 12 de 1991 también señala que los Estados partes “velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la

colombiano, los derechos de los menores gozan de una prelación con respecto a los demás derechos.

Los derechos de los niños y de las niñas se encuentran en un grado superior, es decir, que a la hora de sopesar un derecho de otro individuo con el de un menor de edad, el de este último prevalecerá⁴.

El derecho de los menores al bienestar y el derecho a una familia que ayude a su crianza y desarrollo en un entorno que les permita crecer con todas las garantías posibles no es un obstáculo para que parejas homoparentales adopten menores de edad, ofreciéndoles todas las garantías de vida necesarias. Lo anterior se plantea dado que, así como la Constitución y normas internacionales protegen y establecen la prevalencia de los menores en todo caso, también los mismos parámetros por ellas establecidas, dan cabida a que se hable de adopción de niños y niñas por parejas perteneciente al colectivo LGBTIQ+.

Tomando por base el principio de la igualdad, las personas de la comunidad LGBTIQ+ gozan de las mismas capacidades y derechos que las personas heterosexuales, y así lo precisó el Constituyente al establecer una Constitución que asegura, según su preámbulo, el cual posee carácter vinculante⁵ el respeto a la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantiza un orden político, económico y social justo, sin hacer distinción entre sus ciudadanos por razón de raza, sexo, orientación sexual, religión, credo, etc.

De igual forma, el artículo 5 de la Constitución determinó que el Estado reconoce la igualdad de los derechos inalienables de las personas a conformar una familia sin discriminación alguna. Aunado a esto, la

adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

⁴ En la sentencia T-075 de 2013 la Sala Plena de la Corte Constitucional señala que los derechos de los menores de edad priman sobre los de los demás, por lo cual se ofrecen mayores garantías y beneficios, para proteger su formación y desarrollo. Igualmente, al ser los niños sujetos de protección constitucional reforzada, atraen de manera prioritaria las actuaciones oficiales y particulares que les concierna. Así, en todas las situaciones en que entren en conflicto los derechos e intereses de los niños y los de las demás personas, deberá dárseles prelación a aquéllos.

⁵ En la sentencia C-479 de 1992, la Corte Constitucional define que el preámbulo de la Constitución Política de 1991, posee poder vinculante, y que toda ley y norma que vaya en contra de lo que en él se establece, lesiona directamente la Constitución.

Constitución de 1991, es reiterativa al decir que en Colombia todas las personas gozan de los mismos derechos ante la ley; además, ningún ser humano dentro del territorio colombiano puede ser discriminado en virtud de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica⁶.

Por lo tanto, a partir de 1990, cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad de las dolencias psiquiátricas –, tal como constan en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) del 17 de mayo de 1990 –, la orientación sexual de un individuo debió dejar de considerarse como un impedimento para cualquier asunto⁷. La homosexualidad, sin embargo, dejó de ser un tema controversial en el campo de la medicina, pero no en el campo de lo legal y moral.

En la presente investigación, se realiza un identificación, determinación y análisis minucioso de las sentencias proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional desde 1992 hasta la fecha, en referencia a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, y de las normas del Bloque de Constitucionalidad, las leyes y casos internacionales y las leyes nacionales, en las que la Corte sustentó las decisiones tomadas en ese lapso sobre la adopción homoparental. También se discuten los derechos fundamentales sobre los cuales se basó la Corte Constitucional para la toma de sus decisiones en razón de la adopción por parte de personas pertenecientes al colectivo LGBTIQ+.

No obstante, a pesar de la entrada en vigencia de la Constitución Política a principios de los años noventa, no fue hasta 1995 que la Corte Constitucional estuvo ante un caso de adopción homoparental, tal y como se constató durante esta investigación. Por ende, la línea jurisprudencial aquí analizada abarca los años 1995 hasta el 2015, cuando la Corte dictó el fallo hito – y último hasta el momento- en materia de adopción para la comunidad LGBTIQ+ en Colombia.

⁶ Artículo 13, Constitución Política de Colombia, 1991, en el cual el constituyente establece la igualdad entre todos y todas los colombianos y colombianas, diciendo que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

⁷https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/201722/WHA43_1990REC1_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Para ello, en el primer capítulo se recopiló la jurisprudencia emitida por la Sala plena de la Corte Constitucional sobre el tema en referencia y se desarrolló un análisis del origen y definición del Bloque de Constitucionalidad en Colombia, identificando las primeras apariciones de lo que hoy se conoce como Bloque de Constitucionalidad y su incidencia e importancia dentro de las decisiones nacionales, específicamente en la decisión tomada por la Corte al permitir la adopción homoparental.

En el segundo capítulo se hizo un estudio de las sentencias referentes a la adopción homoparental de niños, niñas y adolescentes emitidas por la Corte Constitucional colombiana, desde su implementación hasta el año 2009, periodo en que los fallos de la Corte estuvieron dirigidos a negar a las parejas del colectivo LGBTIQ+ la posibilidad de acceder a la adopción.

Finalmente, se realiza el estudio de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional desde el año 2012 hasta el 2015, años en donde la postura de la Corte al respecto de la adopción homoparental y el análisis que hacen de las normas constitucionales y del Bloque de Constitucionalidad, comienza a mostrar un cambio importante para el derecho y su aplicación en el territorio nacional.

Capítulo I - El Bloque de Constitucionalidad en Colombia

I. 1. Introducción

En el presente capítulo se desarrollará el origen y la definición del Bloque de Constitucionalidad en Colombia; también se conocerá su incidencia e importancia dentro de las decisiones nacionales, específicamente en la decisión tomada por la Corte al permitir la adopción homoparental.

I. 2. Origen y definición del Bloque de Constitucionalidad en Colombia

Aunque el concepto de Bloque de Constitucionalidad tiene sus orígenes en el desarrollo de la justicia constitucional (Uprimy, 2000), no siempre fue llamado de esta manera, pues sus preceptos ya habían sido aplicados en algunos Estados en el mundo. Según Niño y Romero (2005), se le ha atribuido el origen de lo que hoy se conoce como Bloque de Constitucionalidad a Francia, cuando el Consejo Constitucional del Estado francés consideró que el preámbulo de la Constitución francesa de 1958, el cual hacía referencia a la anterior Constitución de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, eran normas y principios de valor constitucional.

Lo anterior se debió, conforme a lo que expone Niño y Romero (2005), a que los preceptos derivados de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y del preámbulo de la Constitución determinaban la vigencia de las leyes y se consideraban parte del bloque de normas constitucionales y como tales servían para elaborar el juicio constitucional de una determinación del ordenamiento jurídico.

Es decir, entonces, que para los franceses aquellos apartes normativos debían considerarse como parte de la Constitución por cuanto ayudaban y contribuían a la conformación de la ley Constitucional de ese país. Así que lo que se comprende como Bloque de Constitucionalidad en Colombia proviene de la noción francesa del mismo, en donde se concibe el Bloque de Constitucionalidad como un conjunto de normas que no puede ser dividido (Favoreu y Rubio, 1991).

Según Favoreu y Rubio (1991), el Bloque de Constitucionalidad era aquella unidad de normas que, si bien no estaba expresada en el ordenamiento constitucional, hacía parte de él y no podía ser separada del mismo.

Sin embargo, tal como menciona Uprimy (2000), durante el siglo XX, jueces en los Estados Unidos utilizaron una especie de Bloque de Constitucionalidad como argumento jurídico para dictar fallos utilizando la enmienda XIV de Filadelfia, la cual daba argumento en derecho para la aplicación de otras normas en determinados fallos.

En todo caso, el origen del Bloque de Constitucionalidad, ya sea en Francia o en Estados Unidos, puede ser catalogado como relativamente reciente. Su existencia, de acuerdo a Romero (2008), responde a una necesidad del Derecho Constitucional de otorgar un rango o una función constitucional a una norma ajena, que formalmente no pertenece a cierta carta superior o a un determinado ordenamiento jurídico.

En Colombia, el Bloque de Constitucionalidad nació a partir de la vigencia de la actual Constitución Política, la cual no solo garantiza la paz en el territorio nacional, sino también enuncia y protege los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales (Suelto-Cock, 2016). El Bloque de Constitucionalidad se convirtió en una herramienta vital para el funcionamiento del Estado Social de Derecho que debe ser Colombia. Actualmente, el Bloque de Constitucionalidad puede ser definido como “la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional” (Uprimy 2000. p. 2).

Por otra parte, en Colombia, el concepto de Bloque de Constitucionalidad no está muy alejado de la noción francesa⁸. No obstante, la Corte Constitucional precisa la definición adaptándola a las necesidades jurídicas actuales del Estado Colombiano. Es así, como la Corte, en Sentencia C-225 de 1995, define el Bloque de Constitucionalidad como “aquellos principios, normas o preceptos que, sin estar descritos dentro de la Constitución Política, hacen parte de esta,

⁸ En la sentencia C-578 de 1995 se señala que el origen del concepto del Bloque de Constitucionalidad tiene sus inicios “en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el Bloque de Constitucionalidad comporta la inexecutable de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los “principios fundamentales de la República” a que hace referencia el Preámbulo de 1946”.

y, además, pueden ser empleados para ejercer el respectivo control constitucional en las leyes.

Lo anterior, como se expresa en la sentencia C-191 de 1998, se debe a la inclusión normativa que se hace de estas normas y principios a la Constitución Política. En Colombia, expresa esta misma sentencia, tal inclusión se da a través de diferentes vías e incluso por propio mandato constitucional.

Por otro lado, estudiosos del Derecho han definido el Bloque de Constitucionalidad como un “instrumento de naturaleza jurídica, no política, que sirve de vía de ampliación de la Constitución, en sus distintas funciones y hacia diferentes normas y reglas de diversos tipos” (Romero, 2008, p. 48). Esto se debe a que, tal como expresa Romero, el Bloque de Constitucionalidad, aparte de ser una respuesta a las necesidades del Derecho Constitucional, es también una respuesta al Estado Social de Derecho y a los sistemas Estatales Constitucionales.

I. 3. Bloque de Constitucionalidad *stricto sensu* y *lato sensu*.

Es necesario explicar que existen dos tipos de Bloque de Constitucionalidad, conocidos como *estricto sensu* y *lato sensu*.

Según la sentencia C- 582 de 1999, en el sentido estricto el Bloque de Constitucionalidad debe entenderse como los principios y normas que hacen parte de la Constitución, pues son incorporados a la misma por mandato propio, lo que le otorga un rango constitucional, como lo es en el caso de los tratados de derecho humanitario.

Asimismo, Romero (2008) expresa que el concepto de Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto hace referencia a las normas con jerarquía constitucional, que son aquellas que por disposición de la misma Constitución o por otros mecanismos, han sido dotadas de poder constitucional.

