

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Programa de Maestría Internacional en Derecho

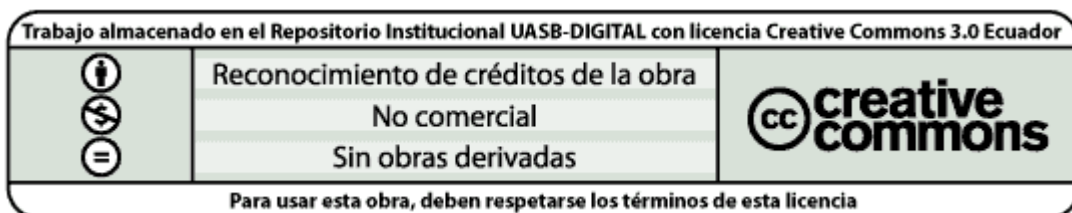
Mención en Derecho Constitucional

**Familia y adopción**

**Problemática jurídica en relación con el concepto de familia  
frente a las parejas de personas del mismo sexo en Colombia**

Adriana Sofía Mosquera Rodríguez

**Quito, 2015**



Yo, ADRIANA SOFÍA MOSQUERA RODRÍGUEZ autor/a de la tesis intitulada "FAMILIA Y ADOPCIÓN – Problemática Jurídica en relación con el concepto de familia frente a las parejas de personas del mismo sexo en Colombia", mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de MAGÍSTER EN DERECHO en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador Pautas para la elaboración de la tesis de maestría utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: julio de 2015

Firma:

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área Derecho**

**Programa de Maestría Internacional en Derecho**

**Mención en Derecho Constitucional**

**Familia y adopción**

**Problemática jurídica en relación con el concepto de familia frente a las parejas de  
personas del mismo sexo en Colombia**

**Autor:** Adriana Sofía Mosquera Rodríguez

**Tutora:** Judith Salgado Álvarez

**Quito**

**2015**

## **Resumen**

La investigación pretende demostrar las limitaciones del ordenamiento jurídico colombiano que no reconoce en términos de igualdad la adopción de menores de edad entre las familias conformadas por parejas del mismo y los demás prototipos de esta institución. A pesar de los reconocimientos progresistas emitidos por las corrientes liberales de Corte Constitucional, en favor de la pluralidad en las relaciones familiares y la proscripción de discriminación en razón de la orientación homosexual de los individuos, en la actualidad existe un trato jurídico diferenciado e injustificado que le impide a estos hogares brindar protección, amor y educación en su seno a niños, niñas y adolescentes, en igualdad de condiciones que los hogares conformados, por ejemplo, por parejas heterosexuales.

Por ello el estudio describirá la evolución de la connotación de la familia en el Derecho colombiano. Demostrará que la adopción es una implicación jurídica necesaria de la institución familiar y que excluir a las familias estructuradas a partir de las uniones de personas del mismo sexo, es discriminatorio y vulnera a la vez el interés prevalente de los niños.

## **Agradecimientos**

La elaboración del presente estudio fue posible gracias a los valores inculcados en el seno de mi hogar, donde se valora la diferencia y se enaltece el amor y la solidaridad. Agradezco a mi abuela Zoila por sus enseñanzas, a mis padres y hermanas por su apoyo incondicional, a Iván por su comprensión, a Johanna por acompañarme en este proyecto y a “Ana Sofía” por ser mi fuente de inspiración.

Igualmente expreso mis profundos agradecimientos a Judith, pues fue gracias a su comprensión, correcciones y valiosos aportes sobre el tema de género y sexualidad que logré encontrar el tema de estudio que me apasiona y por el cual continuaré posteriores investigaciones.

Resumen .....	4
Agradecimientos.....	5
Introducción.....	8
Capítulo Primero .....	15
1. Evolución, conceptos y tipos de familia .....	15
1.1 Pluralismo, Estado laico y democracia según el Constituyente de 1991....	17
1.2 De un modelo unívoco a varias formas de familia .....	20
1.2.1 Inicio del proceso evolutivo .....	22
1.2.2 Familias monoparentales .....	24
1.2.3 Familia ensamblada o reconstituida .....	30
1.2.4 Familia de crianza.....	32
1.2.5 Familia extensa .....	34
1.2.6 La familia conformada por parejas de personas del mismo sexo .....	35
1.2.6.1 El movimiento LGBT y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico colombiano .....	37
1.2.6.2 La Constitución del 91, garante de los derechos de las minorías sexuales.....	39
1.2.6.3 Amparo constitucional desde el ámbito individual .....	41
1.2.6.4. Primer reconocimiento como pareja.....	44
1.2.6.4.1 Los efectos de la sentencia C-075 de 2007.....	46
1.2.6.5 El reconocimiento expreso del estatus de familia .....	47
1.3 Una decisión ajustada a los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos .....	49
1.3.1 Afinidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos y la sentencia C-577 de 2011.....	50
1.3.1.1 Derecho a la dignidad humana .....	51
1.3.1.2 Derecho a la igualdad .....	52
1.3.1.3 Derecho a la protección de la familia .....	53
1.3.1.3.1 Caso “Atalá Rifo y niñas Vs Chile” .....	54
1.3.1.3.2 El conflicto y las consideraciones principales de la Corte Interamericana .....	55
Capítulo Segundo .....	59
2. Familia y adopción, una relación inescindible .....	59
2.1 La adopción, concepto e implicaciones en la familia.....	60
2.2 Consagración constitucional y legal de la adopción.....	62
2.3 El interés superior del niño (a) .....	65
2.4 La orientación sexual del adoptante no debe condicionar su idoneidad parental .....	68
2.4.1 Sentencia T-276 del año 2012 .....	68

