

# Matrimonio y adopción: dos instituciones en transformación familiar a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana a favor de las parejas LGBTI\*

Víctor Julián Moreno Mosquera\*\*

**Resumen.** La reciente decisión constitucional de permitir la adopción de una lesbiana respecto del hijo menor de su compañera permanente, en la sentencia SU – 617 de 2014, ha expuesto nuevamente la fragilidad del concepto familiar colombiano sustentado en la tradición conservadora. Ya la Corte Constitucional había trazado una ruta de reconocimiento constitucional a las familias LGBTI con la sentencia C-577 de 2011, según la cual en la actualidad varios doctrinantes y jueces consideran viable el matrimonio igualitario. A esta decisión se suma el caso Burr, donde se concedió la difícil adopción de dos niños de 13 y 9 años de edad a un adoptante homosexual a quien posteriormente el I.C.B.F. le retirara los niños por considerar amenazados sus derechos y garantías.

La crítica actual a la tradición institucional del matrimonio y la adopción, está encarnada en las nuevas lógicas familiares que carecen de la condición excluyente impuesta por único modelo nuclear, monogámico y heterosexual. La perspectiva humanista del modelo político social del Estado, es garante de la diversidad y la inclusión a pesar de la resistencia social al cambio. Los resultados de esta investigación terminada arrojan elementos críticos a la discusión sobre la crisis del modelo familiar colombiano y la necesidad de adecuar el derecho de familia a las exigencias de la sociedad contemporánea.

**Palabras Clave:** Adopción, Matrimonio, Familia, comunidad L.G.T.B.I., Derechos Fundamentales, jurisprudencia constitucional y Estado Social de Derecho.

**Abstract:** The recent constitutional decision to allow the adoption of a lesbian to the minor son of his permanent companion in Case SU - 617 of 2014 has exposed the fragility of the Colombian familiar concept supported by the conservative tradition again. And the Constitutional Court had drawn a constitutional path for the LGBTI families with the judgment C-577 of 2011, under which several indoctrinators currently feasible and judges consider marriage equality. In this decision the Burr case, where the difficult adoption of two children aged 13 and 9 years old was granted a gay adopter who later joins the ICBF Children will retire to consider their rights and guarantees threatened by extinction. Current institutional tradition of marriage and adoption criticism is embodied in the new family of logics that lack the exclusionary condition imposed by single nuclear, monogamous and heterosexual model. The humanistic perspective of political social state model is the guarantor of diversity and inclusion despite social resistance to change. The results of this research shed critical completed the discussion on the crisis of the Colombian family model and the need to bring family law to the demands of contemporary society elements.

**Key words:** Adoption, Marriage, Family, LGBTI community, Fundamental Rights, constitutional jurisprudence and rule of law.

\* Este artículo de investigación es producto de la ponencia presentada durante el V Encuentro de la Red de Estudios Sociojurídicos Nodo Antioquia organizado por la Universidad de Antioquia en el año 2012. Además cuenta como antecedente en él, la investigación terminada: *La familia colombiana en la postmodernidad: hacia una teoría crítica del derecho de familia, implicaciones y consecuencias político jurídicas*, presentada en la IV Convocatoria de Investigaciones promovida por la Oficina Central de Investigaciones de la Institución Universitaria de Envigado.

\*\* Mg. en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la U.P.B., Especialista en Derecho Civil con énfasis en Familia de la U.N.A.U.L.A. y Abogado de la I.U.E. Docente de Tiempo Completo de la Institución Universitaria de Envigado. Investigador Principal en el proyecto. Coordinador Grupo de Investigación: Auditorio Constitucional. Línea de investigación: Dinámicas Familiares y Derecho. victorjuliancol@hotmail.com

## Introducción

El año 2014 pasara a la historia colombiana como el año en que la Corte Constitucional colombiana echó por tierra la tradición jurídica ordinaria, conservadora y formalista, al ordenar tramitar la adopción solicitada por una pareja cuya orientación sexual es distinta al hetero. Esta decisión sin precedentes consideró que el criterio de discriminación con fundamento en la orientación sexual era inaceptable en materia de adopción para el caso en que la compañera permanente solicita la autorización administrativa y judicial para adoptar a la hija biológica de su pareja<sup>1</sup>. Empero, esto no resuelve el derecho de adopción de manera general para las familias con orientación sexual diversa, si sirve como instrumento de acercamiento entre la realidad social y el derecho en clave del principio de dignidad humana establecido por la condición social del Estado.

Esta posición de la Corte Constitucional, resulta congruente con los vientos de cambio y sincretismo que soplan en la Santa Sede católica con ocasión de la Sínodo Extraor-

dinario de la Familia. Las transformaciones socioculturales han generado que primera vez un Papa llamara a los máximos jerarcas de su iglesia a expresarse con total libertad sobre temas tan polémicos y tabúes como: "... el matrimonio homosexual, las parejas de hecho, el divorcio y la comunión para los divorciados que se vuelven a casar, el papa instaba a la iglesia a debatir y a abrirse a los cambios que el modelo de familia está atravesando"<sup>2</sup>. Vale decir, que es innegable la influencia política y cultural que tiene la Iglesia Católica en los cambios o retrocesos legislativos relacionados con la familia en Colombia.

Desde el año 2007, se pueden rastrear modificaciones en la forma de interpretar la institución familiar para el Derecho. Las reclamaciones de las parejas pertenecientes a la comunidad LGTBI<sup>3</sup> tendrían eco por primera vez en los oídos de la Corte Constitucional. Desde ese momento, se libraría una batalla constitucional por el reconocimiento, la inclusión, la tolerancia y la diferencia de las familias diversas<sup>4</sup>.

1 Después de esperar casi cinco años, la Corte ordenó la protección de los derechos fundamentales de la familia diversa, mas recordó que el alcance de la sentencia de tutela está restringido a aquellos asuntos posteriores y análogos desde sus hechos a este fallo. *Ámbito Jurídico*. 1 al 14 de Septiembre de 2014. p. 8

2 La asamblea fue fijada al término de una consulta mundial sobre la evolución de la familia, lanzada por el papa argentino pocos meses después de su elección en marzo del 2013. Durante quince días, del 5 al 19 de octubre, unos 300 prelados, entre cardenales y arzobispos de todos los continentes, debatirán a puerta cerrada sobre "Los desafíos pastorales de la familia en el contexto de la evangelización". <http://www.latercera.com/noticia/mundo/2014/10/678-598710-9-sinodo-de-la-familia-vaticano-debate-sobre-matrimonio-divorcio-y-bodas.shtml>. (Consultado 10 de Octubre de 2014)

3 En las decisiones posteriores, la Corte, evitaría referirse al concepto familia o familiar para no chocar con la clásica y moderna interpretación de familia contenida en el artículo 42 Constitucional. A este punto de la discusión la mayoría de los juristas sostenían que solo vía referendo constitucional podría incluirse las familias con orientación sexual diversa. La sentencia C-075 de 2007, concedería el derecho de participación en la sociedad de gananciales derivada de la Unión Marital de Hecho para las parejas L.G.B.T.I, esto es, Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales. Esta última clasificación es la más reciente y sirve para referenciar a personas que tienen ambigüedad física o genital de género. El caso más extremo es el hermafroditismo. Pero existen quienes tienen alteraciones genéticas como intermedias que hacen más complejo el asunto. (Moreno, 2011)

4 Lo dicho, deja en evidencia, una contradicción entre lo que dice la Corte, y como trata a las minorías. Esta desarmonía propia del ordenamiento jurídico se hace comparable con una visión posmoderna de la fórmula familiar en la jurisprudencia colombiana (Moreno, 2011). De un lado, tanto los servidores públicos como la sociedad en general aún están anclados en el paradigma anterior que mira la familia como un hecho natural inmutable que descansa en los preceptos heterosexual y nuclear, contrario a la materialización del derecho familiar exigido por parte de las parejas LGBTI a casarse y adoptar.