Es por esto que la misma Corte Constitucional se ha encargado de aclarar que no todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. Esto quiere decir que los tratados internacionales, *per se*, no forman parte del Bloque de Constitucionalidad, de tal modo que no todos los tratados internacionales ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias o nacionales.

Concretamente, en Colombia, para que un tratado internacional sea considerado como parte del Bloque de Constitucionalidad, no solo

necesita haber sido ratificado por el Estado Colombiano, sino que además estos tratados deben reconocer derechos humanos y prohibir su limitación en los estados de excepción, tal como lo señala la Constitución Política de 1991 en sus artículos 93⁹, 94¹⁰ y 214¹¹.

Para la Corte Constitucional, según la Sentencia C-225 de 1995, el Bloque de Constitucionalidad en *strictu sensu* es aquel en el que se utiliza para ejercer control constitucional a las leyes, sin necesidad de que estos principios y normas se encuentren dentro del cuerpo de la misma Constitución.

En sentido amplio, o *lato sensu*, el Bloque de Constitucionalidad hace referencia, tal y como lo define la sentencia C-582 de 1999 de la Corte Constitucional, a las disposiciones que son superiores normativamente, a las leyes ordinarias, aunque esto no implique necesariamente que tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas. Sin embargo, con estas también se ejerce control constitucional y legal al ordenamiento jurídico.

⁹ Constitución Política de Colombia de 1991 “ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

¹⁰ Constitución Política de Colombia de 1991 “ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

¹¹ Constitución Política de Colombia de 1991 “ARTICULO 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

1. Los decretos legislativos llevarán la firma del presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.

5. El presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”.

Este sentido amplio que menciona la Corte Constitucional (1998) en Sentencia C-191, se caracteriza por servir de parámetro para efectuar control de constitucionalidad del derecho interno; tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias, es decir son supralegales; y también, por formar parte del Bloque de Constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional.

Diferenciar entre el sentido estricto y sentido amplio del concepto de Bloque de Constitucionalidad, suele ser complicado, por lo que se debe tener claridad al hablar del Bloque de Constitucionalidad, a qué sentido del mismo se hace referencia.

En el sentido *lato sensu*, se habla del bloque en la medida en que se “incorpora además las otras disposiciones, que, sin tener rango constitucional, representan sin embargo un parámetro de constitucionalidad de las leyes, ya que pueden acarrear la invalidación de una norma legal sometida a control” (Uprimy 2000 p. 20).

No obstante, y a pesar de las diferentes definiciones que se le dan al Bloque de Constitucionalidad, por vía jurisprudencial se ha aclarado en numerosas ocasiones cómo debe entenderse el Bloque de Constitucionalidad no solo en su concepto sino también en su aplicación. La Corte ha determinado, que, si bien no todos los tratados internacionales hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, todos deben ser tenidos en cuenta a la hora de concebir normas ordinarias¹².

I. 4. Importancia del Bloque de Constitucionalidad en Colombia

Según la misma Corte Constitucional colombiana, el Bloque de Constitucionalidad posee un valor muy alto dentro del ordenamiento nacional, ya que no se trata solo de los tratados internacionales que se adhieren a las leyes nacionales, sino que además las define como normas que tienen una prevalencia general y permanente sobre las normas de carácter orgánico, o las normas internas (Sentencia C-067 de 2003).

¹² Uprimy (2000 p. 20) dice que “esta distinción metodológica aparece desde la sentencia C-358 de 1997, fundamentos 3 y 4, en donde la Corte, al referirse al Bloque de Constitucionalidad distingue entre las “normas situadas en el nivel constitucional”, como los convenios de derecho internacional humanitario, que tienen jerarquía y fuerza constitucional, y aquellas otras disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.” Posteriormente, la sentencia C-191 de 1998 consolida esta diferenciación conceptual ya que la Corte distingue expresamente entre el bloque en sentido estricto (normas de rango constitucional) y en sentido lato (parámetros de constitucionalidad)”.

En la sentencia C-067 de 2003, la Corte señala que debido a que la misma Constitución les confiere un rango constitucional, esos tratados internacionales tienen cuatro finalidades: i) servir como regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) orientar las funciones del operador jurídico, y iv) limitar la validez de las regulaciones subordinadas.

El Bloque de Constitucionalidad, tal como lo menciona Suelt-Cock (2016), tiene una jerarquía superior a las normas subsidiarias, pues en Colombia los tratados internacionales que lo conforman actúan como figura de interpretación y control constitucional. En numerosas ocasiones la Corte ha aclarado y conceptualizado el papel que tiene dentro del ordenamiento jurídico colombiano el Bloque de Constitucionalidad, ya que este sirve como parámetro y control constitucional. Esto, teniendo en cuenta que se considera que una norma o una acción puede ir en contra de la Constitución no solo atentando contra lo que en ella está escrito, sino también cuando se actúa contrario a las normas pertenecientes al Bloque.

Ello es concordante con el concepto mismo del Bloque de Constitucionalidad dentro del territorio nacional, pues tanto en el *stricto sensu* como en el *lato sensu*, las normas y los tratados dentro del Bloque gozan de superioridad jerárquica ante las normas de carácter ordinario, ya que estas deben respetarlas y estar acorde a ellas, como ya se mencionó anteriormente.

No obstante, es clara la Corte, en sentencia C- 582 de 1999, al determinar, como se ha mencionado de manera reiterativa, que no todo tratado ratificado por Colombia pertenece al Bloque de Constitucionalidad; esto debido a que no todos los tratados internacionales *per se*, pertenecen al Bloque de Constitucionalidad.

Aunque la Constitución señala expresamente algunos tratados internacionales que harán parte del Bloque de Constitucionalidad, en ocasiones la Corte debe entrar a analizar la norma internacional y qué lugar esta ocupa dentro de la jerarquía del derecho en Colombia, tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-578 de 1995.

La Corte Constitucional, también es reiterativa al decir que la misma Constitución Política se encuentra de manera expresa cuáles son

los tratados internacionales que harán parte del Bloque y por tanto ejercerán este control constitucional.

I.5. Conclusión

Así pues, se puede concluir que, dentro del sistema normativo colombiano, el Bloque de Constitucionalidad sirve para ejercer control legal sobre las leyes que jerárquicamente son inferiores a la Constitución Política de 1991 y cuyas disposiciones sean consideradas contrarias a las disposiciones de la Carta Magna.

En el próximo capítulo se hará un análisis jurisprudencial de las primeras decisiones tomadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional respecto de la adopción homoparental en Colombia y la influencia que el Bloque de Constitucionalidad tuvo sobre éstas como control legal de las normas demandadas por diversos accionantes que consideraban vulneraban derechos fundamentales al no incluir a las parejas diversas dentro de las disposiciones en materia de adopción.

Capítulo II - Decisiones de la Corte Constitucional con respecto a la adopción homoparental de menores desde 1992 hasta el 2009.

II. 1. Introducción

A continuación, se analizarán las sentencias emitidas por la Corte Constitucional colombiana, desde el año 1995 hasta el año 2009, referentes a la adopción homoparental de niños, niñas y adolescentes, y por qué hasta estos fallos estuvieron dirigidos a negar a las parejas del colectivo LGBTIQ+ la posibilidad de acceder a la adopción.

Para esto se tendrán en cuenta los sustentos de derecho utilizados por los Magistrados ponentes de las sentencias T-290 de 1995, C-814 de 2001, C-075 de 2007 y C- 802 de 2009 de la Corte Constitucional.

II. 2. Sentencia T-290 de 1995

En 1995 el ciudadano José Gerardo Córdoba, presentó Acción de Tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) por quitarle la custodia de una niña abandonada a quien cuidaba desde hace cinco años. La razón, según el autor, fue discriminación en vista de su homosexualidad.

El autor relató que en el año de 1989 mientras trabajaba en un inquilinato, una pareja con una bebé llegó a hospedarse en el lugar. Un día la pareja le solicitó cuidar de la menor, pero estos no volvieron por ella y le manifestaron al actor que no querían ni podían tenerla.

Así, el señor Córdoba decidió quedarse con la niña y cuidarla con los pocos recursos que tenía. Posteriormente, solicitó ante el ICBF adoptar a la menor, no obstante, la entidad estatal se negó alegando que la menor se encontraba en situación de peligro.

En este caso, el actor de la acción no solo alegaba que el ICBF había decidido quitarle a la menor por su homosexualidad, lo cual vulneraba su derecho a la igualdad, sino que también le impedían su derecho constitucional a conformar una familia, ya que la familia que él había conformado con su madre y la menor, estaba siendo fraccionada al separarlos de la menor.

Ante estos alegatos, la Corte Constitucional argumentó que la convivencia en familia es elemento vital para el desarrollo infantil y que, al Colombia ser un país pluricultural, se hacía el reconocimiento

de los diversos tipos de familia que pudiesen existir. Postura, que sin duda alguna representó un avance para los derechos de la comunidad LGBTIQ+, pues si bien de manera concreta la Corte no menciona a las familias conformadas por personas del colectivo, sí es muy clara al decir que no existe un solo tipo de familia digno de ser protegido por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la Corte hizo la salvedad que, para el caso en concreto, la menor no gozaba de otros derechos importantes y vitales para su desarrollo físico, mental, moral y social.

Por lo anterior, la Corte dijo que si bien la menor tenía derecho a formarse y desarrollarse en el seno de una familia y que el señor Córdoba dentro de sus carencias económicas había intentado brindarle tanto bienestar como le fue posible, lo cierto era que la menor se encontraba en una situación precaria y viviendo en un ambiente altamente peligroso que la ponía en riesgo, dadas las condiciones precarias y de pobreza en las que se encontraban y la zona en la que estaba viviendo, ya que era un lugar altamente peligroso por ser zona de tolerancia.

Por esta razón fue que el ICBF decidió llevar la menor a un hogar de paso que garantizara sus derechos, ya que el lugar en donde esta habitaba con el que se había convertido en su familia, no era apto para su desarrollo. Según la Corte Constitucional, la homosexualidad del señor José Gerardo Córdoba no fue un factor tenido en cuenta para separarlo de la niña.

Tal como reposa en las evidencias y pruebas del caso, y lo consignado por la trabajadora social y defensora de familia, el motivo por el cual la menor fue llevada a un hogar de paso, está relacionado con las condiciones de vida en las que se encontraba, dadas por el entorno en el que habitaba.

De esta forma, y sustentándose meramente en la normatividad nacional y en las pruebas dadas por el ICBF, la Corte decidió negar la tutela de la menor al señor José Gerardo Córdoba. Además, la Corte decidió que el ICBF había motivado su decisión de manera objetiva y siempre sustentados en que la menor se encontraba en grave riesgo, por lo cual decidió confirmar las decisiones de primera y segunda instancia en las que le concedían la razón al ICBF.