2.4.1.1 Ratio decidendi .....	69
2.4.1.2 Una decisión con miras a la igualdad efectiva en materia de adopción .....	70
2.4.2 Sentencia de Unificación - SU 617 de 2014.....	73
2.4.2.1. Hechos .....	73
2.4.2.2 Fundamentos de la decisión.....	75
2.4.2.3 Reacciones frente a la decisión adoptada en sentencia SU-617 de 2014 .....	75
2.3 Derecho comparado frente a la adopción igualitaria .....	77
2.3.1 En España .....	79
2.3.1.1 Ambientes de crianza con parejas homosexuales.....	80
2.3.2 En Argentina.....	82
Capítulo Tercero .....	85
3. Reconocimientos igualitarios pero familias diferentes.....	85
3.1. Obligatoriedad y efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional.....	87
3.1.1 Los alcances de la Sentencia SU – 617 de 2014 ratificados por la sentencia C-071 de 2015 .....	89
3.1.2 Antecedentes y ratio decidendi de la sentencia C-071 de 2015 .....	90
3.1.2.1 Salvamentos de voto a la sentencia SU-617 y C-071 de 2015 .....	93
3.1.3. Las puertas aún no se cierran del todo para la adopción igualitaria .....	95
3.2 Desproporcionalidad del tratamiento jurídico diferenciado en materia de adopción .....	96
3.2.1 Situaciones similares y la aplicación del test estricto de igualdad .....	97
3.3 “Prevalencia del Derecho formal sobre el sustancial” .....	100
3.3.1. Cultural colonial y legalista de los actores jurídicos colombianos.....	103
3.3.1.1 Familias ignoradas por el Derecho .....	105
3.3.1.1.1 Un prototipo familiar alejado de las normas civiles .....	106
3.3.2. Los homosexuales entre la línea de lo humano y sub humano.....	109
3.4. Descolonizar la concepción patriarcal de la familia y reestructurar al Estado .....	113
3.4.1. La colonialidad como eje transversal de la discriminación.....	113
3.4.2 Por una educación desde la diversidad e interculturalidad.....	116
Conclusiones.....	123
Bibliografía.....	129

## Introducción

El principio que prohíbe discriminar a quien profesa una religión diferente a la católica; a la persona que posee un color de piel distinto a la tez blanca; a quien proclama ideales políticos de izquierda; al individuo que decide por sí mismo expresar sus afectos hacia personas de su mismo sexo, entre otras particularidades; representa en la actualidad una garantía para la diferencia y por lo tanto para la diversidad cultural de la sociedad.

La Segunda Guerra Mundial demostró la barbarie a la cual se puede llegar cuando se intenta hegemonizar a la sociedad a partir del anhelo y la ideología de una sola persona o un grupo reducido de ellas. El irrespeto y el atropello hacia aquello que no concuerda con la generalidad ha sido una constante en la historia de la humanidad y los homosexuales pueden dar cuenta de ello, pues continúan siendo objeto de vejámenes, de tratos inhumanos, crueles y degradantes en varios territorios del planeta, tan sólo por expresar y visibilizar sentimientos afectivos que no corresponden a un determinado imaginario.

La familia heterosexual y tradicional, estructurada piramidalmente en donde se sitúa al padre en la cúspide y a la mujer e hijos se los relega y subordina a su imperio, es tan sólo una realidad en un universo lleno de posibilidades. La familia como la institución más antigua de la humanidad es el escenario idóneo en donde se manifiesta el pluralismo de las relaciones interpersonales.

Al fundarse estrictamente en lazos de amor, respeto y solidaridad entre quienes la componen,<sup>1</sup> en ella no existen reglas y connotaciones que la circunscriban a un solo modelo. Su existencia antecede al Estado y es por ello que éste tiene el deber de

---

<sup>1</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-821*, Rodrigo Escobar Gil (Bogotá: 2005): <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-821-05.htm>>.



protegerla y brindarle seguridad sin importar la condición religiosa, de raza, política o sexual de sus integrantes.<sup>2</sup> Sin embargo en países como Colombia esta directriz no aplica en todos los casos y existe una preocupante inequidad que impide reconocimientos iguales a estructuras familiares diferentes.

En razón a esta realidad y a la preocupante desigualdad que existe entre quienes son considerados como merecedores de garantías y derechos debido a su condición de “normalidad”, frente a aquellas personas que prefieren desafiarla al emprender proyectos de vida adversos a las pautas tradicionalmente aceptadas, el presente estudio pretende dar una respuesta al siguiente problema: ¿por qué en Colombia el tratamiento jurídico diferenciado en materia de adopción, a favor de los diversos tipos de familia y en perjuicio del reconocido en el año 2011 por la jurisprudencia constitucional, conformado por parejas del mismo sexo, es injustificado y vulnera los principios de prohibición de discriminación y el interés superior del menor?

La carga argumentativa subsiguiente demostrará que el tratamiento jurídico diferenciado, anteriormente expuesto, efectivamente es injustificado y transgrede los principios de prohibición de discriminación e interés superior del menor, dado que los estamentos públicos desconocen la legitimidad de la institución conformada por parejas de personas del mismo sexo y con ello las implicaciones jurídicas que tal estatus merece. Una de ellas, la posibilidad de acceder a un proceso adoptivo en igualdad de condiciones frente a las demás tipologías familiares reconocidas en el sistema.

La investigación refrendará los anteriores supuestos al describir el comportamiento de estamentos públicos como como el Congreso de la República, que desde siempre, se ha mostrado renuente frente a la expedición de la legislación que

---

<sup>2</sup> El Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 19, ha persuadido a los Estados sobre la igualdad entre el matrimonio y las relaciones familiares, al advertir que “la forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y es obligación del aparato proveer de garantías a todas las manifestaciones de esta institución.”

ampararía y desarrollaría los derechos de estas minorías y su condición actual como familia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)<sup>3</sup> el cual ha justificado la negativa de proseguir con los procesos adoptivos en ocasión a la omisión legislativa frente al tema, la orientación sexual del futuro adoptante y el riesgo a transgredir el interés superior del menor. Y a su vez, la coalición conservadora y tradicionalista que confluye con el bloque progresista en la Corte Constitucional,<sup>4</sup> el cual ha provocado un estancamiento en la materia.