Los planteamientos desarrollados en este documento responden a la metamorfosis de una sociedad contemporánea, que cohesiona una cultura mundo globalizada e hipercambiante (Lipovsky, 2010), que a su vez erosiona y trastorna la idea moderna familiar colombiana, legataria de los postulados regeneracionales del patriarcado, la heterosexualidad y la religiosidad en su composición intrínseca desde finales del siglo XIX. Estos cambios no solo afectan la sociedad colombiana. En Estados Unidos, el 9 de mayo de 2012, el candidato presidente Barack Obama aspiraba a su reelección y al ser cuestionado por ABC News sobre el matrimonio gay dijo: “para mí, las parejas del mismo sexo deben poder casarse”. Obama, el primer presidente afroamericano fue reelegido y en consonancia con su propuesta pro matrimonio gay, el 26 de Junio de 2013, el Tribunal Supremo Norteamericano se pronunció por primera vez a favor de la cuestión del matrimonio LGBTI, al declarar inconstitucional la prohibición general de reconocer el matrimonio gay a nivel federal y validar el principio de esta fórmula en el Estado de California. (Martel, 2013: 91 - 108)

En estas líneas puede leerse como las mutaciones socio-culturales que se consigan en dispositivos legales y políticos, tanto en Estados Unidos, en Colombia o el Vaticano, pueden comprenderse desde la crítica al racionalismo moderno con que la ciencia pretende omnicomprender la verdad. En esta medida la visión moderna de familia respon-

de a la clásica división de roles y funciones atados a la genitalidad y la privacidad.

El rol de la mujer excluido de la esfera pública social y la invisibilización de los hijos menores de edad como sujetos de derechos, permitan desde la perspectiva moderna el brillo eclipsante del marido/padre como eje dominante de las relaciones políticas y jurídicas. Esta forma de leer el mundo contemporáneo merece una crítica y ésta es encarnada por la postmodernidad que desconfa de la ciencia, la técnica y la tecnología en su intento de homogenizar la verdad y el saber<sup>5</sup>.

El presente artículo es fruto de la ponencia presentada en el **V Encuentro de la Red de Estudios Sociojurídicos Nudo Antioquia** organizado por la Universidad de Antioquia en el año 2012. Igualmente, tiene como antecedente epistémico la investigación presentada en la IV Convocatoria de investigaciones proveída por el Sistema de Investigaciones de la Institución Universitaria de Envigado<sup>6</sup>.

No obstante, en este artículo investigativo se soslayarán aspectos que fueron tratados en detalle en los resultados de la investigación, como la discusión entre posmodernidad y modernidad y las transformaciones socio-culturales y su incidencia en la crisis de la modernidad, para concentrarnos en cómo el matrimonio y la adopción han sido transformados desde la jurisprudencia constitucional que apoya las pretensiones familiares

5 Las transformaciones socioculturales inciden en las nuevas dinámicas familiares. Los avances tecnológicos en la reproducción humana asistida, y el crecimiento de la economía informacional global en términos de una sociedad red que facultad la propuesta de una identidad proyecto desafiante de las tradiciones y “estructuras de producción, reproducción, sexualidad y personalidad sobre la que nuestras sociedades se han basado a lo largo de la historia” (Castells; 2004:30). Sumado a ello, el Feminismo Activo ha reivindicado la significación y determinación autónoma de rol femenino en todos los escenarios sociales, especialmente en los privado (Lipovsky; 2007:218). La deconstrucción de las relaciones patriarcales en las familias posmodernas o contemporáneas; permiten la equidad en roles y funciones del hogar, amén de un sistema democrático en la toma de decisiones que incluye a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos quienes la familia, la sociedad y el Estado, deben garantizarles sus derechos.

6 Esta investigación arrojó como resultado informe investigativo y el artículo “Familia Posmoderna: una crítica a la tradición jurídica colombiana”, publicado en la revista Nuevo Derecho v.6 fasc.8 p.9 - 24 ,2011.

con orientación sexual diversa. Así, serán objeto de análisis las sentencias: i) C-577 de 2011, donde la Corte Constitucional reconoció como familias a las integradas por miembros de la comunidad L.G.B.T.I., ii) T – 276 de 2012, es el caso de un homosexual que adoptó a dos niños en difícil situación, y iii) SU – 617 de 2014, donde se ordena a la ICBF adelantar los trámites correspondientes para la adopción de un menor por parte de una compañera permanente lesbiana.

### **Metodología:**

El corte metodológico utilizado es cualitativo, con enfoque histórico hermenéutico (Interpretativo – comprensivo) en tanto permite develar las transformaciones socio-culturales contemporáneas contenidas en la jurisprudencia del derecho de familia. La estrategia de tipo documental tiene como fuente primaria el Estudio de Casos revisados en las sentencias sobre derechos de las parejas L.G.T.B.I. desde el año 2011. La técnica de Análisis de Discurso socio-jurídico a partir de las investigaciones realizadas por doctrinantes sobre la crisis de las relaciones familiares tradicionales. Estas discusiones se vieron reflejadas en los cambios jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana, hasta la última sentencia SU – 617 de 2014.

### **Resultado de investigación**

#### **1. Cómo entender los componentes tradicionales de la familia en Colombia y su resistencia al cambio.**

La sociedad colombiana se caracteriza por tener en su creación elementos propios de

la tradición española y católica. Las Leyes de Indias y el derecho canónico fueron las normativas vigentes por casi trescientos años de gobierno español colonial y en lo referente a instituciones tales como el matrimonio o la herencia, prácticamente no cambiaron entre 1560 y 1810. (Jaramillo, 2013: 41)

La máxima expresión de este referente idiosincrático se expondrá en el movimiento conservador regeneracionista de 1886, donde la sociedad colombiana acogió como fórmula cohesiva de sus ciudadanos entorno a las instituciones estatales los valores y postulados de la Iglesia Católica. (Moreno, 2009) Los privilegios consignados en el Concordato de 1887, solidificarían la identidad ciudadana católica través de la instrucción educativa a la sociedad y la legitimación de la institución familiar en el hogar de la Sagrada Familia nuclear, heterosexual, monogámica, patriarcal y religiosa. Las huellas de estas marcas se exhiben todavía en la piel de la sociedad actual como un tatuaje indeleble que resiste a desvanecerse.