Para la Corte, la menor se encontraba en situación de riesgo y peligro dadas las condiciones de precariedad en la que vivía el señor José Córdoba, y la poca estabilidad económica que podía brindarle a la niña. Esto se debe, a que desde el principio en los casos de adopción por parte de *gays*, lesbianas, bisexuales, personas trans, etc., el sistema jurídico colombiano ha dado prevalencia a los derechos del menor, entendiendo que la convivencia con personas de sexualidad diversa, *per se*, vulneraba ciertos derechos. Es esta una de las dificultades jurídicas de mayor envergadura que ha tenido que enfrentar la comunidad LGBTIQ+ al exigir igualdad ante las parejas heterosexuales a la hora de formar una familia y por ende adoptar.

Lo anterior se puede evidenciar en Colombia por medio de la línea jurisprudencial que existe sobre esta materia, toda vez que fue a través de esta vía que las personas con sexualmente diversas han logrado diferentes conquistas en materia de derechos humanos.

Desde la presente sentencia hasta la sentencia C-683 de 2015, esta ha sido la principal preocupación de la Corte Constitucional. En el caso *supra* citado, por ejemplo, más allá de la orientación sexual del accionante, la Corte entró a evaluar las condiciones de vida en que éste tenía a la menor.

La Corte no desconoció en ningún momento la labor que este realizó al hacerse cargo, a pesar de sus carencias económicas, de una menor de edad que no era su hija. No obstante, la Corte entendió que, a partir de pruebas presentadas en el caso respecto al estado de la vivienda en la que se encontraba el menor, bien como la presunción de alcoholismo de la pareja del señor Córdoba, que el medio en el que se encontraba ponía en peligro su bienestar. La Corte, así, encontró que el derecho a la igualdad que el actor argumentó haberle sido vulnerado, realmente no ha tenido afectación alguna. La cuestión central, indicó la Corte, era garantizar un buen desarrollo de la menor.

II. 3. Sentencia C-814 de 2001

En 2001, la definición que se tenía de familia en el ordenamiento jurídico colombiano era aquella conformada por un hombre y una mujer que decidían unirse en matrimonio, o en unión marital de hecho, esto según el artículo 42 de la Constitución Política de 1991.

En este mismo año, la Corte Constitucional publicó la sentencia C-814 de 2001. En este caso, el ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina demandó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de la expresión “moral” dentro del artículo 89¹³ y del numeral 2º del artículo 90¹⁴ del Decreto 2737 de 1989, ya que consideraba que estos violaban derechos fundamentales consagrados en los artículos 5¹⁵, 13, 16¹⁶, 42¹⁷, 44, 45¹⁸ y 67¹⁹ de la Constitución de 1991.

En esta sentencia, el demandante argumentó que la palabra “moral” dentro del artículo 89 del Código del Menor era inconstitucional por afrontar el espíritu pluralista y liberal de la Carta Política de 1991, el cual no impone ningún tipo de moral para los habitantes de Colombia. Asimismo, el autor demandó el párrafo 2 del artículo 90 del mismo Decreto por establecer una discriminación contra

¹³ Decreto 2737 de 1989 “Artículo. 89. 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 para suministrar hogar adecuado y estable al menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad, en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el artículo 91 del presente código.”

¹⁴ Decreto 2737 de 1989 “Artículo.90. Pueden adoptar conjuntamente:

“1. Los cónyuges

“2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior.”

¹⁵ ARTICULO 5o. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

¹⁶ ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

¹⁷ Constitución Política de Colombia de 1991 “ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla [...]”.

¹⁸ El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

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

¹⁹ ARTICULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.

las personas homosexuales al no incluir a las personas de la comunidad LGBTIQ+ dentro de las parejas que podrían acceder al proceso de adopción.

Ante ello, la Corte Constitucional sostuvo que el precepto moral no va en contra de la Constitución y del carácter liberal y pluralista de esta, puesto que, si bien la Constitución establece que Colombia es un Estado liberal y pluralista, no hace exclusión de que pueda existir y tener una moral social. La Sala Plena de la Corte mencionó, además, que la falta de moralidad no está relacionada con la orientación sexual, ya que estas hacen parte de la diversidad protegida por la misma Constitución.

Con respecto al numeral 2 del artículo 90, el Magistrado ponente, apoyado en el concepto emitido por el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio Público, determina que la adopción homoparental y la posibilidad de que esta se diera, debía ser tema de discusión en el Congreso de la República, dado que son ellos quienes tienen la competencia para dictar leyes que regulen tal precepto, cosa que no se puede hacerse a través de un fallo de sentencia.

Así, la Corte se abstuvo de resolver la inconstitucionalidad demandada dentro del artículo 90 del Código del Menor y se limita a resolver el asunto de la palabra “moral” en el artículo 89. La Corte ratificó, además, la definición que normativamente se daba a la familia, la cual está definida como aquella “Fundada por hombre y mujer, de naturaleza heterosexual y monogámica” (Sentencia C-814 de 2001 p.34).

Para la Corte Constitucional, en esta sentencia, quedó clara la intención del constituyente en el artículo 42 de la Carta Magna, de proteger la heterosexualidad y la monogamia en la familia, más no a otros tipos de familia, sin tener en cuenta el precedente jurisprudencial dado en la sentencia T-290 de 1995, en donde sí de manera expresa la Corte dice que en Colombia no solo se le brinda protección a la familia tradicional conformada por hombre y mujer, sino que reconoce en la misma medida a las familias que se origina de vínculos jurídicos, como a las que se conforman por vínculos afectivos.

Hizo hincapié, además, en que tal precepto se confirmó en primer debate de ratificación, en el cual se enfatizó en la unión que se

daba entre hombre y mujer en un ambiente de voluntad y libertad de conformar familia a través de un vínculo civil.

Así la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-814 de 2001, concluyó que la voluntad del legislador era la de la protección de las parejas conformadas por hombre y mujer, y que la voluntad libre de conformar familia solo hace referencia a las familias heterosexuales. La Corte no encontró el artículo discriminatorio, ni que violara el deber del Estado de no discriminación.

Esta interpretación dada a la definición de familia en la Constitución y, en aquél entonces, protegida por la Corte, no solo va en contra de la misma Constitución y del Bloque de Constitucionalidad, sino que invisibiliza otros tipos de vínculos familiares y de relaciones sexo afectivas que se pueden dar en el marco social.

En cuanto a la adopción, la Corte aclaró que esta no es en sí misma concebida como un derecho para los adoptantes, sino un mecanismo de protección para los menores y los intereses superiores de estos. Por esta razón, añadió la Corte, no se puede hablar de un derecho a adoptar, sino de un derecho de ser adoptado, ya que incluso el derecho internacional público establece la adopción como un medio de protección de los niños y niñas, y los parámetros que éste ofrece para la adopción siempre va encaminados a la búsqueda del bienestar de los menores.

La Corte añadió que en diversos tratados ratificados por Colombia, como la Convención sobre los derechos de los niños, se habla del interés superior de los menores y de sus derechos. Por su parte, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, ratificado mediante la Ley 265 de enero 25 de 1996, recoge también en forma expresa el principio del interés superior del menor.

El artículo primero del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (1993), señala como objetivo el deber de los Estados de establecer garantías para los menores adoptantes, siempre teniendo en cuenta el interés superior del bienestar de los menores y su protección. Así pues, como argumenta la Corte Constitucional en la Sentencia C- 814 de 2001, si bien la adopción permite que las personas que por alguna razón

biológica no pueden ser padres o madres logren el parentesco civil, permitiéndoles el goce de derechos como el de conformar una familia, este no es el objeto principal de la adopción, sino el de brindar protección y garantías al menor.

La mención únicamente del objeto de la adopción, el cual es la protección de los menores y no proteger los derechos a los posibles adoptantes, deja entrever la postura de la Corte ante la posibilidad de la adopción homoparental, toda vez que, esto llevaría a que se planteara la siguiente premisa: la adopción es una garantía para los menores, más no un derecho para los posibles adoptantes, por tanto, quien muestre voluntad para adoptar debe demostrar su idoneidad para brindarle protección y un entorno saludable a los menores, cosas que no están ligadas a la expresión de género, identidad de género ni orientación sexual de una persona, por tanto, quienes pertenecen al colectivo LGBTIQ+, pueden optar por adoptar.

Ahora bien, el hecho de que la Corte no hiciera mención de esto, sino que solo repitiera la adopción no es un derecho para los adultos, sino una garantía para los menores, y que es por esto no se puede decir que las parejas homoparentales tengan un derecho a la adopción, muestra la poca intención que tenía ésta de sentar bases y una postura firme sobre el tema, dejando en el aire su consideración sobre el asunto. Si bien de manera expresa la Corte no dijera que las personas de la comunidad no eran idóneas para brindar protección a los niños, niñas y adolescentes susceptibles de ser adoptados, tampoco aclaró que la orientación sexual de este grupo poblacional no es ningún impedimento para que fuese considerado como capaces de brindar espacios sanos para el libre desarrollo de los menores.

Al no pronunciarse de fondo sobre el tema, la Corte mostró no tener intención de definir si dentro del espectro de quienes menciona la ley jurídica, moral y económicamente capaz para adoptar, se encontraban las personas del colectivo LGBTIQ+.

En cuanto a la palabra “moral” en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, la sentencia C- 814 de 2001 la Corte indica que, si bien Colombia es un país laico protector de la diversidad como Estado Social de Derecho, eso no quiere decir esto que está desligado de la protección de la moral social. La Corte, además, señaló que no se puede separar el derecho de la moral, como ha indicado en sentencias anteriores. Es pues,

la moral, según la Corte, una cuestión social y así debe ser tratada por la ley. Lo que pertenece a la esfera del individuo es la valoración que cada uno hace de la moral, mientras que para el derecho y la ley la moral debe ser observada siempre desde el ámbito social.

La Corte sostuvo y validó que los jueces de amparo y legisladores podrán acudir a los preceptos morales para guiar sus decisiones o fallos, ya que tal disposición se ha desarrollado de manera extensa por la jurisprudencia colombiana. Según la Corte, no solo la jurisprudencia colombiana convalidó la inclusión del concepto de moral social o moral pública como referente al cual el legislador puede acudir para definir situaciones jurídicas, sino que los tratados internacionales sobre derechos humanos, aprobados y ratificados por Colombia, aunque no hagan parte del Bloque de Constitucionalidad conforme a los parámetros del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, ejercen control legal ante las normas y leyes de inferior jerarquía a la Constitución.