Con el fin de constatar la anterior hipótesis el presente estudio se vale de tres capítulos que persiguen los siguientes objetivos: describir la evolución de la familia colombiana en el ordenamiento normativo; demostrar que la adopción es una implicación jurídica necesaria del concepto de familia sin importar la orientación sexual de los adoptantes; y comprobar que existe un trato jurídico diferenciado e injustificado que vulnera principios como la prohibición de discriminación y el interés prevalente de los menores, al realizar un análisis frente a los casos emblemáticos abordados por la Corte Constitucional de Colombia y el comportamiento de los demás actores en las ramas del poder público.

Así entonces y con el fin de describir la evolución del reconocimiento jurídico de la familia en el país, el primer capítulo hará alusión a la base principialista que le imprimió la Constituyente de 1991 al ordenamiento superior colombiano: el pluralismo, el modelo de Estado laico y la democracia.

---

<sup>3</sup> La ley de Infancia y Adolescencia colombiana califica al ICBF como la autoridad central en materia de adopción.

<sup>4</sup> La integración de la Corte Constitucional en Colombia a 2014, se encuentra claramente dividida por cinco magistrados de corte liberal y cuatro de tendencia o ideología conservadora.

En seguida se establecerán los prototipos de familia regulados por el ordenamiento en la actualidad, en donde figuran: el hogar monoparental, ensamblado, de crianza, extenso y el conformado por uniones de personas homosexuales.

Con respecto al último, de forma concisa se reseñará el proceso emprendido por el movimiento social y activista, radicado en la ciudad de Bogotá, el cual promovió el reconocimiento de derechos fundamentales, patrimoniales y conexos a las uniones del mismo sexo a través de interpretaciones constitucionales.

De igual forma se establecerá que el reconocimiento del estatus de familia de este tipo de pareja a en sentencia de constitucionalidad C-577 de 2011, resulta acorde con los estándares internacionales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prohibición de discriminación por orientación sexual diversa, la unidad familiar y el interés prevalente de los menores de edad, todos ellos expuestos en el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile* en el año 2012.

Debido a su condición de familia, se tiene como segundo objetivo demostrar que la adopción de menores de edad resulta una implicación jurídica necesaria de esta institución. Al adentrarse en la consagración constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinaria de la adopción en Colombia, se podrá concluir que la orientación sexual del individuo no debe condicionar la idoneidad de quien desee postularse como adoptante, pues la finalidad de esta institución es la de garantizar el interés prevalente de los menores y el derecho que les merece a ser resguardado en el seno de un hogar.

Por ello se delimitará el alcance del anterior principio a la luz de los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y se analizarán las sentencias que han marcado un hito en materia de adopción igualitaria en el país, mejor conocidas como el caso “Chandler Burr”, sentencia T-276 de 2012, y el caso de “las mamás lesbianas de Rionegro – Antioquia”, SU-617 de 2014.

Para finalizar se realizará una breve comparación entre Colombia y países como España y Argentina en donde es perfectamente legítima la participación de las familias integradas por parejas del mismo sexo en procesos de adopción. A través de estudios científicos se demostrará que la orientación sexual de los adoptantes no influye de forma negativa en el desarrollo integral del o los hijos (as) adoptivos (as).

El capítulo final del documento determinará el efecto de las sentencias proferidas por el Alto Tribunal, con el fin de esclarecer el alcance de las más recientes providencias que abordaron el tema, SU-617 de 2014 y C-071 de 2015<sup>5</sup>, las cuales reafirman la tesis de permitir la adopción para las familias homosexuales, siempre y cuando alguno de los integrantes sea el padre o madre biológico del menor.

Ante dicho condicionamiento se establecerá la desproporcionalidad del trato jurídico diferenciado al cual se encuentra sometida la familia conformado por uniones de homosexuales al aplicarse el juicio estricto de igualdad a la normativa que regula la materia. De igual forma se presentará un breve análisis que evidenciará la prevalencia de las formalidades sobre la garantía del derecho sustancial propio de un sistema colonial basado en la discriminación del otro y su deshumanización.

A manera de ejemplo, se referenciará al prototipo de familia poligámica y extensa que coexiste en el Pacífico colombiano para comprobar que, a pesar de los reconocimientos formales de familias posnucleares en el ordenamiento, existen un sinnúmero de relaciones ignoradas por éste, instituidas a partir de lazos de amistad y solidaridad y no en las normas tradicionales y civiles del parentesco.

Por último se esbozará a grandes rasgos una propuesta pedagógica constitucional fundamentada en la interculturalidad, la cual podría permitir a futuro, descolonizar el

---

<sup>5</sup> El comunicado de prensa emitido por la Corte Constitucional en decisión tomada el día 18 de febrero de 2015, sentencia C-071, ratificó lo dicho en providencia SU-617 de 2014. Postergando así la adopción igualitaria.

concepto de familia monogámica y heterosexual que aún impera en el imaginario de la sociedad y el Estado colombiano. Ya que tal concepción es la que no le permite reconocer jurídicamente la verdadera diversidad cultural y familiar que impera en todo los rincones de su vasto territorio.

La metodología utilizada con miras a desarrollar los objetivos del presente estudio fueron el formalista o dogmático, el exegético, sistemático y propositivo.

El uso del primer método permitió el rastreo, identificación y análisis empírico documental y bibliográfico de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y doctrina especializada frente al tema. Por su parte el exegético posibilitó la debida observancia de la normativa que regula la adopción en este país.

El método sistemático fue el apropiado para comprender que la adopción, a la luz de las interpretaciones de la jurisprudencia internacional y nacional, posee una relación inescindible con el concepto de familia y el interés superior de los menores. A su vez el método propositivo permitió definir un plan estratégico de estudios interculturales y de pedagogía constitucional que implementaría una cultura social de aceptación y respeto frente a la familia conformada por parejas con orientaciones sexuales diversas y a los hijos (as) que salvaguardan en su seno.