Las relaciones Iglesia Católica-Estado colombiano evidencian los fundamentos de la identidad colombiana en materia familiar. Dichos contenidos teológicos serían vertidos en formas legales que, como el matrimonio, y posteriormente la adopción, aún permanecen vigentes en el ordenamiento jurídico, validando el imaginario colectivo de lo familiar desde patrones patriarcales que responden a la estructura nuclear de la familia como única vía de reconocimiento legal<sup>7</sup>.

7 El ordenamiento jurídico colombiano es producto de la conjunción de varias corrientes de diversa procedencia, que han tenido como denominador el carácter patriarcal. En este conjunto normativo se incorporan elementos de la tradición judeo-cristiana, de las instituciones romanas, del derecho canónico, del ordenamiento español y del código napoleónico. Este último conquistó con su ideario positivista y conservador el pensamiento liberal y progresista de Rafael Núñez, armonizado por los paradigmas conceptuales propuestos por Caro en su descripción de la Regeneración. (Moreno, 2013)

...el Código civil de 1887 fue un triunfo de los conservadores colombianos, que incluyeron en él todas las cláusulas que consideraron relevantes para apoyar el catolicismo, religión de la nación, que se beneficiaba así de las consecuencias moralizadoras de sus normas en lo que atañía al matrimonio y los hijos (Jaramillo, 2013, p. 215).

En gran medida esta identidad sobre la familia ha permanecido durante los siglos XX y lo corrido del XXI, a pesar de las transformaciones socio-culturales y tecnológicas que afectan las formas de asociación familiar. La Constitución Política de 1991, significó un salto al reconocimiento de la institución familiar. Definió a la familia como núcleo básico de la sociedad, validó también a las uniones de hecho y reconoció como hijos legítimos los habidos dentro o fuera del matrimonio. Aspecto trascendental de esta Constitución fue la consideración de la igualdad de derechos y deberes de la pareja como la sanción de toda violencia en el hogar. Estos cambios se dieron en un contexto de esfuerzos y de luchas por la democratización de la sociedad y por un equilibrio en las relaciones de género<sup>8</sup>.

El Código Civil colombiano plantea una descripción normativa del matrimonio, no así de la familia. La razón de esta omisión legislativa es comprensible en tanto la competencia para los asuntos familiares descansaba en los preceptos de la Iglesia Católica y el legislador contemporáneo no se ha preocupado por hacer una reforma sistemática sobre el particular y revisar el asunto de cara a los postulados de la Constitución de 1991.

La relación indisoluble entre matrimonio y familia fue cuestionada al demandarse el artículo 113 el Código Civil. La sentencia C-577 de 2011 analizó los cargos encaminados a discutir: la condición heterosexual de conformación y la finalidad de procrear. Esta es la primera vez que se cuestiona la coherencia del modelo familiar matrimonial desde la entrada en vigencia del compendio sustantivo civil, especialmente la relación conceptual indisoluble entre matrimonio y familia. No obstante la inserción de esta legislación en el modelo liberal y anticlerical, logró mantener su autonomía conservadora en términos legislativos. La confección del artículo 113 del Código Civil pasó incólume al ordenamiento jurídico republicano regeneracional y terminó blindado por el Concordato rubricado entre la Santa Sede Católica y el Estado Colombiano. La versión normativa del sacramento católico denominado matrimonio descansa en la esencia del artículo 113 del Código Civil, armónico para la nueva alianza teocrática. La idea de la heterosexualidad en su conformación puede rastrearse en la Biblia.

La relación natural entre matrimonio y familia tiene consecuencias en la reificación de la familia, la primacía de las ideas de afecto irracional y solidaridad igualitarista en la interpretación de las normas, y la invisibilización del aporte económico de quienes realizan trabajos de cuidado. La reificación de un concepto implica que una cierta definición se toma como dada, no se cuestiona ni se considera necesario someterla a verifi-

8 En esta dimensión es muy significativa la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al asignarle a la familia el carácter de "elemento natural y fundamental de la sociedad" (Art. 16,3). Y, por su parte, la Constitución Política de Colombia declara: "El Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad" (Art. 5). Por consiguiente, la familia es "Una comunidad de personas, la célula social más pequeña, y como tal, es una institución fundamental para la vida de toda sociedad". La Ley 1361 de 2009, por medio de la cual se brinda protección integral a la familia, tiene por objeto fortalecer y garantizar el desarrollo integral de ésta, como núcleo fundamental de la sociedad, asimismo, establecer las disposiciones necesarias para la elaboración de una política pública para la familia; al definir el concepto de familia transcribió lo dicho por la Constitución Política de 1991 en el inciso primero del artículo 42.

cación posterior. La reificación del concepto de familia ha significado definirla como formada por una pareja que tiene “comunicación” sexual y que busca reproducirse; si la reproducción ocurre, se incluyen los hijos. Este concepto es “atomista” y por eso deja por fuera las múltiples relaciones de los individuos y sus cambios en el tiempo (Jaramillo, 2013, p. 318)

Es así, como esta identidad sobre la familia ha permanecido durante los siglos XX y lo corrido del XXI, a pesar de las transformaciones socio-culturales y tecnológicas que afectan las formas de asociación familiar contemporánea. En la actualidad ha sido la Corte Constitucional quien ha tenido que enfrentar las tensiones de la tradición patriarcal, monogámica, heterosexual, religiosa y conservadora, resistente al cambio; versus los principios de inclusión y respeto por la diferencia que nutren el núcleo central de dignidad humana planteado por el Estado Social de Derecho.

Las hondas raíces conservadoras de la tradición española, que datan de varios siglos desde la colonia, resultan ancladas en la sociedad, especialmente en cuanto a la religión se refiere. La institución familiar está cifrada bajo postulados conservadores que solidifican y cohesionan la identidad ciudadana de los colombianos por más de 100 años desde la Constitución de 1886. Es tanta la sensibilidad y el resquemor social que despierta este tema, que se ha propuesto la *dematrimonialización* de la discusión sobre la legalización de la unión responsable en parejas LGTBI con intención familiar. (Estrada, 2011). Pero esta propuesta deja la sensación que el vocablo matrimonio está reservado para ciudadanos de mejor derecho.

## 2. Del matrimonio: Sentencia C – 577 de 2011:

A modo de introducción en este apartado, huelga decir que la Constitución Política de 1991 constitucionalizó los cambios y transformaciones socio-culturales vividos por la sociedad colombiana a lo largo del S.XX. En el artículo 42 de la carta de derechos políticos, se formularía estricta definición de la familia caracterizada por su condición monogámica y heterosexual. “La Corte Constitucional ha expresado en varias oportunidades que es un derecho exclusivo de las parejas heterosexuales conformar una familia ya sea por vínculo matrimonial o por la decisión responsable de conformarla” (Jiménez, 2007, p. 97).

Esta interpretación cambiaría a partir del 26 de Julio del 2011, cuando mediante sentencia C-577, se declaró la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, y varias normas de las leyes 294 de 1996 y 1361 de 2009. El llamado matrimonio igualitario no tendrá cabida, por lo menos hasta el 20 de Julio de 2013, fecha para la cual, sí persistía la omisión legislativa sobre el régimen contractual de convivencia de parejas con orientación sexual diferente, éstas podrían legalizar su unión ente juez o notario.