La Corte indicó que esos tratados permiten limitar ciertos derechos fundamentales, por razones de moralidad pública. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 12, permite restringir el derecho de libre circulación cuando la restricción se halle prevista en la ley y sea necesaria para proteger la seguridad nacional. De esta manera, señaló la Corte, la palabra “moral” en lo referente a determinar la idoneidad de quien decide adoptar un menor, no es solo un requisito avalado por la norma nacional y derivada de la moral social, sino también un precepto protegido por los tratados internacionales, en los cuales también se protege el derecho de los menores a tener un desarrollo moral adecuado.

La Corte sostuvo que la moral no solo es importante para los tratados internacionales, sino también para doctrinas del derecho. Por estas razones, la Corte Constitucional argumentó en la sentencia en cuestión, que las limitaciones que algunos tratados que conforman el Bloque de Constitucionalidad establecen por razones de moral pública son efectivas.

A partir de lo anterior, la Corte consideró que la exigencia de idoneidad moral hecha por el artículo 89 del Código del Menor para quienes pretenden adoptar, no desconoce la Constitución, puesto que este término no alude a un tipo específico de comportamiento ético o

moral influenciados por la perspectiva personal de los jueces. La moral de la que hace referencia la ley, según la Sala Plena de la Corte Constitucional, es una moral colectiva y social, no una moral personal influenciada por las creencias y la ética personal.

No obstante, aclaró la Corte, dado que el Estado colombiano se rige por una Constitución pluralista, no le está permitido imponer un sistema moral en particular. Ello plantea un problema, ya que mientras indica que los jueces podrán remitirse a la moral social y colectiva para emitir fallos y tomar decisiones, al mismo tiempo menciona que no hay una moral en particular. Entonces, nos preguntamos: ¿a qué moral deben remitirse los administradores de justicia para la toma de sus decisiones si no hay un precepto o concepción de moral establecida? ¿No abre esto la puerta a que cada juez interprete la moral según su concepto de moral formado conforme a sus vivencias y experiencias? Pues si la Corte tiene esta facultad de remitirse a la moral, es porque hay un parámetro moral previamente establecido del que los jueces podrán guiarse. Al contrario, si no existiera, da cabida a que la interpretación de esta se haga de manera arbitraria.

La evaluación sobre la idoneidad moral de quienes pretenden adoptar no puede ser hecha por el juez desde la perspectiva de sus propias convicciones éticas o religiosas, señala la sentencia C-814 de 2001, sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social.

A pesar que La Corte hace este análisis sobre la moral, deja en el aire algunas consideraciones como ¿quién define qué es la moral pública?, o ¿cuál es la moral pública del Estado colombiano? Si bien el tratado internacional mencionado, en el cual se habla de la moral, ejerce control legal a las normas nacionales, aunque no pertenezca al Bloque de Constitucionalidad²⁰, no se le puede dar una categoría superior a la propia Constitución, en la cual como la misma Corte alude, se determina que Colombia es un país laico. No obstante, la Corte Constitucional en sentencia C-814 de 2001, decidió declarar la exequibilidad de la palabra “moral” en el artículo del Decreto 2737 de 1989; y la exequibilidad de la expresión “[l]a pareja formada por el hombre y la mujer que

²⁰ Al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no estar dentro de los tratados internacionales ratificados por Colombia mencionados en el artículo 93 de la Constitución Política de 1991, no goza de la misma jerarquía que la Constitución, no obstante, sí ejerce control legal de las demás normas y leyes nacionales.

demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”, contenida en el numeral 2 del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989.

Tal decisión es contradictoria porque al mismo tiempo que señala que los jueces no pondrán imponer su propia moral o ética al momento de tomar una decisión, al final opta por no declarar la inexecutable de las expresiones en el artículo acusados en los que solo se contempla como parejas aptas para adoptar, a las conformadas por hombres y mujeres dejando de lado a las parejas diversas.

La renuencia de la Corte a que en las leyes se diga de manera explícita que existen otras realidades familiares o de parejas distintas a las parejas heterónimas, parece estar ligada a un concepto de moral más bien religioso, y no a la moral pública que extensamente define en la sentencia en comento. Lo anterior, teniendo en cuenta que en ningún momento la Corte aclaró que si bien el término “moral” acusado dentro de la norma es necesario para garantizar el bienestar de los menores en situación de adoptabilidad, este no hace referencia a ningún individuo en particular por razón de su orientación sexual.

II. 4. Sentencia C- 075 de 2007

En 2007, la comunidad LGBTIQ+ dio un paso que abrió la puerta de lo que posteriormente sería la discusión sobre la adopción homoparental de menores. Por medio de la sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional reconoció la existencia de dinámicas familiares diversas, las cuales definió como variedades jurídicas socialmente constatables. La aceptación legal de las familias conformadas por parejas pertenecientes al colectivo LGBTIQ+ dio paso a que posteriormente se revisara las normas que, de forma implícita o explícita, solo reconocían como familia a las conformadas por parejas heterosexuales. En la sentencia mencionada, los actores demandaron la inconstitucionalidad de los artículos 1²¹ y 2²², parciales, de la Ley 54 de

²¹ ART. 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.

²² Artículo 2o. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

1990 por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005, argumentando que vulneraban el preámbulo y los artículos 1 y 38 de la Constitución Política.²³

En este caso, la Corte Constitucional debió establecer si los artículos demandados, los cuales establecían el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y lo restringía a solo las uniones formadas entre hombre y mujer, violaban derechos fundamentales²⁴ a las parejas del mismo sexo. La Corte reconoció, en Sentencia C-075 de 2007, que, desde la expedición de la ley se había creado un nuevo contexto social y jurídico en lo referente al régimen patrimonial y la conformación de vínculos entre compañeros permanentes. Por lo tanto, tal como sostuvo la Corte, había una mayor relevancia de cómo se regulaban las cuestiones patrimoniales de las parejas, pues existían diferentes realidades en las mismas.

Para la Corte, había una deficiencia de la regulación en materia patrimonial, puesto que no se podía negar la existencia de las parejas con diversidad sexual, toda vez que existen y son una realidad, y son parejas que gozan de validez y a las que también se les deben dar las mismas garantías en ámbitos como el patrimonial, a las que se les dan a las parejas heterosexuales. La Corte añadió que efectivamente las parejas del mismo sexo quedaban desprotegidas legalmente en cuestiones patrimoniales, pues en el momento en que se finalizara la relación entre estas parejas o que una de las dos muriera, no habría

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.

2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo.”

²³ El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

Constitución Política de Colombia

²⁴ Sentencia C-075 de 2007: “los derechos fundamentales a la igual protección, al respeto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo”

herramientas legales que las ayudaran a reclamar derecho patrimonial o sucesorio alguno.

Si bien existe una defensa de los derechos de las personas dentro de la comunidad LGBTIQ+, se menciona también en esta sentencia, que no puede desconocerse que hay una privación de garantías e instrumentos que impiden que estas personas se desarrollen plenamente como parejas dentro del ámbito social e incluso en la propia realización personal. Algunas de las normas que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad establecen que los Estados parte se obligan a erradicar toda forma de discriminación hacia las personas²⁵.

Así, resalta la Corte, la no existencia de una protección en lo referente a los derechos patrimoniales para las parejas pertenecientes a al colectivo LGBTIQ+, cosa que termina lesionando la dignidad humana de estas personas, atentado contra el libre desarrollo de la personalidad de los mismo, y discriminándoles, aun cuando la discriminación se encuentra prohibida dentro de la propia Constitución.

La Corte menciona además que la falta de reconocimiento legal de la realidad de las parejas homosexuales es un atentado a la dignidad de estas, pues impide que su decisión de formar un proyecto de convivencia tenga un impacto legal, y que esto daña la autonomía y autodeterminación de estas personas, encontrándose en una posición vulnerable que no pueden enfrentar desde el derecho civil. De esta manera, concluye la Corte Constitucional, las uniones conformadas por parejas del mismo sexo también deben ser consideradas uniones de hechos siempre y cuando cumplan los preceptos dados por la ley demanda. La Corte determinó que los artículos demandados de la Ley 54 de 1990, y modificada por la Ley 979 de 2005, son exequibles, ya

²⁵ Sentencia C-075 de 2007 menciona que de manera reitera se han pronunciado en diversas sentencias encaminadas a “identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulta pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría ‘orientación sexual’, la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación, y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que si pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto”.

que se deberán entender que lo señalado en la mentada ley, también es aplicable para las parejas *QUEER*²⁶.

Así pues, aunque la Corte reconoció la existencia de familias diversas y las llamó variedades jurídicas socialmente constatables, también volvió a mostrarse renuente a incluir de manera explícita a las parejas de la comunidad LGBTIQ+ dentro del ordenamiento jurídico. Tampoco llamó “familias” a las conformadas por miembros de la comunidad, sino “realidades jurídicas socialmente constatables”.

II. 5. Sentencia C-802 de 2009

El 10 de noviembre de 2009, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad incoada por el ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina quien alegó que la expresión “compañeros permanentes” dentro del artículo 68²⁷ de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y del artículo 1^o²⁸ de la Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes, controvertían lo dispuesto en los artículos 1²⁹, 2³⁰, 13, 15³¹, 16 y 42 de la Constitución Política. Montoya alegó

²⁶ Se entiende por personas *QUEERS*, a aquellas que tienen una expresión de género, identidad de género y orientación sexual diferente a la heterosexual y/o cisgénero. Es la “Q” dentro de las siglas LGBTIQ+.

²⁷ “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.”

²⁸ 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.”

²⁹ ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

³⁰ ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

³¹ ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

que la expresión “compañeros permanentes” dentro del artículo 68 de la Ley 1098 y del artículo 1^{o32} de la Ley 54 de 1990 controvertían lo dispuesto en los artículos 1, 2, 13, 15, 16 y 42 de la Constitución Política.

Según el accionante, las normas acusadas excluían de su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales y a sus integrantes, y que debido al avance en derecho que se hizo gracias a la sentencia C-075 de 2007, es contrario a la Constitución el distinguir entre los tipos de familia que existen. Aunque a primera vista el artículo 42 de la Constitución Política solo se menciona como familias a aquellas constituidas por el vínculo natural y legal entre hombres y mujeres, en la sentencia de 2007 se hace el reconocimiento de otras dinámicas familiares socialmente constatables y que deben ser reconocidas legalmente.

Por lo anterior, el actor consideró que era necesario la ley reconocer a las parejas homosexuales como parejas capaces de constituir familia de la misma forma en que lo hace con las parejas heterosexuales. El autor mencionó, además, que dadas las características que rodean a las parejas conformadas por personas con el mismo sexo, éstas se encuentran en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales para poder proporcionar una crianza adecuada a un menor. El demandante añadió que la ley debe otorgar y conceder la adopción a hombres y mujeres que deseen conformar una familia sin importar cual sea la orientación sexual de los mismos.