Cabe resaltar que la tesis al utilizar un método dogmático jurídico de investigación se circunscribe al análisis documental de normatividad, jurisprudencia e importantes investigaciones que han abordado el tema desde la realidad. Su propósito no es ahondar en el estudio de la colonialidad, pues esta connotación resulta tan exhaustiva y compleja que sería apropiada explorarla en futuras investigaciones, ya que en la presente, sólo se utilizará de forma enunciativa para demostrar una de las causas que impide el desarrollo de la adopción igualitaria en el sistema jurídico colombiano.

El estudio se enmarca desde la perspectiva del Derecho y sólo realiza algunas reflexiones desde la Antropología y Sociología, por lo que podría representar un importante insumo en propuestas a partir de estas disciplinas.

En conclusión la presente investigación puede constituirse como un estudio dogmático de consulta obligada para que de él se desprendan diferentes propuestas no sólo desde el Derecho sino también desde ciencias afines. A través del uso de métodos dogmáticos y sociológicos los futuros estudios coadyuvarían a comprobar el trato discriminatorio al cual se encuentran sometidas las uniones del mismo sexo en Colombia y obtener así, diversos puntos de vista que enriquezcan la noción, características y reconocimiento de la familia como tema de debate actual.

## Capítulo Primero

### 1. Evolución, conceptos y tipos de familia en Colombia

Una sociedad que permita el desarrollo de la libertad y autonomía individual de sus miembros, nunca será homogénea y estará sujeta a constantes transformaciones. Estos cambios repercuten en instituciones como la familia y generan nuevas interpretaciones de los sistemas jurídicos.

La jurisprudencia constitucional de Colombia da cuenta de los paradigmas que trajeron consigo la Constitución Política de 1991, al proteger el pluralismo y la diversidad cultural en un marco democrático e igualitario que proscribió toda forma de discriminación<sup>6</sup>.

La norma superior encamina así, la labor política del Estado para que gestione una nueva conciencia social “abierta en todo caso al mayor número de valores, principios, fines y objetivos legitimados por el orden constitucional”<sup>7</sup>

En ocasión a ello, la familia colombiana y el marco jurídico que la regula, han sufrido importantes alteraciones que revelan una evolución conceptual de la institución, así como el reconocimiento de varias tipologías, que a partir de la realidad social, impiden circunscribirla en un modelo nuclear e idealizado compuesto por padre, madre e hijos.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de 1991*, Preámbulo, artículos 1, 5 y 13.

<sup>7</sup> Julio César Ortiz Gutiérrez, “El Código Civil y la reciente evolución jurisprudencial en la constitución colombiana”, en *Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), 271.

<sup>8</sup> Patricia Tovar Rojas, *Familia, género y antropología - Desafíos y transformaciones* (Bogotá: Icanh, 2003), 13. “La sociedad colombiana contemporánea ofrece un contexto interesante para explorar temas relacionados con el matrimonio, la familia, el parentesco y las relaciones entre los géneros. Además de cuestionarse sobre el rol de la familia nuclear en un contexto de violencia, cambios políticos y económicos, que cuestiona los roles entre hombres y mujeres...

La crisis contemporánea del prototipo conservador se debe al cambio de contexto, de conductas sociales, ideologías e instrumentos jurídicos internacionales que convocan e incitan a la protección y reconocimiento de la diversidad en las relaciones familiares.

Lo anterior sustentó el proceso emprendido por la Corte Constitucional de Colombia, quien desde sus inicios hasta la actualidad, año 2014, reconoce y ampara diferentes modelos familiares posnucleares. Entre éstos, figuran las familias: monoparentales (relación individual entre padre o madre soltera e hijo), ensambladas (conformada por padres viudos o separados y sus descendientes), de crianza o de origen (ascendientes y colaterales) y las integradas por parejas de personas del mismo sexo.

Para adentrarse en el estudio de dicha evolución, a la luz de la Carta de 1991 se aludirá a los postulados de pluralismo, la connotación de Estado laico y democracia como los ejes primordiales que promueven la diversidad de los hogares colombianos.

En seguida se describirá la doctrina constitucional que ampara y conceptualiza a la familia y sus tipologías, en donde se hará especial énfasis a la línea que reconoció este estatus a las relaciones entre parejas del mismo sexo en el año 2011.

Por último se expondrán los estándares internacionales establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a la guarda y el concepto de esta institución. Los cuales, en términos generales, resultan acordes con los lineamientos establecidos por la jurisprudencia del Alto Tribunal colombiano en materia constitucional.

---

Las estructuras familiares han cambiado en gran medida, debido a la exigencia económica que impulsa a la mujer fuera del hogar para percibir un salario e independencia”.



## 1.1 Pluralismo, Estado laico y democracia según el Constituyente de 1991

La Asamblea Nacional Constituyente del año 1991 integrada en gran parte por personajes de reconocida trayectoria política y de ideologías de izquierda, instituyó un modelo de Estado que no profesa religión alguna, al reconocer en su artículo 19 el derecho fundamental a la libertad de cultos.<sup>9</sup> Lo que se traduce en que ningún tipo de doctrina, canon, moral o creencia religiosa debe incidir en las decisiones tomadas por las autoridades estatales.

El máximo intérprete de la Constitución Política a través de la sentencia C- 152 del año 2003, dispuso la prohibición que posee el aparato estatal para: “(i) establecer una religión o iglesia oficial; (ii) identificarse formal y explícitamente con una iglesia o religión o (iii) realizar actos oficiales de adhesión, así sean simbólicos, a una creencia, religión o iglesia.”<sup>10</sup>

Si las autoridades llegaran a obviar dicha obligación y argumentaran sus decisiones en este tipo de creencias, se resquebrajaría el principio que reconoce la pluralidad y diversidad de cultos religiosos, así como la división existente entre el modelo de Estado liberal no confesional y la iglesia.