La población LGTBI, entre otros argumentos, planteó que la condición de heterosexualidad y la finalidad de procreación consagrada en el artículo 113 del C.C. constituían una discriminación injustificada para las familias diversas, máxime cuando de facto existen matrimonios donde no se cumple con dichas condición o finalidad, esto es, matrimonios donde se decide por los cónyuges no procrear o biológicamente les es imposible, y aun así no conciben la adopción como solución frente a esta situación. Igualmente, existen matrimonios donde en vigencia de los mismos se cambia de orientación sexual y los cónyuges deciden mantenerlo vigente.

Para la Corte Constitucional debe ser la sociedad quien debata este tema tan impor-

tante, a través del Congreso de la República. Por eso decidió darle plazo a este órgano para que disponga sobre el particular. No obstante, en esta providencia, en una de sus *ratio decidendi* la Corte Constitucional expuso, que:

“Al analizar la relación entre las parejas homosexuales y la familia, se puso de presente que la posición tradicional de la jurisprudencia solo había reconocido como familia a la heterosexual, constituida a partir del matrimonio o de la unión marital de hecho y que aun cuando ha habido protección a los homosexuales y especialmente a la pareja, sobre todo a partir de la Sentencia C-075 de 2007, esa protección no había alcanzado a variar el concepto tradicional de familia constitucionalmente protegida, (...). Lo anterior se opone a la pluralidad de familias distintas de la heterosexual que, incluso, han hallado protección en sede de tutela, así como a la evolución del concepto de familia y a su carácter maleable, lo que llevó a considerar la variación de la interpretación tradicional del artículo 42 superior, para que responda de mejor modo a la realidad actual.

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

Se concluye de lo anterior, que constitucionalmente las parejas de la población L.G.T.B.I. pueden aspirar a la conformación familiar. Después de la sentencia de constitucionalidad C – 577, la idea clásica de la conformación familiar a través de vínculos exclusivamente naturales es insostenible. Para la Corte, no existe diferencia entre las

lágrimas de una lesbiana, los abrazos de un gay y el cariño de un transexual respecto de un heterosexual, como prestaciones derivadas de las relaciones familiares. Si bien se ha dado protección económica a las parejas integrantes de la comunidad L.G.T.B.I., éstas solo tienen sentido en tanto el reconocimiento y reivindicación del escenario doméstico, privado y personal que ahora se busca sea protegido por el Estado.

Como se sabe el Congreso no legisló sobre el tema en el término previsto por la Corte, razón por la cual a partir del 21 de Junio del 2013 las personas del mismo sexo están en el derecho de acudir ante juez o notario para formalizar y solemnizar su vínculo contraactual denominado por algunos juristas, incluyéndonos, matrimonio igualitario y suscitándose un debate que apenas comienza en el sentido de si los efectos del matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo son los mismos del matrimonio heterosexual, asunto del que tendrán que ocuparse en adelante las altas cortes, y en especial la Corte Constitucional. (...) ante la inercia del Congreso de la República a legislar sobre el déficit de protección de las parejas del mismo sexo frente a las parejas heterosexuales, dicho vacío tendrían que suplirlo en los sucesivos la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo de Estado, los tribunales de distrito judicial, los jueces en general, en su condición de jueces constitucionales, y los jueces que resuelvan asuntos civiles y de familia en las jurisdicciones ordinari y contenciosa administrativa. (Viveros, 2013: 84)

La interpretación pluralista consignada en la sentencia C-577 de 2011 sobre el concepto de familia incide en la transformación de la institución matrimonial. No puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. Como consecuencia de ello, concluye la Corte que la heterosexualidad no es, entonces, elemento esencial del concepto de familia, pues no se predica de todas.

La Corte acepta que en muchas ocasiones ha resultado soslayado la discusión en este aspecto, pero también en algunas sentencias ha reconocido habido referencia a los

efectos personales de las parejas del mismo sexo, para reafirmar que la familia, funda su existencia en el amor, el respeto, y la solidaridad y, a la vez se la caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros e integrantes más próximos<sup>9</sup>.

La población LGBTI sea considerada ciudadana, y no de primera ni de segunda categoría (esta distinción está prohibida para un Estado social de derecho); sujetos de derecho que merecen el mismo reconocimiento y las mismas posibilidades de contraer matrimonio con los mismos efectos que las parejas heterosexuales. Además, no puede olvidarse que la Corte Constitucional, primera intérprete y defensora de la Carta Magna, amplió el concepto de familia del artículo 42, dando vía libre para que la sociedad empezara a incluir las familias diversas dentro de su cultura y les asignara estatus y roles compatibles con sus necesidades. Asimismo, se encuentra cómo el modelo social heteronormativo, y en consecuencia el matrimonio, ha cambiado a lo largo de la segunda mitad del siglo XX... El papel protagónico dentro del debate sobre la legalización del matrimonio igualitario en Colombia ha de ser el activismo político, pues no existiendo una clara representación de los intereses de la comunidad LGBTI dentro del Congreso, es necesario crear espacios de negociación política de las diferencias sociales junto con los ciudadanos afectados directamente. El resultado ha de ser la protección del derecho a la igualdad de la población LGBTI, al igual que el reconocimiento del matrimonio y sus prerrogativas (Gómez & Parada, 2012, p.26)

Esta sentencia modifica la interpretación clásica y tradicional del artículo 42 constitucional e integra como forma de construcción familiar aquella que tiene por referente las parejas del mismo sexo. Por primera vez, en la historia de la Corte Constitucional, por la mayoría se acepta una interpretación que desde 2001 había sido sostenida por sec-

tores minoritarios en la Corte, se destrona la heterosexualidad y la patriarcalidad del escenario constitucional, equiparando las relaciones habidas tanto por los cónyuges como por las parejas de la población LGBTI en condiciones de estabilidad, permanencia y singularidad.

Si bien fue declarado exequible el contrato matrimonial, la Corte condicionó a plazo esta constitucionalidad. Esta situación pone en la agenda política contemporánea la discusión del modelo jurídico político familiar, que según el norte trazado por la Corte, serán la pluralidad, la tolerancia, el respeto por la diferencia y la inclusión los raceros que se utilicen a la luz de los postulados del Estado Social de Derecho.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido diferentes derechos para las parejas del mismo sexo en Colombia... la Corte abrió la *puerta política* para instituir una figura contractual o, ¿Por qué no? matrimonial, entre parejas del mismo sexo,... La dinámica social, así como los cambios históricos que desde su fundación ha afrontado la institución matrimonial, demuestran cómo sus características no obedecen a una verdad ineluctable sino que siempre variaron conforme a la realidad y fenómenos particulares de cada época (Ramírez, 2011, p.58)

Así las cosas, la única manera de negar el reconocimiento de las parejas que integran la comunidad LGBTI sería bajo el supuesto de la reificación del matrimonio, como una institución creada por el hombre carente de contenido para comunicar las relaciones sociales y en las relaciones Humano-Estado. Esto es, solo bajo el argumento de que el matrimonio es una institución arcaica que lejos de contener a una potencial familia

9 Tres de las aclaraciones que se consideran relevantes sobre el texto general de la sentencia son las siguientes: "Las diferencias de trato que se establezcan con base en criterios sospechosos como, (i) el sexo; (ii) la orientación sexual; (iii) la identidad de género y (iv) el origen familiar, deben ser excepcionales y razonables; sólo se pueden establecer distinciones de trato para buscar fines imperiosos, cuando sean necesarias para alcanzarlos y que, en cualquier caso, no implique impactos desproporcionados constitucionalmente". Existen parámetros internacionales en el mismo sentido garantista e incluyente de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011. (Corte Constitucional, 2011)



regula y controla a un conjunto de objetos políticos genitalizados. Pues en un Estado Social de Derecho es sano y necesario que el debate sobre el matrimonio igualitario se lleve a cabo al margen de tendencias reduccionistas o religiosas y se aborde desde nociones como la dignidad y la igualdad en derechos de cualquier ciudadano, sin importar su orientación sexual (Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, 2013).