La Corte Constitucional, a su vez, se inhibió de tomar decisión alguna debido a que, en el estudio de la demanda, se logró demostrar que el accionante no demandó todas las normas necesarias, cosa que, de no hacerse, podría desencadenar en un fallo inocuo por parte de la Corte. Consideró la Corte que las cuestiones legales planteadas por el

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

³² 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.”

demandante estaban destinadas a impugnar la exclusión de las parejas homosexuales de la posibilidad de adopción conjunta.

Sin embargo, en un sentido más amplio, la Corte señaló que el cuestionamiento no solo estaría relacionado con el reconocimiento legal de compartir roles parentales con parejas homosexuales, sino también con la posibilidad de que una pareja homosexual adopte a un menor, por lo que involucra, además, la relación del cónyuge o pareja permanente con él. En conclusión, la demanda hecha por el accionante se limitaba a solo una cuestión que abría el camino a que se revisara otra normatividad que este no demandó.

Sumado a lo anterior, dice la Corte, que, si bien de manera discrecional ésta podría revisar la normatividad, eso solo se hace en determinados casos³³. La Corte decidió inhibirse de pronunciarse respecto al fondo de la demanda, considerando que la misma no acusaba adecuadamente las normas necesarias traten del mismo tema.

II. 6. Conclusión

Así las cosas, se pudo ver como la Corte Constitucional Colombiana ha tratado, desde su implementación, analizó diferentes casos relacionados con las parejas de la comunidad LGBTQ+. En el caso de la sentencia T-290 de 1995, la Corte negó a un ciudadano colombiano homosexual la adopción de una menor que había estado a su cuidado, señalando que las condiciones de vida en las que se encontraba era una amenaza inminente para la menor, aunque ello, según la Corte, no estaba relacionado con la orientación sexual del pretense padre.

La Corte trató el tema nuevamente en 2001, por medio de la sentencia C-814. En esta contradictoria decisión, la Corte aclaró que la palabra “moral” dentro del artículo que establece la adopción de menores no hacía en ningún caso alusión a la orientación sexual de una persona, sino a la moral pública y social. No obstante, la Corte no se pronuncia de fondo sobre el asunto, y solo se limitó a establecer que la adopción no es un derecho de las personas dispuestas a adoptar, sino

³³Sentencia C-802 de 2009: “Cuando (i) un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, y, (iii) pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad”.

una garantía para los menores, y que por tanto no se podía hablar de un derecho para las parejas homoparentales. Concluyendo así que la expresión “pareja formada por hombre y mujer”, contenida en el artículo demandado, era exequible.

Ya para 2007, en la sentencia C-075, la Corte reconoció las diversas dinámicas familiares, denominándolas “variedades jurídicas socialmente constatables”. Sin embargo, y a pesar de esto, la Corte no modificó las expresiones en las normas allí demandadas, solo determinando que su aplicación debía incluir a otros tipos de familias. A pesar del anterior avance, en 2009, con la sentencia C-802, la Corte decidió inhibirse acerca de la demanda hecha por un ciudadano en la que acusó de inconstitucional la definición de las uniones maritales de hecho aquellas conformadas por parejas heterosexuales.

Como puede observar en este capítulo, a pesar de ciertos avances dados en materia legal para las personas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+, hasta el 2009 la Corte seguía evadiendo decidir de fondo los asuntos relacionados con la adopción de menores por parejas LGBTIQ+, cuales eran la idoneidad de las parejas *QUEERS* adoptaran, y la posibilidad de que estas parejas conformaran una familia para todos los efectos jurídicos. Fue sólo en el 2012 que la Corte se atrevió a decidir el tema de manera inequívoca, como se expondrá en el siguiente capítulo.

Capítulo III - Decisiones de la Corte Constitucional con respecto a la adopción homoparental de menores desde 2009 hasta la actualidad.

III. 1. Introducción

En el presente capítulo se estudiará las sentencias emitidas en materia de adopción homoparental en Colombia por la Corte Constitucional desde el año 2009 hasta los días de hoy. Se analizará las posibles causas en el cambio de entendimiento sobre la materia por parte de la Corte. La primera sentencia en materia de adopción homoparental que claramente protege los derechos de la población LGBTIQ+ fue publicada en el año 2012.

III. 2. Sentencia T-276 de 2012

En la sentencia T-276 de 2012, la Corte Constitucional enfrentó un caso en el cual analizó una vez más el tema de la adopción homoparental en el país. Esta vez, la Corte debió decidir si la orientación sexual de una persona era un factor importante y determinante para considerar al momento de permitir que las personas adoptaran menores de edad.

En junio de 2011, un ciudadano estadounidense, a nombre propio y en el de sus hijos menores, presentó una Acción de Tutela contra el ICBF. En la mentada acción constitucional (sentencia T-276 de 2012), el accionante expuso que consideraba que el ICBF había vulnerado los derechos fundamentales suyos y los de sus hijos menores a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso³⁴. El autor también señaló que se habían violentado los derechos de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, y a al de no ser discriminados por su origen familiar. Según el ciudadano estadounidense, los menores fueron separados de él por la Defensora de

³⁴ Constitución Política de Colombia: “ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Familia, cuando esta institución tuvo conocimiento su orientación sexual.

La controversia entre el ciudadano norteamericano y el ICBF inició el 1 de abril de 2011, cuando el ICBF dio apertura a proceso administrativo por medio del cual adoptó la medida de restablecimiento de derecho establecida en el artículo 53³⁵ de la Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. El ICBF argumentó que la adopción de esta medida -que derivó en que se ordenara reducir las visitas del ciudadano norteamericano a los menores, y que las visitas que fuesen autorizadas por la autoridad competente tenían que ocurrir en compañía de un tercero- no estaba relacionada con la orientación sexual del adoptante, sino con la falta de información acerca de su orientación sexual en todo el proceso de adopción.

Según el ICBF, la omisión de esta información amenazaba la salud psicológica de los infantes, ya que no se les preparó para enfrentar que su nueva familia estaría conformada por alguien perteneciente a la comunidad LGBTIQ+. Asimismo, el ICBF argumentó que no se podía hablar de una vulneración de los derechos de los menores a tener una familia por cuanto no podía considerarse que existiese una familia propiamente dicha conformada por el padre adoptante, ya que para estos la manera en que está contemplada la familia en la Constitución, no se

³⁵ “ARTÍCULO 53. MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.
5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.

PARÁGRAFO 2o. En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección de sus derechos”.

alude a que las personas de la comunidad LGBTIQ+ puedan conformar una.

Para tomar una decisión al respecto de este caso, la Corte Constitucional entró a valorar diversos asuntos que en el caso se encontraban, entre ellos, la legalidad de la medida de restablecimiento del derecho tomada por el ICBF, para ello, la Corte indicó que tal y como establece el derecho internacional de los derechos humanos³⁶ y la Corte Constitucional en la sentencia T-276 de 2012, “los procesos administrativos y las medidas de restablecimiento de derechos que se adopten deben estar en consonancia con principios como el interés superior del niño, el debido proceso y el derecho de los niños a ser oídos” (p.22).

La Corte estableció que, en lo referente al trámite llevado a cabo para la implementación de estas medidas, es obligación de los entes estatales, garantizar y permitir la participación de los padres y madres, cuando se tiene conocimiento de la existencia de estos, y/o de los demás miembros de la familia, puesto que estos tienen derecho a que el ICBF los escuche y así manifestar su consentimiento (o no) conforme a lo dictado por ley, garantizando en derecho al debido proceso.

Además, según la Corte, el ICBF no demostró en ningún momento la existencia o posible existencia de una amenaza o daño físico o psicológico de los menores derivado de la orientación sexual del padre adoptante. La Corte entendió que las decisiones adoptadas por la defensora de familia no eran justificables. Además, las catalogó como desproporcionadas, ya que dichas medidas, según lo planteado por la Corte, constituían una vía de hecho, causando que se lesionaran los derechos fundamentales de los actores, derechos tales como el derecho al debido proceso y a la unidad familiar.

Para la Corte Constitucional, no existía un nexo causal entre la orientación del padre adoptante y el bienestar de los menores, es decir, que no se podía asegurar, y el ICBF nunca demostró, que la orientación del padre pudiese afectar la vida de los menores. Así, finalmente la Sala concluyó que el actuar del ICBF había sido desproporcionado y no se

³⁶ artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño dispone que “(...) en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

ajustaba a derechos, por cuanto no existía una amenaza real para los menores y que con ello había vulnerado los derechos fundamentales alegados por el accionante y los derechos de sus menores hijos.

Por consiguiente, la Corte decidió revocar el fallo emitido por la instancia anterior en la cual se tuvo conocimiento del caso, y se negaron las pretensiones del accionante. En consecuencia, La Corte reafirmó la decisión adoptada por el Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 14 de julio de 2011. De esta manera la Corte tuteló los derechos fundamentales del accionante y los menores de edad, dejando sin efecto todas las resoluciones dictadas en el marco del proceso de restablecimiento de derechos adelantado por el ICBF, ordenando entregar de manera definitiva la custodia de los infantes.

III.3. Sentencia SU-617 de 2014

En el 2014, la Corte Constitucional emitió un fallo mediante la sentencia SU-617 de 2014, en el cual ordenó que se revocara la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción hecha por una pareja de dos mujeres alemanas. La Corte ordenó que se diera continuidad al trámite de adopción iniciado por las actoras, siendo este el primer proceso de adopción por parte de parejas homosexuales en el país. Este caso se desarrolló a raíz de que las señoras Turandot y Fedora, ambas ciudadanas alemanas residentes en Colombia, parejas sentimentales desde 2005, casadas desde 2008, elevaran una solicitud de adopción ante la Defensoría del Pueblo de Rionegro, Antioquia el día 6 de enero de 2009.

Turandot solicitó que Fedora adoptara su hija biológica, la menor Lakmé, con fines de conformación del vínculo paterno filial entre su hija y su compañera permanente. La menor había sido producto de una inseminación artificial practicada a la señora Turandot. Desde el nacimiento de la menor, las tres estaban conviviendo juntas como una familia.

El 9 de febrero de ese mismo año, la Defensoría del Pueblo de Rionegro negó la solicitud de adopción argumentando que el artículo 42 de la Constitución Política de 1991 señala que las familias estaban conformadas por un hombre y una mujer. En razón de lo anterior, la Defensoría argumentó que debía entenderse que la adopción solo era viable entre compañeros permanente cuando estos fuesen una pareja heterosexual. La Defensoría también sostuvo que las ciudadanas

tampoco habían cumplido con los parámetros establecidos legalmente en el artículo 68³⁷ numeral 5 del Código de la Infancia y la Adolescencia, especialmente en lo referente a haber convivido ininterrumpidamente por lo menos dos años.