El laicismo al ser una consecuencia inmediata de la pluralidad posee a la vez una estrecha relación con el modelo de Estado de Derecho contemporáneo, el cual establece que toda su actividad se encuentra regulada en un ordenamiento formal y materialmente acorde con su norma fundamental. En la actualidad, Colombia se define como un Estado constitucional de Derecho al encontrarse supeditado a los fines, mandatos y

---

<sup>9</sup> Colombia, Asamblea Nacional Constituyente de 1991, *Constitución Política de Colombia*, artículo 19: “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva.”

<sup>10</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-152*, Manuel José Cepeda Espinoza (Bogotá: 2003)

dogmas promovidos por la Carta del 91, en donde prevalece la multiplicidad de culturas, creencias y formas de vida.

Así entonces la promoción y protección de los derechos humanos a través de constituciones democráticas e igualitarias, que han separado al Estado de la Iglesia católica, permiten el divorcio, el reconocimiento de las parejas de hecho, la adopción, la evolución de las técnicas de reproducción asistida y plena libertad para expresar la identidad y orientación sexual diversa del individuo.<sup>11</sup>

Estas mutaciones de la sociedad logran plasmarse en la familia y visibilizan diferentes modelos contrarios al “normalizado” prototipo heterosexual. Lo cual favorece la diversidad en las relaciones personales y una evolución en la escala de valores sociales como la tolerancia, el respeto y el aprendizaje entre la diversidad.<sup>12</sup>

La capacidad de las comunidades para respetar, convivir y reconocer la diferencia étnica, política, religiosa, cultural, lingüística, entre otros aspectos; representa el principal objetivo del pluralismo como modelo de organización social.<sup>13</sup> Este principio protector de la diversidad cultural y familiar, ha sido reconocido en regímenes democráticos para brindar relevancia política a las opiniones, intereses y necesidades provenientes de diferentes sectores de la sociedad y no solo de un grupo mayoritario.

Lo anterior se materializa cuando los integrantes de la comunidad comparten ciertos ideales y restringen a las mayorías, para ampliar en igualdad de condiciones, el espectro de protección jurídica y participativa a quienes tradicionalmente se han visto excluidos

---

<sup>11</sup> José Ignacio Pichardo Galán, *Entender la diversidad familiar - Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia* (Barcelona: Bellaterra, 2009), 21.

<sup>12</sup> Adelina Gimeno Collado, *La familia el desafío de la diversidad* (Barcelona: Ariel, 1999), 16.

<sup>13</sup> Graciela Malgesini y Carlos Giménez, “Pluralismo cultural”, en *Guía de conceptos, racismo e interculturalidad* (Madrid: Los libros de la Catarata, 2000), 323.

del proceso representativo, debido a su identidad, intereses o convicciones particulares<sup>14</sup>.

El sistema jurídico propugnado por la Constitución Política de 1991, fundó un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho acorde con estos postulados, al limitar el poder que posee la voluntad de las mayorías frente a los derechos e intereses de grupos minoritarios.<sup>15</sup>

Para el intérprete de la Carta del 91, el deber de la sociedad y de las autoridades estatales de respetar y garantizar la pluralidad cultural, encuentra sus orígenes en la solidaridad como valor que representa una pauta de comportamiento para los miembros de la comunidad y como una limitante propia de cada ser humano, para no dañar o estigmatizar lo diferente.<sup>16</sup>

La protección de la diversidad familiar en Colombia encuentra sus raíces en el pluralismo “de tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”.<sup>17</sup>

Este tipo de ideología fue la que se plasmó en el proceso jurisprudencial proferido por los ideales progresistas del bloque liberal de la Corte Constitucional que a partir de la interpretación de principios como los aquí esbozados, reconocieron que la evolución

---

<sup>14</sup> Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, *Ronald Dworkin - La Comunidad Liberal* (Bogotá: Siglo de los Hombres Editores, 1996) ,131. “Dworkin argumenta a favor de una democracia dependiente y comunitaria, pues el sistema de representación tiene en cuenta los resultados sustantivos del proceso democrático, esto es, tiene como objetivo construir un procedimiento de toma de decisiones y unas instituciones políticas que reconozcan a todos los individuos como iguales, sin que por esto se les niegue la posibilidad que sean diferentes. Este equilibrio entre la igualdad y la diferencia se garantiza a través del principio político de la libertad...”

<sup>15</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-141*, Humberto Antonio Sierra Porto (Bogotá: 2010): < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>>.

<sup>16</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-459*, Jaime Araujo Rentería (Bogotá: 2004): < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-459-04.htm>>.

<sup>17</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-572*, Humberto Antonio Sierra Porto (Bogotá: 2009): < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-572-09.htm> >.

y dinámica de las relaciones humanas originan nuevos modelos familiares que merecen protección jurídica.

## 1.2 De un modelo unívoco a varias formas de familia

El contexto de la familia colombiana se encuentra marcado por el legado de la conquista y colonización española que la circunscribió al vínculo matrimonial entre hombre y mujer, así como a los descendientes nacidos dentro de éste<sup>18</sup>. El patriarcalismo al convertirse en el sistema cultural imperante, propugnó la convivencia exclusiva entre parejas casadas por el rito católico y exaltó la figura del padre, al otorgarle poder y autoridad sobre sus subordinados, mujer e hijos.<sup>19</sup>

Es así como la Constitución de 1886 inspirada en valores propios de la iglesia católica<sup>20</sup> y el Derecho Civil que la desarrolló, regularon las relaciones patrimoniales y personales de los miembros de la familia colombiana en función de la heterosexualidad, el matrimonio y la consanguinidad.

La década de los 90 marcó el inicio de la transformación jurídica de este tipo conservador a uno más liberal. Se visibilizaron las consecuencias de la violencia, la migración de la mujer campesina a la ciudad, y el incentivo de liberación por parte de las corrientes feministas anglosajonas de los años 60 y 70, propagadas por los estudios de género en el país,<sup>21</sup> propugnaron por la igualdad de la mujer en todos los ámbitos de interacción social y la declinación del patriarcalismo como sistema imperante.