### 3. De la Adopción: Sentencia T – 276 de 2012:

Para hablar de los cambios en materia de adopción, se debe indicar como se ha desplazado la idea obligatoria de heterosexualidad desde la jefatura familiar, sea monoparental o nuclear. Desde el SXIX se entendía la distribución de roles a partir de la afectividad y la educación de los hijos en cabeza femenina, y la unidad económica en cabeza masculina. Pero en la actualidad, ninguna de estas funciones están situadas en forma exclusiva en los grupos considerados como familia (tradicional). *Hoy por hoy, la idea de familia* antes que un lugar natural es una construcción social que se legitima *a posteriori* y se transforma constantemente. (Gómez, 2009)

Concretamente, en el siguiente caso pueden evidenciarse estos cambios. En marzo de 2011, el ciudadano estadounidense, periodista y curador del Museo de Arte Moderno de New York, Chandler Elis Burr, fue declarado padre civil de dos hermanos colombianos de 9 y 13 años, caracterizados como de difícil adopción.

El día 31 de marzo de 2011, en horas de la mañana, el Sr. Burr se encontraba con sus hijos cerca de la sede nacional del Instituto Colombiano de Bienestar

Familiar - ICBF-, y decidió aproximarse a hablar con algunos funcionarios de la institución para despedirse. El Sr. Burr sostuvo una conversación informal, sin presencia de un traductor, con la Sra. Ilvia Ruth Cárdenas, Subdirectora de Adopciones del ICBF. Durante la conversación, el Sr. Burr manifestó su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y dio a entender que siendo él un hombre gay, nunca fue considerado como no apto para adoptar. Ante este comentario, la Sra. Cárdenas, le preguntó al Sr. Burr si él tenía pareja, a lo que él respondió afirmativamente. Después de esta conversación, el Sr. Burr se dirigió junto con sus hijos a la Embajada de los Estados Unidos en Colombia con el fin de recoger las visas de estos, ya que ese mismo día viajarían a Estados Unidos a iniciar una nueva vida como familia. Una vez en la Embajada, se le informó al Sr. Burr, que debido a una comunicación de funcionarios del ICBF que solicitaban impedir la salida del país de los niños de Colombia, había sido negada la visa, a pesar de haber sido tramitada favorablemente<sup>10</sup>.

En atención a la orientación sexual del señor Burr, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar inició un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, y de conformidad con el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006 procedió a verificar el estado de las garantías legales y constitucionales de los niños adoptados. Las pesquisas arrojaron en términos positivos el bienestar de los niños, empero, la Defensora de Familia encargada planteó que la omisión de información por parte del adoptante, en tanto no revelar su orientación sexual durante el proceso adoptivo sería constitutiva de una posible conducta punible y por tanto, instauró denuncia penal en contra del señor Burr, y con esto, de contera, se veían afectadas las garantías de los menores. Como resultado de la intervención del I.C.B.F., los niños fueron separados de su padre y puestos en hogar sustituto.

10 Esta narración fáctica es extraída de la tutela presentada por el Doctor RODRIGO UPRIMNY YEPES, en calidad de director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, en representación del Sr. CHANDLER ELLIS BURR. <http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=antidiscriminacion&litigio=53>. Consultado 10 Octubre de 2014.

El señor Burr, acudió a los colectivos encargados de dar la batalla jurídica por los derechos de la comunidad L.G.T.B.I. en Colombia. Entre ellos, contactó al Centro de Estudios Socio-jurídicos y de Justicia y a Colombia Diversa. Los profesionales interdisciplinarios de estas asociaciones han considerado que el fundamento de las actuaciones del I.C.B.F. en cabeza de la Defensoría de Familia ha sido infundado toda vez que es posible que una persona homosexual adopte. Al respecto, la ley 1098 de 2006 no prohíbe o excluye la orientación sexual diversa como criterio de falta de idoneidad de un adoptante. En tal medida, el señor Burr no incurrió en ninguna conducta delictiva o falta administrativa en su proceso de adopción al no expresar su orientación o preferencia sexual. Es más se podría sostener que es inconstitucional cuestionar a un adoptante sobre este aspecto durante su postulación como adoptante.

En esta medida la decisión del I.C.B.F. fue objeto de tutela por violación de las prerrogativas fundamentales del señor Burr y de sus hijos civiles, al haber sido discriminado en su condición de homosexual soltero y haber sido separado de sus hijos arbitrariamente. Durante el proceso administrativo se practicaron entrevistas a los niños donde manifiestan el deseo de vivir con su padre, pues lo reconocen, admiran, quieren y respetan.

La Procuraduría General de la Nación considera que la esencia estructural del concepto familiar colombiano sigue respondiendo aún a la injerencia doctrinal de la Iglesia católica desde finales del S. XIX, en tiempos de reunificación del Estado, ya que aún se identifica la tradición social y cultural a la

jefatura patriarcal, la constitución monogámica y heterosexual de la pareja. Por tanto, frente al caso Burr, la pretensión ministerial está orientada a dejar sin efectos la decisión judicial de adopción<sup>11</sup>.

...La Corte resolvió que el ICBF no había demostrado la existencia de una amenaza al momento de ordenar la separación de los niños y su ubicación en un hogar sustituto (i); en segundo término y en algo que resulta muy relevante, la Corte encontró que no había nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual del adoptante en el proceso de adopción, y la supuesta amenaza a los derechos de los niños (ii); en tercer lugar, que el ICBF había adoptado una medida desproporcionada al separar los niños de su padre y ubicarlos en un hogar sustituto (iii); en cuarto lugar, que la Defensora de Familia no consideró ni siquiera mínimamente la opinión de los niños al momento de ubicarlos nuevamente en el hogar sustituto (iv)9, y, finalmente, que pensó a que la Defensora de Familia, consciente de sus yerros, le entregó la custodia al padre adoptante en diciembre de 2011, tal decisión, además de ser simplemente provisional, no tenía la virtualidad de subsanar las irregularidades consumadas en el proceso de restablecimiento de derechos... Si bien se observa la parte resolutoria, se amparó el derecho a la unidad familiar de una familia adoptiva homoparental (Quinche y Peña, 2013, p. 80-81)

En este orden de ideas, adquiere relevancia jurídica la sentencia C-577 de 2011, pues si la Corte reitera su jurisprudencia desde 2007 en el sentido de soportar las causas de familias diversas, no existirá obstáculo administrativo o legal para que homosexuales solteros puedan adoptar y en consecuencia, el caso Burr, sea confirmado.