Para resolver este asunto, la Sala Plena de la Corte Constitucional entró a determinar si era posible la adopción de una de las compañeras permanentes a la hija menos de la otra, cuando esta se daba en casos de inseminación artificial heteróloga³⁸, cuando el donante, aunque conocido, nunca mostrara ningún interés en ejercer su paternidad. La Corte precisó que uno de los retos de este caso era justamente el problema jurídico derivado de la inseminación artificial, pues en Colombia no existe legislación suficiente, ni estudios profundos sobre el tema. La Corte indicó que el ordenamiento legal que existe al respecto solo atañe a los aspectos superficiales de la inseminación y a la parte técnica de la misma, careciendo de norma o ley que obligue a que se agote una posible conformación del vínculo filial con el donante como una condición para poder extender la solicitud de adopción.

La Corte consideró que a simple vista podría decirse que para tales casos podrían aplicarse las reglas generales de la filiación, las cuales establecen que solo puede concederse la adopción cuando no hay ninguna posibilidad de consolidar la relación de paternidad o maternidad con el padre o la madre biológica. La Corte indicó que, en los casos de inseminación artificial heteróloga, donde el donante es determinado, pero no ha expresado su deseo o interés en la conformación de la relación de paternidad, el ordenamiento no prevé expresamente la obligación condicionar la adopción al agotamiento de los trámites para individualizar, ubicar e informar al donante sobre la existencia de su hijo, y para instarlos a conformar el vínculo filial.

En cuanto al argumento dado por la Defensoría de Rionegro al negar la solicitud por la orientación sexual de las madres, la Corte

³⁷ “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:

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

³⁸ Sentencia SU-617 de 2014 “La doctrina y la legislación en el derecho comparado distingue entre inseminación homóloga e inseminación heteróloga. En aquella el óvulo de la mujer receptora es fecundado con gametos masculinos de cónyuge o pareja; en esta última, en cambio, los gametos masculinos provienen de un tercer donante, normalmente desconocido para ella”.

expresó que tal disposición ciertamente vulneraba los derechos de las ciudadanas, toda vez que en sentencias anteriores la Corte había determinado la existencia de otro tipo de familias diferentes a la conformada por hombre y mujer exclusivamente. La Corte concluyó que a pesar de que ciertamente la unión conformada por las señoras Turandot y Fedora constituye una familia, las barreras normativas han impedido el reconocimiento y consolidación por la vía jurídica de este hecho, lo que desampara a la menor por cuanto ciertos derechos patrimoniales entre la madre adoptante y la menor, no podrán ser reconocidos. Una barrera normativa es una forma de sancionar estas formas alternativas de familia.

La Corte recordó que, tal como ya había indicado en la Sentencia SU-617 de 2012, a la luz del ordenamiento superior la familia heterosexual y monogámica cuentan con la protección del Estado, también es cierto que el ordenamiento colombiano debe reconocer y proteger la diversidad de estructuras familiares. Así las cosas, la Corte Constitucional, basándose en la autonomía y autodeterminación de la familia y los derechos del menor, decidió fallar en favor de las madres, ordenando se diera trámite al proceso de adopción.

III.4. La Sentencia C-071 de 2015

En 2015, el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas demandó la inconstitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia y el artículo 1³⁹ (parcial) de la Ley 54 de 1990 por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes, ya que consideraba que estos artículos impedían la adopción conjunta por parte de parejas homoparentales.

Para el accionante, los anteriores artículos atentaban contra las disposiciones constitucionales establecidas en los artículos 1, 7⁴⁰, 13, 42 y 44 de la Constitución Política de Colombia, al mismo tiempo que

³⁹ Ley 54 de 1990. “Artículo 1°. 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”.

⁴⁰ Constitución Política de Colombia “ARTICULO 7o. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

vulneraban los artículos 2⁴¹ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 26⁴² del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según la Corte, las normas señaladas por el accionante como infractoras de los derechos constitucionales, incluyendo los del Bloque de Constitucionalidad, no solo hacían referencia a la adopción conjunta⁴³, sino que también enmarcan la adopción complementaria o por consentimiento.⁴⁴ La Corte encontró necesario estudiar la adopción como herramienta para la protección de los menores de edad, y para ello se sustentó en los tratados internacionales que regulan la materia, como la Declaración de Derechos Humanos en su artículo 16. La Corte también hizo uso de la Declaración de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴⁵

La Corte argumentó que las normatividades mencionadas, bien como la jurisprudencia desarrollada previamente por la misma Corte, han permitido establecer que el derecho de los menores a tener una

⁴¹Declaración Universal de los Derechos Humanos “Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

⁴²Declaración Universal de los Derechos Humanos “Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁴³Sentencia C-071/15 “La adopción conjunta, que es la ejercida por los cónyuges o por los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años”.

⁴⁴ Sentencia C-071/15 “la adopción complementaria o por consentimiento, cuando se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente, con la anuencia de este”.

⁴⁵Sentencia C-071/15 “La Declaración de los Derechos del Niño (1959) afirma que el menor debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, en cualquier caso en un entorno de afecto y seguridad moral y material[45]. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) sostiene que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad[46]. El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966) estipula que la familia se erige como base para el desarrollo de los hijos[47]. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) consagra el derecho a la protección familiar[48]. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda (1986), indica que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil, y que “el bienestar del niño depende del bienestar de la familia”[49]. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) ve en la familia el “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, [que] debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, además de exigir el deber de los Estados de velar por la protección de los menores cuando vean afectado su medio familiar”.

familia tiene por objeto el propiciar condiciones para su desarrollo armónico e integral en un entorno de amor y cuidado. Por tal razón, analizó la Corte, cuando el niño o niña no tienen familiares que les proporcionen el medio idóneo para su desarrollo, es el Estado quien está obligado a ser garante de estos derechos. La adopción, según lo dicho por la Corte, es uno de estos medios a través del cual el Estado garantiza la protección de los infantes⁴⁶. Siguiendo esta línea, la Corte entendió que cuando el ordenamiento hace referencia a la familia, no se refiere a cualquier familia, sino a aquella que sea idónea para ayudar a restablecer los lazos filiales y pueda brindar las condiciones óptimas de vida.

Posteriormente, la Corte entró a analizar a las parejas del mismo sexo como familias constitucionalmente reconocidas, para lo cual hizo referencia a la sentencia C-071 de 2015 que declaró exequible la definición de matrimonio dada en el artículo 113 del Código Civil como la conformada por parejas heterosexuales. En esta decisión de 2015, la Corte replanteó el concepto que tradicionalmente se tenía de la familia y de su estructura, así como los parámetros constitucionales por los cuales esta es protegida, teniendo en cuenta a las familias conformadas por personas *QUEER*. En esta ocasión, la Corte definió la adopción como una medida de protección, cuyo objetivo es remplazar o suplir las relaciones filiales de los menores en adopción con el fin de garantizarles el derecho a la familia. Para la Corte, al hablar de familia en la Constitución, se debe incluir aquellas conformadas mediante tipo de vínculos no heterónomas, y que, por ende, también se encuentran protegidas dentro de los mismos preceptos de la constitución.

Es entonces de esta forma que la Corte condicionó la exequibilidad de las normas sobre adopción consentida o complementaria, incluyendo a las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

⁴⁶ Sentencia C-071/15 “En este escenario la adopción se refleja como la institución jurídica por excelencia para garantizar al menor expósito o en situación de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella¹⁵³. La adopción, ha dicho la Corte, “*persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un núcleo familiar.*””

III.5. La Sentencia C-683 de 2015

El 4 de noviembre de 2015, la Corte Constitucional nuevamente debió decidir sobre una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia y contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990 por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Esta demanda fue presentada por los integrantes de la Clínica Jurídica en Teoría General del Derecho de la Universidad de Medellín, y diversas universidades y entes del Estado presentaron a la Corte conceptos con relación al tema. La Corte debió decidir si los mentados artículos se podían considerar inexequibles ya que no hacían la inclusión taxativa de las personas de la comunidad LGBTIQ+, tanto en los procesos de adopción como en las definiciones de unión marital de hecho.

Los accionante argumentaron que las normas demandadas iban en contra de lo dispuesto en artículos 13, 42 y 44 de la Constitución Política, al igual que tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Argumentaron que, debido al principio de primacía que tienen los derechos de los menores dentro del ordenamiento jurídico interno y de la falta de legislación que regulara el tema, la inexistencia taxativa de la inclusión de las personas LGBTIQ+, llevaba a interpretación excluyente generalizada de las normas en cuestión por el ICBF y por la Procuraduría General de la Nación, y no estaba acorde con la Constitución.

En virtud de resolver dicho problema jurídico sin afectar lo ya juzgado en sentencias anteriores, la Corte decidió abordar el problema a través de 3 ejes: 1) la prelación de los derechos de los menores y la adopción como medio de protección; 2) la adopción por parte de parejas homoparentales y el interés superior de los menores; y 3) la constitucionalidad de las normas demandadas.

La Corte reiteró que los derechos de los niños y niñas tienen un carácter superior y que además su relevancia es de orden constitucional, puesto que no solo hay un reconocimiento de esta prelación en el artículo 44 de la Constitución, sino que también en las disposiciones de

orden internacional ratificadas por Colombia. Fue entonces cuando en la parte considerativa de la presente sentencia, la Corte mencionó, para posteriormente analizar, las normas pertenecientes al Bloque de Constitucionalidad que reafirman el carácter superior de los derechos de los menores. La Corte estimó que todos los convenios ratificados por Colombia en los que se tratan temas que involucran menores de edad, enmarcan el trato preferente que debe existir hacia los niños y niñas desde todas las esferas sociales. La Declaración de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hasta la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros, hacen énfasis en el compromiso que tienen los Estados con la protección de menores.

No obstante, precisó la Corte, el sistematizar el concepto del principio de interés prevalente del menor no había sido una tarea sencilla, aun cuando incluso desde el Bloque de Constitucionalidad se trata este tema, puesto que se hace necesario que se adapte a cada realidad de cada menor. Fue por esto que en Colombia la jurisprudencia trazó dos parámetros para ayudar a diferenciar cuando se está ante un caso de vulneración del principio de prevalencia de los menores y cuando no: las condiciones jurídicas y las condiciones fácticas del caso en concreto.

Las condiciones jurídicas, hacen referencia al marco normativo, es decir, los derechos y las garantías del menor aplicables al caso, y las condiciones fácticas, responden a las características de cada caso en particular. Es por esto, precisó la Corte Constitucional que el principio de interés superior de los menores es una norma que posee prelación en el ordenamiento jurídico interno y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y que este principio y las normas internacionales que tratan al respecto son un importante parámetro para definir controversias que traten sobre los menores. En cuanto al derecho a la familia, enfatizó que su importancia no solo se deriva del artículo 5 y 42 de la Constitución Política de 1991, sino también del Bloque de Constitucionalidad y los tratados que lo conforman.