---

<sup>18</sup> Virginia Gutiérrez de Pineda, *Familia y cultura en Colombia* (Bogotá: Universidad de Antioquia, 1975), 23.

<sup>19</sup> Elisabeth Roudinesco, *La familia en desorden* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2003), 10

<sup>20</sup> El preámbulo de la Constitución de 1886, empieza reconociendo a “Dios como fuente suprema de toda autoridad”.

<sup>21</sup> Virginia Gutiérrez de Pineda, "Familia ayer y hoy" en Patricia Tovar Rojas, edit, *Familia, género y antropología - Desafíos y transformaciones* (Bogotá: Icanh, 2003), 276 – 288.

Aunado a la democratización de la sociedad por parte de los postulados pluralistas, igualitarios y libertarios de la nueva Carta Política de 1991 y la progresiva incorporación de las mujeres en el ámbito laboral remunerado; el prototipo tradicional de la familia colombiana, ya no fue el único merecedor de reconocimiento y protección por parte del Estado.

Tipologías de familia como las parejas de hecho, monoparentales, ensambladas o reconstituidas, las llamadas de crianza y las conformadas por uniones de personas del mismo sexo, obtuvieron este estatus gracias a intensos debates legislativos, y sobre todo, al característico activismo judicial de la Corte Constitucional.<sup>22</sup>

---

Gutiérrez establece que el debilitamiento de la religión como soporte de la autocracia masculina y de los valores de la ética sexual, originaron el quiebre de la sociedad patriarcalista en Colombia. La migración de la mujer campesina igualmente menguó el poder coercitivo que la religión ejercía sobre ella para adaptarla al modelo tradicional. “Las condiciones del ayer se fueron modificando en la ciudad. Para su conquista se conjugaron su auto-valer económico, la ruptura con la ética católica, un universo ideológico mayor, abierto por la superación educativa, y el espacio urbano de más alternativas”

<sup>22</sup> Rodrigo Uprimny y Mauricio García Villegas, “Corte Constitucional y emancipación en Colombia”, en Boaventura de Sousa Santos, coordinador, *Democratizar la democracia* (España: Fondo de Cultura Económica, 2005), 17. “El tribunal ha sido vigoroso en su protección de los derechos de las personas y de las minorías, así como en su intención por controlar los abusos de las autoridades y de los poderosos. Esto la ha llevado a tomar decisiones osadas, incluso en términos internacionales; así por ejemplo, la Corte despenalizó el consumo de drogas y la eutanasia, estableció estándares estrictos y únicos a nivel mundial para los casos de hermafroditismo, restringió el uso de los estados de excepción por el Presidente, y modificó el alcance de los planes gubernamentales de salud. Y esto no es todo; la Corte también ha amparado los derechos de los estudiantes contra las autoridades educativas, ha tratado de mejorar las condiciones de las cárceles y ha protegido a grupos sociales cuyos reclamos antes los jueces no solían tener éxito, como los sindicalistas, los indígenas, las mujeres, las minorías religiosas, los homosexuales, los vendedores callejeros, los enfermos de SIDA o los deudores del sistema financiero. La labor de la Corte ha sido entonces no sólo enorme, por el número de sentencias y la variedad de temas que ha abordado sino que, en cierta forma, ha sorprendido a la sociedad colombiana, por su orientación progresista. Esto explica que el tribunal haya ganado un cierto aprecio y prestigio en sectores y grupos sociales, que son muy críticos frente a los otros aparatos del Estado, pero que ven en las decisiones de la Corte una de las pocas posibilidades reales de encontrar protección a sus derechos.”

### 1.2.1 Inicio del proceso evolutivo

A través del reconocimiento de derechos y deberes en todas las ramas del ordenamiento jurídico se protege y enaltece a la institución familiar como eje primordial de la sociedad colombiana. La Constitución da cuenta de la anterior premisa, al consagrarla como núcleo fundamental del conglomerado social y garantizarle protección por parte del Estado y de la misma comunidad.<sup>23</sup>

En cuanto a su estructura, el artículo 42 superior brinda reconocimiento a las uniones de hecho, al estipular que la institución puede constituirse a través de “vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer para contraer matrimonio, o por la voluntad responsable de conformarla.”<sup>24</sup>

Las interpretaciones de este artículo que abogaron por la igualdad de derechos entre las parejas unidas por el rito matrimonial (religioso o civil) y las que se encuentran enlazadas por la convivencia y los vínculos afectivos (compañeros permanentes), proyectaron el primer atisbo del proceso evolutivo.

En sentencia de revisión de tutela T-326 de 1993, la Corte Constitucional decidió que la exención de prestar servicio militar obligatorio para los varones casados,<sup>25</sup> debía extenderse en condiciones de igualdad a los hombres que de facto, hacían una comunidad de vida permanente con su compañera e hijos. Sus argumentos principales fueron la nueva carga valorativa que el Constituyente del 91 impregnó en el

---

<sup>23</sup> Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de 1991*, artículos 5 y 42.

<sup>24</sup> La primera interpretación constitucional que ratificó esta división entre los vínculos naturales y jurídicos que pueden conformar el núcleo familiar, es la sentencia de revisión de tutela T-008 de 1992, con ponencia de los magistrados Simón Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein

<sup>25</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 1 de 1945*, artículo 21.

ordenamiento jurídico, el interés superior del menor y el deber del Estado de proteger a la familia sin discriminar su origen.<sup>26</sup>

En repetidas ocasiones la Corporación dejó en claro que el Código Civil de 1887, que aún se encuentra vigente y que regula varias figuras en materia de familia como el matrimonio, la filiación y sucesión; refleja connotaciones acordes con las circunstancias de la época en que fue expedido, pero que en la actualidad, merecen ser re-interpretadas a la luz de los principios y derechos consagrados en el ordenamiento superior.