### 3.1. Sentencia SU – 617 de 2014:

Se adiciona a los cambios frente a la institución de la adopción, la acción de tutela examinada por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Es el caso de la menor Lak-

11 En esta ocasión, el Ministerio Público considera que una persona homosexual en Colombia no puede adoptar. Esta línea hermenéutica no es nueva, pues en las intervenciones de constitucionalidad que ha tenido desde 2007 con la sentencia C-075, hasta la actualidad ha conservado una postura cerrada, tradicional y clásica frente a los derechos de las familias diversas.

mé y las señoras Turandot, madre biológica de la niña, y Fedora<sup>12</sup> contra la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro respecto de la solicitud de adopción de una lesbiana en relación con la hija biológica de su compañera permanente.

La Defensoría rechazó la solicitud de adopción a comienzos del año 2009, aduciendo, entre otros argumentos, que no existía soporte legal o jurisprudencial para viabilizar la adopción por parejas LGTBI. La acción de tutela que se formularía encontró dicha respuesta violatoria de los principios de pluralismo y dignidad humana, al igual que de las garantías constitucionales de la igualdad, interés superior del niño, y derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte Constitucional se limitó a fallar conforme el problema jurídico que encarna la adopción por consentimiento<sup>13</sup>. Luego, según la Corte, no sería posible extralimitar los efectos de la sentencia para el caso de las parejas del mismo sexo que soliciten la adopción respecto de un niño, niña o adolescente indeterminado. Esta reciente decisión se dio a conocer a la ciudadanía mediante el comunicado No. 35. del 28 de Agosto de 2014, contenido del expediente T – 2.597.191 – Sentencia SU – 617, Mg. Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, y de los aspectos más relevantes en su parte resolutive, dispuso:

...SEGUNDO...CONCEDER EL AMPARO de los derechos fundamentales de la menor Lakmé y de las peticionarias Turandot y Fedora a la autonomía familiar y a tener una familia. TERCERO.- ORDENAR a la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro que revoque la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción, fundada en la homosexualidad de la pareja conformada por Turandot y Fedora, y que, en su lugar, se continúe con el trámite administrativo correspondiente, sin que tal consideración pueda ser invocada para excluir la adopción de Lakmé, y sin perjuicio de que las autoridades exijan el cumplimiento de los demás requisitos legales, con estricta sujeción a los perentorios términos previstos para este trámite... (Corte Constitucional, 2014)

Para la Corte, la interpretación de improcedencia de la solicitud de adopción de un niño, niña o adolescente por parte de la compañera del mismo sexo de la madre biológica de éste cuando media el consentimiento, es contraria al ordenamiento constitucional y social colombiano. Por ello, las autoridades administrativas o judiciales deben evitar la discriminación con fundamento en la orientación sexual como criterio para descalificar la creación de una relación materno - filial.

Se reconoció, de otro lado, como comprensible la conducta del ICBF representado por la Defensoría de Familia de Rionegro (Ant.), al deducir del sistema legal colombiano vigente, que las únicas parejas autorizadas para adoptar serían las parejas heterosexuales. No obstante, esta clase de interpretación se queda en la perspectiva minimalista del

12 Para efectos de proteger la intimidad e integridad síquica y moral de la familia solicitante de protección tutelar, mediante auto del 10 de Octubre de 2010, la Corte Constitucional decidió cambiar los nombres de los demandantes. Igualmente, fueron suspendidos los términos ordinarios de los trámites de revisión de tutela para este caso. Esta medida puede leerse como una fórmula política que tiene la Corte, para medir el mejor momento para resolver un asunto que genera tanta reacción como la adopción por parejas LGBTI, máxime si se tiene en cuenta que para la época en que fue presentada la demanda, ni siquiera se les había reconocido el derecho a ser familia.

13 Vale decir, que por adopción por consentimiento debe entenderse, la que se da cuando el padre o la madre biológicos de un menor de edad consiente en que éste sea adoptado por su compañera o compañero permanente, cuando quienes pretenden la adopción por esta vía integran una pareja del mismo sexo. Esta precisión es necesaria, porque bien podría confundirse como en los casos en que una madre o padre, o ambos, consienten en dar a sus hijos en adopción, situación que modifica el supuesto fáctico planteado en el caso de la sentencia SU – 617 de 2014.

Estado de Derecho donde la legalidad desconoce el sentido y fin de los principios que integran el ordenamiento constitucionalizado. En tal virtud, la Corte sintetizó que se atenta contra los derechos fundamentales:

(...) cuando la autoridad administrativa excluye la posibilidad de la adopción por consentimiento con fundamento en el carácter homosexual de la pareja requirente, vulnera los derechos de todos ellos a la autonomía familiar y a tener una familia, por cuanto se desconoce, sin razón que lo justifique, la existencia de un arreglo familiar en el que el menor, por voluntad de su padre o madre biológicos, comparte la vida con el compañero o compañera del mismo sexo de aquél, y en el que se conforma un vínculo sólido y estable entre ellos, a partir del cual el adulto ha asumido las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial (Corte Constitucional, 2014).

En armonía con este argumento se ordenó continuar con el trámite de adopción, sin que la orientación lésbica de la solicitante pueda ser utilizada como criterio de descalificación para la adopción. En idéntico sentido, se ordenó que las autoridades actúen acatando los términos fijados en la ley de Infancia y Adolescencia, amén de los Lineamientos Técnicos expedidos por el ICBF para la adopción, sin que ello implique descartar o anular las actuaciones o pruebas que se hayan practicado antes de la sentencia, en aras de verificar el principio de celeridad procesal que en este caso apunta a proteger los derechos fundamentales afectados, en razón de la indefinición jurídica que por casi cinco años ha rodeado a esta familia.

La decisión no fue pacífica, pues además del tiempo que se tomó la Corte para falla por los múltiples aplazamientos, se presentaron salvamentos y aclaraciones de voto por parte de los Magistrados Martha Victoria Sáchica Méndez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

“Permitir la adopción a estas parejas implica hacer este reconocimiento de la familia, omitiendo considerar que no se trata de un asunto exclusivo y reservado a dos personas adultas, sino que están de por medio los derechos y el interés superior del niño y el interés general”.... Además, advirtieron que la adopción no es un derecho, sino un mecanismo para restablecer los derechos del menor. Por ende, la Corte no podía resolver, en sede de tutela, la supuesta vulneración de las garantías fundamentales de la mujer a la que el ICBF le negó la posibilidad de estudiar su requerimiento.” (Ámbito Jurídico, 2014)

De los disensos formulados se rescata el llamado de atención que se hace a la judicatura al momento de encontrar el sentido de esta providencia. El problema radica en que en la parte motivacional de la sentencia fueron integrados varios dichos de paso, que parecen no estar estrictamente relacionados con la resolución del fallo. Existen muchas hipótesis fácticas no consideradas que deben ser valoradas de cara al caso concreto, y recordando los criterios de seguridad jurídica e igualdad de trato ante la ley, los cuales estarán orientados por la prudencia, la sana crítica de los funcionarios judiciales.