Diversos instrumentos internacionales vigentes en Colombia protegen la familia y la constitución de esta, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual en su artículo 16 describe a la familia como un elemento fundamental de la sociedad

que debe ser protegido por la misma⁴⁷. La Corte puntualizó, además, que como ya se ha tratado en otras sentencias anteriores, la protección a la familia no solo se deriva de su percepción como base del Estado, sino también porque de su conformación se desprende el goce de otros derechos. Es por eso que la adopción no solo se presenta como medio para garantizar el derecho a la familia, sino también para la materialización de otros derechos fundamentales que contribuyen al desarrollo y protección de los menores.

Como ya lo había dispuesto la Corte Constitucional previamente, la adopción debe ser vista como un mecanismo que contribuye al cumplimiento del derecho de tener una familia para los niños y niñas, su importancia deriva, precisamente, de que esta la respuesta del Estado para garantizar este derecho, además de muchos otros. Por ello, la adopción va encaminada a beneficiar y ayudar a los menores, pues la obligación del Estado es garantizar que las personas que manifiesten su deseo de adoptar sean aptas para ello.

El enfoque de la adopción en Colombia como se ha precisado en diversas sentencias no va ligado a los adultos que han demostrado capacidad para adoptar y solicitan iniciar este proceso, sino a los menores en estado de adoptabilidad. Tales disposiciones no son solo de carácter nacional, sino que responden también a una obligación internacional que Colombia ha pactado ante organismos internacionales a través de la ratificación de diversos tratados y convenios. La Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño del año 2013, por ejemplo, y tal como mencionó en la sentencia C-683 de 2015, obliga a los Estados a que tengan especial cuidado en los asuntos que inmiscuyan menores, tales como los procesos de custodia, divorcios y por supuesto, la adopción.

Con ese reconocimiento la Corte reafirmó que en los procesos de adopción ha de primar el interés superior del menor, lo cual significa que el Estado tiene la obligación de asegurar que quien o quienes aspiren a hacer parte de una nueva familia reúnan todas y cada una de las

⁴⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos “Artículo 16. 1. Los hombres 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 del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

exigencias de idoneidad para cumplir su nuevo rol, procurando siempre potenciar el desarrollo integral del niño.

La Corte también aclaró que esta prevalencia de los derechos de los menores está dada por el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y por diversos tratados internacionales como lo son la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración de la OEA sobre los Derechos del Niño (1959), entre otras. La Corte también mencionó y analizó la importancia de la familia para el Estado y su desarrollo, el cual es determinado en la Constitución en el artículo 42. Finalmente, la Corte entendió que las leyes sobre adopción en Colombia, establecidas por el Código de la Infancia y la Adolescencia, están concebidas bajo los parámetros del derecho internacional, el principio de protección del menor, y el derecho a la familia y su importancia para el desarrollo de los menores.

La Corte también analizó si la adopción por parte de familias diversas, afecta o no el desarrollo de los menores. Para esto, la Sala de la Corte Constitucional en cabeza del Magistrado ponente, Jorge Iván Palacio Palacio, realizó un análisis de derecho comparado, en el cual revisó si en otros Estados las leyes permitían las adopciones por parte de familias diversas, cuáles eran los parámetros tenidos en cuenta para esto y si ha existido una afectación a los menores. Para la Corte, el análisis de los ordenamientos internos de otros Estados contribuye a que se conozca el avance legislativo y judicial en el mundo.

Más adelante, la Corte indicó que, actualmente, la mayoría de los países de Europa, América del Norte y Oceanía reconocen que las parejas del mismo sexo pueden adoptar menores de edad. La Corte analizó diversos casos que han llegado hasta instancias internacionales, como lo fue el caso de Atala Riffo y niños contra Chile, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) protegió los derechos a la igualdad y no discriminación de una pareja homoparental.

La Corte entendió, la adopción por parte de personas de la comunidad LGBTIQ+ en distintos países europeos es una realidad, al igual que en diversos países de Latinoamérica, y que en ninguno de ellos se ha observado que exista algún peligro para los menores que sea derivado de la orientación sexual de los adoptantes. No había, como dijo la misma Corte, evidencia alguna que diera cuenta que la

orientación sexual de una persona sea perjudicial para la salud de los menores, ni para ninguna área de su desarrollo.

La Corte se apoyó en el estudio que realizó de algunos casos en concreto que llegaron a instancias internacionales, como lo fue el caso de Atala Riffo y niñas contra Chile. En este caso, el cual fue conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se dirimía la custodia de dos menores fruto de la relación entre el señor Ricardo Jaime López y la señora Atala Riffo.

La señora Atala, posteriormente a su divorcio, comenzó a convivir con una mujer con quien sostenía una relación, por lo que el padre de las menores presentó demanda para solicitar la custodia de las menores. La solicitud fue negada en primera instancia, pero posteriormente la Corte Suprema de Justicia de ese país concedió la custodia de las menores al padre biológico. La Corte Suprema de Justicia de Chile, tomó su decisión basándose en que las menores podrían ser objeto de discriminación por la relación de su madre con otra mujer, porque aparentemente, se demostró que las niñas presentaban confusión respecto de la orientación de la madre. Además, para esa Corte, la madre de las menores puso sus intereses propios por encima de los intereses de las menores al iniciar una relación con otra mujer y convivir con esta. También, según la Corte Suprema de Justicia de Chile, el vivir con una familia conformada por una pareja homosexual y no en una familia tradicional, afectaría a las menores.

Por tal razón, la madre acudió a estamentos internacionales, llegando a conocer de esto la Corte IDH, quien declaró que Chile era responsable de la vulneración del derecho a la igualdad, a la no discriminación, entre otros. La Corte IDH determinó que la orientación sexual no era un factor a tener en cuenta para conceder o no la custodia de un menor de edad, que lo que se debe tener en cuenta es si existe una afectación del bienestar de los niños y niñas. También precisó que el interés superior de los derechos de los niños y niñas, no puede ser utilizado como una excusa para discriminar a una persona por su orientación sexual.

Así, pues, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-683 de 2015, analiza diversos casos en lo que las cortes internacionales han conocido de asuntos y hechos en los que se les ha impedido a algunas personas tener la custodia de un menor o acceder a

un proceso de adopción, a causa de su orientación sexual, y en los que esta ha declarado como culpables a los Estados que han negado que parejas del mismo sexo puedan adoptar.

Esto quiere decir, que uno de los criterios empleados por la Sala Plena de la Corte Constitucional para resolver el asunto en comento, fue la jurisprudencia de instancias internacionales que exhortaban a los Estados a proteger la adopción homoparental en cumplimiento de los tratados y convenios realizados por estos, permitiendo a los niños y niñas en condición de adoptabilidad el acceso a una familia, sin importar si esta fuera una familia sexualmente diversa.

La Corte también analizó las decisiones de otros Estados al respecto del tema en concreto, en los que se concedió la posibilidad a parejas del mismo sexo de adoptar, ya que así les brindaban protección a los menores en estado de adopción.

Ejemplo de ello es el caso llevado ante Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el caso *In the matter of the Adoption of Evan* en Estados Unidos, el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en México, entre otros casos que se dieron en países como Italia, Canadá y Alemania. En los mentados casos, se ha dejado claro que las diferencias basadas en el género y la orientación sexual no son determinantes para impedir la adopción, que al igual que en los casos de adopción por parte de parejas heterosexuales. Para impedir una adopción homoparental se necesitan razones convincentes que demuestren que el menor puede estar en peligro para que se niegue la posibilidad de la adopción y que esto va más allá de la orientación sexual o género.

Dichos casos ayudaron a que la Corte Constitucional concluyera que en todas las decisiones que se han tomado tanto por las Cortes Internacionales como en las Cortes Supremas de otros Estados, en los cuales conceden la adopción a personas con orientación sexual diversa, nunca se ha dejado de lado el bienestar superior del menor. Además de ello, la implementación de la adopción por parte de personas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+ estaba contribuido a que los Estados cumplan con su deber de proteger a los niños y niñas. Sumado a lo anterior, la Corte consideró también que la idoneidad de las personas para adoptar, ya sea moral o de otra índole, no está ligada a la orientación sexual de las personas. La Corte concluyó que no existe una

afectación al interés superior de los niños y niñas, al permitir que las personas con sexualidad diversa accedan a la adopción.

No obstante, aunque la Corte Constitucional hiciera este estudio y análisis minucioso sobre la prevalencia de los derechos de los menores, la idoneidad de las personas para adoptar, y las decisiones que previamente las Cortes Internacionales y las Cortes de otros Estados han tomado al respecto, declaró asimismo la exequibilidad de las normas demandadas, aclarando que estas disposiciones deben ser interpretadas como contemplando las parejas del mismo sexo.

La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que no es a través de la vía jurisprudencial que se debe resolver sobre el tema, sino que es el Congreso de la República quien está en el deber de legislar al respecto. Por eso la Corte exhortó al Congreso de la República de Colombia a que estudiara el tema y expidiera una ley que regule las adopciones homoparentales, y que, de no hacerlo, se pasaría a entender que la adopción por parte de parejas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+ es permitida en el territorio colombiano. Al no evidenciarse intención del Congreso de legislar sobre el tema, y que esto compromete el bienestar de los menores, decide que dentro de los apartes demandados se debe incluir a las parejas con sexualidad diversa.

III.6. Conclusión

Como se pudo evidenciar durante el presente capítulo, la Corte, si bien haya declarado la exequibilidad de la norma acusada, hizo la salvedad que la adopción por parte de parejas homoparentales se encuentra incluida en estas, dando así, paso a la adopción por parte de personas del colectivo LGBTIQ+.

Desde 2012 hasta la última decisión de 2015 se notó un cambio en las decisiones tomadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, la cual de manera clara expresó que la orientación sexual de una persona no es impedimento para que esta pueda adoptar o no. Para esto, la Corte se centró en la prevalencia de los derechos de los menores y en como el darles la posibilidad de pertenecer a una familia homoparental, contribuía a garantizarles este derecho, además de su bienestar y un buen desarrollo económico y social.

En su última decisión sobre el tema, la sentencia C-683 de 2015, la Corte estableció el deber del Congreso Nacional legislar sobre el

tema, o caso contrario se entendería que la adopción por parejas LGBTQI+ es tan protegida como la adopción por parejas heterosexuales. En la actualidad no existe proyecto de ley alguno que trate sobre la regulación por vía legislativa de la adopción homoparental, por lo tanto, la única herramienta legal que posee la comunidad LGBTQI+ para legitimar que están facultados para adoptar, son los fallos de sentencia emitidos por la Sala Plena de la Corte Constitucional que aquí se analizaron.

|

IV. Conclusión

La lucha legal que ha tenido que emprender la comunidad LGBTIQ+ para lograr sus derechos ha sido larga y dispendiosa, tal como su pudo evidenciar en los anteriores capítulos. A pesar que en muchos de los tratados internacionales ratificados por Colombia, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se hace un reconocimiento al derecho a la igualdad sin importar, raza, sexo, u orientación sexual, ha sido necesario emprender el camino legal para que se dé el reconocimiento de muchos derechos civiles para la población LGBTIQ+.