Un ejemplo de lo anterior es el artículo 1230 de dicho código, que exige el vínculo matrimonial como requisito para que el cónyuge sobreviviente pueda acceder a la porción conyugal. La Corporación dejó en claro que tanto compañeros permanentes como cónyuges se encuentran amparados por el derecho a la igualdad y que no existe razón suficiente que permita entre ellos, un trato diferente en relación con dicho beneficio. La exequibilidad de este apartado se condicionó en el entendido que la figura protegía también a las parejas de hecho.<sup>27</sup>

Lo anterior es tan solo una muestra del valioso precedente constitucional<sup>28</sup> que transformó el concepto de las uniones maritales de hecho, reconocidas así por la Ley 54

---

<sup>26</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-326*, Antonio Barrera Carbonell (Bogotá: 1993): <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-326-93.htm>>. Sentencias posteriores: T-517 de 1993, T-122 de 1994 y T-165 de 1994.

<sup>27</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-283*, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Bogotá: 2011): < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-283-11.htm> >. Según la Corte Constitucional la finalidad de esta figura no es amparar al matrimonio, sino “la necesidad de proteger al miembro de la relación que después de una convivencia fundada en el apoyo y las renunciaciones mutuas, queda con un patrimonio inferior al de aquel que falleció y que le permite optar por participar en él”

<sup>28</sup> La línea jurisprudencial de la Corte en esta materia ordena por ejemplo un tratamiento jurídico igualitario entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, donde no debe existir ningún tipo de diferencia al momento de ser reconocidos como beneficiarios de derechos personales y patrimoniales. Véase en sentencias: C-047 de 1994; C-1298 de 2001

de 1990, de vínculos deshonrosos<sup>29</sup> a una forma legítima y natural de conformar el núcleo básico de la sociedad.

### 1.2.2 Familias monoparentales

Doctrinalmente se conciben como aquellos hogares conformados por padre o madre, que tienen a su cargo hijos menores de edad o discapacitados, y que no conviven con una pareja estable. En su mayoría se originan por el fallecimiento de algún miembro de la pareja, la ruptura del vínculo matrimonial o de hecho, y por la decisión unilateral de adoptar a un menor de edad, o recurrir a alguna técnica de reproducción asistida.<sup>30</sup>

Al seguir los estudios de la antropóloga colombiana, Virginia Gutiérrez de Pineda, el reconocimiento jurídico de la familia uniparental o monoparental se debe al movimiento feminista universal, que visibilizó las tareas realizadas por mujeres viudas, abandonadas y madres solteras; quienes por adoptar roles de género masculinos como la provisión económica, el cuidado y corrección de los hijos, fueron durante décadas objeto de discriminación y vergüenza por parte de la sociedad.<sup>31</sup>

En ocasión al conflicto armado, en Colombia se ha originado un serio descenso en la densidad poblacional de hombres, produciendo a la inversa, un incremento en el índice de mujeres en situación de viudez<sup>32</sup>. El desplazamiento forzado como consecuencia de la violencia, igualmente repercute en la desintegración de los miembros del núcleo familiar.

---

<sup>29</sup> Iván Darío Taborda León, "Problemática probatoria frente al tema de las uniones maritales de hecho", *Revista Vía Iuris*, 9 (II semestre: 2010, 109-120), 111: <Dialnet-Problemática Probatoria FrenteAlTemaDeLasUnionesMari-3432181.pdf>. Antes de la expedición de la ley 54 de 1990 y de la Constitución de 1991, la unión marital de hecho era concebida como un concubinato, caracterizado por la *affectio maritalis*, que significa falta de honor en el vínculo.

<sup>30</sup> Marisa Herrera, *Familia monoparental* (Buenos Aires: Universidad, 2008), 29-33.

<sup>31</sup> Virginia Gutiérrez de Pineda, "Familia ayer y hoy", 281-283.

<sup>32</sup> Patricia Tovar Rojas, edit, *Familia, género y antropología - Desafíos y transformaciones*, 14



Los datos oficiales revelan un considerable aumento de divorcios y separaciones de hecho en varias regiones del país,<sup>33</sup> en donde alguno de los ex convivientes (la mujer en la mayoría de los casos)<sup>34</sup> ya sea por orden judicial, por convenio notarial o de hecho, conserva la custodia y cuidado personal de sus descendientes.

El artículo 43 de la Constitución de 1991 reconoce este tipo de situaciones y obliga al Estado a prestar atención especial a aquellas “mujeres cabeza de familia” (solteras, viudas o divorciadas), que de forma permanente tienen a su cargo afectivo, económico y social a hijos menores de edad o con cualquier tipo de discapacidad que les impide valerse por sus propios medios.<sup>35</sup> Cabe resaltar que la ausencia de ayuda y socorro por parte de la pareja, se puede originar también por la decisión de evadir totalmente sus obligaciones como progenitor.<sup>36</sup>

El desarrollo legal y jurisprudencial que ha propugnado por un tratamiento especial a la “mujer cabeza de familia” y sus descendientes, a través de beneficios en materia

---

<sup>33</sup> Colombia, Superintendencia de Notariado y Registro, *Disminuye número de matrimonios en primer trimestre de 2013* (Bogotá, 22 de mayo de 2013):<<https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/boletines2013/boletin22mayo2013divorcior.pdf>>.

<sup>34</sup> Marta Lamas, "Cuerpo e identidad", en Luz Gabriela Arango y otros, comp. *Género, identidad, ensayos sobre lo femenino y lo masculino* (Bogotá: TM Editores Uniandes, 1995), 69. El cuidado de los hijos en la mayoría de ocasiones pasa a ser de la madre, debido a los roles de género imperantes en la sociedad occidental, que tradicionalmente han visto como aptas para este tipo de labores a las mujeres y no así a los hombres. Tales roles representan según Michelle Foucault, construcciones culturales que se encuentran imprimidos en el sexo de las personas.