Por último, al tema de la adopción se le suma en la actualidad la demanda de inconstitucionalidad admitida por la Corte, mediante auto del 11 de julio del 2014, contenido del expediente D-10315 conforme el cual se busca declarar inexequibles los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, para que las expresiones demandas incluyan dentro de su ámbito de aplicación a los cónyuges y los compañeros permanentes del mismo sexo en la adopción<sup>14</sup>.

14 El demandante Diego Andrés Prada Vargas, incluyó además en esta demanda el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. Cabe anotar, que esta norma ya había sido estudiada por la Corte, mediante las sentencias C – 075 de 2007 y C – 029 de 2009. <http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/AutosS/Auto%20D-10315%20-%2011%20de%20Julio%20de%202014.pdf>. (Consultado, 10 de Octubre de 2014.)

La intervención ciudadana de las organizaciones Colombia Diversa y Dejusticia presentó conceptos académicos y científicos que coadyuvan la pretensión de constitucionalizar una interpretación a favor de la adopción de las parejas homosexuales frente a niños, niñas o adolescentes indeterminados. Con las siguientes consideraciones concluye este colectivo su intervención:

La evidencia científica ha hecho reportes sobre el seguimiento de hijos de parejas del mismo sexo desde hace más de veinte años, incluso de parejas homosexuales que criaron niños y niñas antes de que fuera legal la adopción en varias jurisdicciones. Este es el caso de la cohorte de niños y niñas del estudio de Golombok, que empezó a seguirse desde la década de 1970 en el Reino Unido. A estos estudios se suma evidencia de Estados Unidos y Canadá, conducidos con los más altos estándares de rigurosidad científica. Dichos estudios no reportan ninguna diferencia en el desarrollo psicosocial de niños y niñas criados por parejas homosexuales. Los desenlaces revisados por diferentes estudios incluyeron el desarrollo psicosexual, la relación con los padres, el desempeño escolar y la interacción con los pares, entre muchos otros. Ninguno de estos estudios ha mostrado que estos niños sean diferentes de los adoptados por hombres o mujeres solteras o por parejas heterosexuales... Así las cosas, no existe en la literatura científica ninguna razón para pensar que los niños o niñas adoptados de forma conjunta o consentida por parejas homosexuales tengan desenlaces diferentes que los niños o niñas adoptados por hombres o mujeres solteros o por parejas heterosexuales.<sup>15</sup>(Dejusticia y Colombia Diversa, 2014)

En consecuencia, se solicita atender las peticiones de la demanda en favor de las parejas

LGBTI, y a la vez que se prevenga al Instituto Colombiano de Bienestar Familias para que se abstenga de considerar la orientación sexual de los adoptantes como criterio descalificatorio dentro de los procesos de adopción de niños y niñas.

#### 4. Conclusiones.

Revisado el ordenamiento jurídico colombiano, es posible concluir que la idea tradicional del Legislador colombiano acerca de la familia estuvo afincada en la realidad básica y fundante de los postulados de la Iglesia Católica. De ahí, la concepción social de esta institución como sagrada, y de naturaleza heterosexual para aumentar la prole.

Esta razón incide de forma radical en que hoy por hoy se vea como inaceptable el matrimonio gay o igualitario y la adopción en el marco de la diversidad familiar, pues en el imaginario colectivo alimentado por la tradición conservadora antes descrita, se mira como antinatura la cohabitación y las relaciones familiares entre personas que biológicamente no pueden procrear.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se convirtió en la prenda de garantía para salvaguardar de los derechos fundamentales de la población L.G.B.T.I., incluso contra los intereses del legislativo y ejecutivo, censurando la validez de las leyes que violan dichas prerrogativas. Esta lógica interpretativa se evidencia, además de las sentencias ana-

15 La asociación entre Dejusticia y Colombia Diversa ha sido de vital importancia para los fundamentos argumentativos ofrecidos por la Corte Constitucional, pues dada las altas calidades académicas de sus integrantes, la seriedad y el compromiso ético con las luchas de las minorías, en este caso, la comunidad LGBTI, son referentes de consulta obligados. [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recurso/fi\\_name\\_recurso.648.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recurso/fi_name_recurso.648.pdf). (Consultado 10 de Octubre de 2014). Para ampliar esta información también puede consultarse el artículo electrónico “La adopción no es una guerra de sexos”, según el cual la Corte Constitucional aceptó una demanda de inconstitucionalidad invocada por la Clínica Jurídica en Teoría General del Derecho de la Universidad de Medellín, en contra de los artículos relacionados con los efectos de la adopción, el consentimiento para otorgarla y los requisitos para adoptar a efectos extenderlos a las parejas del mismo sexo. “En estos casos, la adopción representa dos caras de una misma moneda, en una está el derecho que tienen las parejas del mismo sexo a adoptar, pero en la otra cara está el derecho fundamental de los niños a tener una familia”, argumenta Sergio Estrada, director de la Clínica Jurídica. <http://www.elmundo.com/portal/pagina.general.impression.php?id=243097>. (Consultado, 10 de Octubre de 2014)

lizadas en este artículo sobre el matrimonio y la adopción, en una serie de precedentes sucesivos de reconocimiento e inclusión de esta nueva forma de asociación familiar diversa<sup>16</sup>.

En la sentencia C – 577 de 2011, la Corte Constitucional amplió el concepto familiar reconociendo en él las parejas LGBTI. Igualmente, no hesitation alguna de que el matrimonio y la adopción ya no están exclusivamente reservados para heterosexuales. Atrás quedaron los tiempos de una protección limitada a aspectos patrimoniales. Cada vez el tratamiento jurisprudencial constitucional, en términos generales, resulta ser análogo al de las parejas heterosexuales; por eso, varios doctrinantes y jueces consideran existentes los matrimonios gay o igualitarios celebrados a la fecha.

De cara a la adopción, con el caso Burr, se demostró constitucionalmente que dos hermanos huérfanos, que por sus edades eran de difícil adopción, podrían encontrar el amor de una familia, en cabeza de un padre gay. Las entrevistas practicadas a los niños, como prueba del proceso administrativo que inició el ICBF en contra del padre gay, arrojó como resultado el reconocimiento, admiración, cariño y respeto de los niños por su padre y su firme deseo de vivir junto a él. Se resalta que el amor en este caso no es una expresión romántica, sino que constituye un derecho fundamental según el artículo 44 de la carta de derechos políticos colombiano.

La Sentencia T – 276 de 2012 es el primer antecedente resuelto, en virtud del cual la orientación sexual es discutida y relaciona-

da con la adopción, y en tal virtud, la Ley 1098 de 2006 no prohíbe o excluye la orientación sexual diversa como criterio de falta de idoneidad en un adoptante. Sumado a esto, la sentencia SU – 617 de 2014 permite la adopción del hijo biológico de un compañero o compañera permanente, por parte de su pareja lesbiana o gay, pues la orientación sexual, per se, no es constitutiva de criterio de descalificación para postularse como adoptante. Y las otras alternativas restantes, como la postulación de una pareja gay sin hijos como candidata para la adopción de un menor declarado en adoptabilidad, ya está en curso de ser resuelta con la apertura del proceso de control de constitucionalidad referenciado por el Auto del 11 de julio del corriente año, expediente D-10315.