Los tratados mayormente utilizados por la Corte Constitucional hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, el cual es una parte importante de la estructura jurídica de Colombia, como se apreció en el primer capítulo. El Bloque de Constitucionalidad sirve para el ejercicio de control legal sobre las leyes que jerárquicamente son inferiores a la Constitución Política de 1991 y cuyas disposiciones sean consideradas contrarias a lo establecido de la Carta Magna. Dada la inoperancia del Poder Legislativo colombiano en adecuar la normativa nacional a la protección de las familias diversas, fue necesario el uso de las herramientas de derecho internacional para proteger sus derechos.

Una de las batallas legales libradas por la comunidad fue lograr que se reconociera a las parejas LGBTIQ+ como personas aptas para adoptar en Colombia. Esa lucha que se inició en 1995, año en el que la Corte Constitucional emitió la primera sentencia sobre el tema de la adopción por parte de una persona negó al ciudadano colombiano la adopción de una menor que había estado a su cuidado, argumentando que las condiciones de vida en las que se encontraba era una amenaza inminente para la menor, aunque aclarando que en ningún momento la negativa estaba fundamentada en su orientación sexual de este.

En 2001, con la sentencia C-814, la Corte Constitucional volvió a tratar el tema de la adopción homoparental, esta vez por la demanda de inexequibilidad de la palabra “moral” dentro del artículo que establece la adopción de menores. Palabra que, tal como determinó la Corte, no hace alusión a la orientación sexual de una persona, sino a la moral pública, razón por la cual decide no declarar la inexequibilidad de la expresión contenida en el numeral 2 del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989, mostrando una aparente renuencia a incluir de manera

clara a las parejas del mismo sexo dentro de las normas y el derecho positivo. Pese a esa aclaración, la Corte dejó de pronunciarse de fondo respecto a la idoneidad de las parejas homoparentales para adoptar. No sentó una postura firme al respecto y solo se limitó a aclarar que la adopción no es un derecho sino una garantía para los menores de edad susceptibles de ser adoptados. Así las cosas, aunque no señaló directamente a las parejas homoparentales como no idóneas para adoptar, al no pronunciarse de fondo sobre el tema, muestra que no había una intención de definir si dentro del espectro de quienes menciona la ley jurídica, moral y económicamente capaz para adoptar, se encontraban las personas del colectivo LGBTIQ+.

Sin embargo, en 2007 en la sentencia C-075, la Corte reconoció las diversas dinámicas familiares denominándolas “variedades jurídicas socialmente constatables”. A pesar de esto, la Corte no modificó las expresiones en las normas allí demandadas, solo indicó que se entenderá que estas variedades jurídicas socialmente constatables, hacen parte de ellas.

En 2009, por medio de la sentencia C-802, la Corte decidió inhibirse acerca de la demanda hecha por un ciudadano en la que acusó de inconstitucional la definición de las uniones maritales de hecho, solo contemplan como uniones maritales de hecho a las conformadas por parejas heterosexuales. A pesar de ciertos avances dados en materia legal para las personas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+, la Corte seguía sin decidir de fondo el asunto referente a la adopción de menores. La Corte precisó, sin embargo, que el no reconocimiento de las personas LGBTIQ+ no vulneraba sus derechos, puesto que no existe un derecho adoptar, sino el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser adoptados.

Luego de la sentencia de 2009, el tema no volvió a estar en la mesa de la Corte Constitucional hasta el 2012, es decir, tres años después. Ya para este año, se notó un cambio en los pronunciamientos de la Corte, que, si bien aún no trataba de fondo el problema, al seguir declarando como exequibles normas que no expresan de manera tacita a la comunidad LGBTIQ+, hizo la salvedad que la adopción por parte de parejas homoparentales se encuentra incluida en la normativa nacional, dando así, paso a la adopción por parte de personas del colectivo LGBTIQ+. Para esto, la Corte se centró en la prevalencia de

los derechos de los menores y en como el darles la posibilidad de pertenecer a una familia homoparental, contribuía a garantizarles este derecho, además de su bienestar y un buen desarrollo económico y social.

En su última decisión sobre el asunto, sentencia C-683 de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que no es a través de la vía jurisprudencial que se debe resolver sobre el tema, sino que el Congreso de la República está en el deber de legislar al respecto. Por ello la Corte exhortó al Congreso de la República de Colombia a que estudiara el tema y expidiera una ley que regulara las adopciones homoparentales, y que, de no hacerlo, se entendería que la adopción por parte de parejas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+ es permitida en el territorio colombiano. Al no evidenciar la intención del Congreso de legislar sobre el tema, la Corte decidió incluir a las parejas con sexualidad diversa en la normativa demandada. En la actualidad, sin embargo, no existe proyecto de ley alguno que trate sobre la regulación por vía legislativa de la adopción homoparental, por lo tanto, la única arma legal que posee la comunidad LGBTIQ+ para legitimar que están facultados para adoptar, son los fallos de sentencia emitidos por la Sala Plena de la Corte Constitucional que aquí se analizaron.

Si en 1995, cuando la Corte profirió el primer fallo analizado en ese trabajo, ya se aplicaba el Bloque de Constitucionalidad, ¿por qué la Corte esperó hasta 2015 para reconocer que las parejas *QUEERS* pueden adoptar? ¿Qué cambió desde 1991 hasta 2015 dentro del Bloque de Constitucionalidad?

Ciertamente, la diferencia entre el primer fallo de sentencia hasta el último proferido en 2015 en referencia al tema de la adopción homoparental, solo se diferencia en la óptica dada por la misma Corte. Mientras que en las primeras sentencias al respecto, la Corte señalaba que no existía un derecho a la adopción, en 2012 los Magistrados empezaron a analizar el tema desde una perspectiva diferente. Ya no se trataba de la prelación de los derechos de los menores y del principio de protección de estos, pues quedaba claro que no había vulneración alguno de sus derechos si los niños, niñas y adolescentes, eran criados dentro de hogares homoparentales. No había evidencia científica que diera cuenta de ello, por lo que al no permitir que parejas LGBTIQ+ con las capacidades y aptitudes para adoptar lo hicieran, se vulneraba los

derechos de los menores, yendo en contra de los tratados ratificados por Colombia.

No hubo un cambio en la normativa del Bloque de Constitucionalidad que permitiera a la Corte cambiar los fallos, lo que existió fue una manera distinta de analizar las normas contenidas dentro del Bloque de Constitucionalidad y dentro de la misma Constitución, que se referían al tema. En 2015, la Corte ya no discutía si las parejas del mismo sexo representaban un peligro para los menores, porque para ellos había las pruebas suficientes de que no era así. Lo que se discutía era si el no permitirles a estas parejas iba en contra de los derechos fundamentales de los menores, cuestión respondida en la sentencia de 2015.

Aunque en 2015 se logró que las personas pertenecientes al colectivo LGBTIQ+ pudiesen adoptar, hasta el día de hoy las leyes colombianas siguen conteniendo frases como “hombre y mujer” para definir una pareja, invisibilizando a las parejas del mismo sexo. La Corte ha aclarado numerosas veces que estas expresiones también incluyen a las parejas diversas, pero el no reconocimiento expreso y tácito de esto, es una forma de invisibilización de la comunidad LGBTIQ

Aunque la adopción hoy por hoy es una posibilidad para las parejas del colectivo LGBTIQ+, aún hay un largo camino por recorrer en cuanto a su pleno reconocimiento, ya que este no solo debe ser por jurisprudencia, sino también debe estar contenido en el derecho positivo, en leyes, códigos, decretos, reglamentos y, claro, la misma Constitución Política. Es decir, las parejas de la comunidad LGBTIQ+ aún tiene mucho por debe luchar por derechos y garantías que las personas heterosexuales ya dan por sentado.

Bibliografía

Sentencia C-225/1995 (1992, 18 de mayo) – Corte Constitucional Colombiana. (Alejandro Martínez Caballero M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

Sentencia C-578/1995 (1995, 4 de diciembre) – Corte Constitucional Colombiana. (Eduardo Cifuentes Muñoz M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>

Sentencia C-191/1998 (1998, 6 de mayo) – Corte Constitucional Colombiana (Eduardo Cifuentes Muñoz M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-191-98.htm>

Sentencia C-582/1999 (1999, 26 de agosto) – Corte Constitucional Colombiana – (Alejandro Martínez Caballero M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-582-99.htm>

Sentencia 708/1999 (1999, 22 de septiembre) – Corte Constitucional Colombiana
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-708-99.htm>

Sentencia C-814/2001 (2001, 2 de agosto) – Corte Constitucional Colombiana
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-814-01.htm>

Sentencia C-067/2003 (2003, 4 de febrero) – Corte Constitucional Colombiana
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>

Sentencia C-802/2009 (2009, 10 de noviembre) – Corte Constitucional Colombiana.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-802-09.htm>

Sentencia T-276/2012 (2012, 11 de abril) – Corte Constitucional Colombiana.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>

Sentencia SU-617/2014 (2014, 28 de agosto) – Corte Constitucional Colombiana
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU617-14.htm>

Sentencia C-071/2015 (2015, 18 de febrero) – Corte Constitucional de Colombia.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>

Sentencia C-683/2015 (2015, 4 de noviembre) – Corte Constitucional Colombiana.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-683-15.htm>

Romero, N. (2008) El Bloque de Constitucionalidad y su Justificación Dentro del Derecho Constitucional. *Boletín No. 14 del Instituto de Estudios Constitucionales*, 14(1) 39-49.

<https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/BIEC/article/view/1458>

Uprimny, R. (2000) El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal.

https://www.researchgate.net/publication/238077572_EL_BLOQUE_DE_CONSTITUCIONALIDAD_EN_COLOMBIA_Un_analisis_jurisprudencial_y_un_ensayo_de_sistematizacion_doctrinal

Suelt-Cock, V. (2016) El Bloque de Constitucionalidad como Mecanismo de Interpretación Constitucional. Aproximación a los Contenidos del Bloque en Derechos en Colombia. *Vniversitas*, No. 133: 301-382, 301-381.

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/17747>

Favoreu, L., Rubio-Llorente, F. (1995) Bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional).

Niño-Ramos, G., Romero-Sotomayor G. (2005) El Bloque de Constitucionalidad. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fintellectum.unisabana.edu.co%2Fbitstream%2Fhandle%2F10818%2F5487%2F129269.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&cIen=1663764