Todo lo anterior, demuestra que ha sido la Corte Constitucional quien le ha puesto el pecho a la brisa política cuando se trata de resolver las tensiones de la tradición patriarcal, monogámica, heterosexual, religiosa y conservadora, resistente al cambio; versus los principios de tolerancia, inclusión y respeto por la diferencia que nutren el núcleo central de dignidad humana planteado por el Estado Social de Derecho. Empero, esta crítica no se puede negar la ingerencia institucional que tiene la costumbre social y religiosa colombiana. Esta religiosidad, producto de la injerencia política de las élites partidistas, permite que figuras como la del Procurador General de la Nación, resten seriedad al concepto de laicidad y respeto por la diferencia proclamado desde la Constitución de 1991.

La familia como sistema básico de me reacomollo social multidimensional del indivi-

16 La línea jurisprudencial de orden constitucional integra derechos como la sociedad patrimonial con en la sentencia 075 de 2007; en materia de salud con la sentencia C – 811 de 2007 y T– 856 de 2007; en materia de pensión, con la sentencia C –336 de 2008; en protección penal por inasistencia alimentaria, con la sentencia C – 798 de 2008; y más de 52 derechos civiles, políticos, penales, laborales y familiares con la sentencia C – 029 de 2009; porción conyugal con la sentencia de C – 283 de 2011, y derecho de herencia con la sentencia C – 238 de 2012.

duos de la comunidad L.G.B.T. La sentencia C - 075 convivencia social de los seres humanos se reacomoda y se construye conforme las demandas necesarias de la actualidad para proveer un desarrollo social multidimensional del individuo (Medina; 2010). El derecho debe reflejar en su ordenamiento jurídico los cambios en la estructura social y familiar. El ser humano contemporáneo ha perdido su arraigo a las formas tradicionales de relacionarse en sociedad. Las flexibles formas de asociación familiar acordes con su esencia mutable, hacen de las preferencias sexuales, construcciones culturales identitarias, que en lógica de la diversa y la racionalidad merecen respeto legal y deben ser incluidas en el amparo y protección estatal. La omisión en este deber del legislativo permitirá que se siga dando la espalda a un tema que ya es realidad jurídica, mas debe luchar contra los prejuicios morales de los funcionarios y el público en general como mecanismos lesivos de la justicia social, la paz y la dignidad de las familias LGTBI

Negar el derecho al matrimonio o la adopción para las familias LGBTI es resultado de la tradición y la costumbre, mas no de la razón y mucho menos de pensar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de los derechos fundamentales al amor y a tener una familia que los arropen en el calor fraterno de su seno. La dignidad en las relaciones humanas de los ciudadanos, permite dejar de lado la reificación del matrimonio y la adopción. Éstas piezas fundamentales del entramado jurídico familiar colombiano, antes destinadas exclusivamente para los heterosexuales, deben ser valoradas bajo la ponderación de los principios constitucionales que prohíben la discriminación por razones de orientación sexual.

## Referencias

- Ámbito Jurídico (28 de agosto, 2014). Corte ordena tramitar adopción solicitada por pareja del mismo sexo. Disponible en: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140828-07en\\_estos\\_terminos\\_procuraduria\\_plantea\\_que\\_adopcion/noti-140828-07en\\_estos\\_terminos\\_procuraduria\\_plantea\\_que\\_adopcion.asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140828-07en_estos_terminos_procuraduria_plantea_que_adopcion/noti-140828-07en_estos_terminos_procuraduria_plantea_que_adopcion.asp).
- Ámbito Jurídico (1 septiembre, 2014). Estas son las razones de los magistrados que se opusieron a avalar adopción a pareja gay. Disponible en: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140901-08estas\\_son\\_las\\_razones\\_de\\_los\\_magistrados\\_que\\_se\\_opusieron/noti-140901-08estas\\_son\\_las\\_razones\\_de\\_los\\_magistrados\\_que\\_se\\_opusieron.asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140901-08estas_son_las_razones_de_los_magistrados_que_se_opusieron/noti-140901-08estas_son_las_razones_de_los_magistrados_que_se_opusieron.asp)
- Colombia. Corte Constitucional (2007). Sentencia C - 075. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2007). Sentencia C - 811. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2007). Sentencia T-856 . Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2008). Sentencia C - 336. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2008). Sentencia C - 798. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2009). Sentencia C - 029. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2009). Sentencia T-968. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2011). Sentencia C - 283. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2011). Sentencia C - 577. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencia C - 238. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencia T-276. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2011). Sentencia SU- 617. Bogotá
- Castells, M. (2004). La era de la Información: El poder de la Identidad. Madrid: Siglo XXI Editores

- El Mundo (2014). La adopción no es una guerra de sexos. Disponible en <http://www.el-mundo.com/portal/pagina.general.impresion.php?idx=243097>.
- Estrada, S. (2011). Dos ejercicios de ponderación apóstrito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. *Opinión Jurídica*, 10, (19), p.21-40. Universidad de Medellín
- Gómez, J. & Parada, M. (2012). Inclusión democrática: los nuevos retos del Legislativo en materia de derechos de las familias LGBTI en Colombia. En: *Concurso Nacional de Semilleros: Reflexiones sobre la libertad de expresión en el contexto de la democracia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario
- Gómez, M. (2009). De las heterosexualidades obligatorias a los parentescos alternativos: reflexiones sobre el caso colombiano. En: *Revista Latinoamericana de Estudios Familiares*, 1, p. 82 – 103.
- Jaramillo, I. (2013). *Derecho y familia en Colombia: Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*. Bogotá : Ediciones Uniandes
- Jímenez, F. (2007). *Matrimonio y Unión Marital*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Lipovesky, G. (2007). *La tercera mujer*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- Martel, F. (2013). *Global gay: cómo la revolución gay está cambiando el mundo*. México D.F. : Taurus
- Medina, J. E. (2010). *Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario
- Moreno, V. (2009). Colombia: un país en construcción. *Nuevo Derecho*, 4 (5), p.135 – 151.
- Moreno, V. (2011). Familia Postmoderna: una crítica a la tradición judicial colombiana. *Nuevo Derecho*, 6 (8), p.9 – 24.
- Moreno, V. (2013). Un modelo jurídico – político familiar colombiano [Tesis inédita de Maestría]. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín.
- Ramírez, J. (2012). Matrimonio civil entre parejas del mismo sexo en Colombia. Reificación evitable. *Jurídico Manizales*, 9 (1), p. 32 - 60
- Restrepo, J. F. (2007). *Lecciones de Teoría Política*. Madrid: Ediciones Aguinaga
- Viveros, E. (2013). *La nueva formalización de parejas: de diferente sexo, del mismo sexo, bajo el mismo techo, bajo diferentes techos*. Bogotá: Legis
- Quinche, M. & Peña, R. (2013). *El derecho judicial de la Población LGTBI y de la familia diversa*. Bogotá: Universidad del Rosario