<sup>35</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 1232*, publicada en el Diario Oficial 47.053 de julio 17 de 2008, Artículo 1: “Es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

<sup>36</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-034*, Alfredo Beltrán Sierra (Bogotá:1999):<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-034-99.htm>>.

patrimonial, penal, servicios públicos y de seguridad social<sup>37</sup>, representan según la Corte Constitucional una

“[R]eivindicación hacia la tradicional discriminación y marginamiento a las que se ha visto sometida la mujer durante muchos años, y, por otra, por el significativo número de mujeres que por diversos motivos se han convertido en cabezas de familia, y deben asumir, en condiciones precarias y sin apoyo de ninguna naturaleza, tanto las responsabilidades del hogar como las propias...”<sup>38</sup>

El artículo 43 superior permite concebir a la institución familiar a partir de una estructura diferente a la de la pareja y enaltece la labor de aquellas madres y en razón del principio de igualdad, a aquellos padres jefes de hogar<sup>39</sup> que de forma individual velan por la educación, el cuidado y manutención de seres tan vulnerables como los

---

<sup>37</sup> El desarrollo del artículo 43 constitucional que prevé la protección especial a la mujer y a la jefatura del hogar en cabeza de la misma, se ve reflejado en innumerables leyes e interpretaciones por parte de la Corte Constitucional que abogan por su inclusión, seguridad, integridad física y psicológica, además de la unidad familiar e incentivos económicos. Entre las normas más destacadas se encuentran: Ley 82 de 1993, modificada por la ley 1232 de 2008, que dicta acciones afirmativas como gratuidad en materia de educación, seguridad social en salud, fomento del ahorro y crédito financiero, inclusión en planes de vivienda, entre otros beneficios. Ley 294 de 1996 que consagra normas para prevenir y sancionar la violencia familiar. Código Penal Ley 599 de 2000 y de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004 que regulan beneficios, sanciones, exenciones y agravantes en esta materia. Ley 1009 de 2006 por la cual se crea el observatorio permanente de asuntos de género. Ley 1257 de 2008 que dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres. Ley 1468 de 2011 por la cual se modifican algunos apartes del Código Sustantivo del Trabajo. Ley 1542, de 2012 que tiene por objeto garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querrelables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria. Ley 1639 de 2013 por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido. Decreto 1930 septiembre de 2013, por el cual se adopta la Política Pública Nacional de Equidad de Género y se crea una Comisión Intersectorial para su implementación, entre otras.

<sup>38</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-722*, Rodrigo Escobar Gil (Bogotá:2004):<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-722-04.htm>>.

<sup>39</sup> *Ibíd*, “Ha dicho la Corte, en desarrollo de los principios de igualdad y protección especial del menor, las medidas de protección de la mujer cabeza de familia resultan así mismo aplicables a los menores que estén a cargo de un hombre que se encuentre en las mismas condiciones que la ley ha previsto para la mujer cabeza de familia...”. Esto es, que de manera exclusiva, social y económicamente, el hombre esté al frente del cuidado de los menores o discapacitados, carezca de apoyo y de otros recursos.

niños, niñas, adolescentes, o personas en condición de discapacidad; quienes poseen un amparo constitucional prevalente frente a los derechos de los demás.<sup>40</sup>

Por otra parte la monoparentalidad no sólo se deriva de las situaciones que propician una separación entre la pareja, sino también de la decisión unilateral de una persona adulta de adoptar legalmente a un menor de edad, o de someterse a alguna técnica de procreación asistida para concebir de forma independiente.

El ordenamiento que regula la adopción en Colombia<sup>41</sup> y las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional, la definen como una medida de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que responde a su interés superior y no al del adoptante. Por ello no sólo se trata de un vínculo jurídico que transmita el apellido y un patrimonio, sino que representa “el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta”.<sup>42</sup>

El artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia establece los requisitos para el futuro adoptante, en donde figuran las personas solteras que hayan cumplido 25 años de edad, que tengan más de 15 años que el adoptable y que cuenten con idoneidad física, mental, moral y social para hacerlo.

Así entonces se legitima la posibilidad de que cualquier soltero o soltera que cumpla con dichas características, pueda acceder a esta medida de protección del menor y constituir una familia que se adecúe con su proyecto de vida. Pues gracias a la consagración constitucional de derechos como la dignidad y su corolario el libre

---

<sup>40</sup> Artículos 44,45 y 47 de la Constitución Política de 1991.

<sup>41</sup> Convención Internacional de los Derechos del Niño, el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, suscrito en La Haya. Constitución Política de Colombia de 1991. Jurisprudencia Constitucional. Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006. Lineamientos Técnicos del Programa de Adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

<sup>42</sup> Véase en sentencias C-821 de 2001, magistrado Jaime Córdoba Triviño y C-831 de 2006, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil.

desarrollo de la personalidad, los individuos no se encuentran jurídicamente sujetos a reproducir las reglas y prototipos de las familias tradicionalmente aceptadas en la sociedad.

Frente a las técnicas de reproducción asistida<sup>43</sup> amparadas por los lineamientos del texto constitucional en su artículo 42<sup>44</sup> y la promulgación de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer<sup>45</sup>, en Colombia es perfectamente legítimo procrear y ser madre sin la necesidad de tener contacto sexual con un hombre.

No obstante en la actualidad, se presenta un vacío legislativo frente a los requisitos que debe cumplir quien desee someterse a este tipo de procedimientos. Para Isabel Cristina Jaramillo la necesidad de que los operadores jurídicos deban acudir a las normas generales del Derecho Civil en materia de filiación y adopción, es una verdadera

---

<sup>43</sup> Marco Antonio Álvarez Gómez, “Avances jurisprudenciales en las nuevas tipologías familiares en Colombia – Perspectiva Judicial en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”:  
<[http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecaDiseno/Archivos/01\\_Documentos/avancesJurisprudenciales.pdf](http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecaDiseno/Archivos/01_Documentos/avancesJurisprudenciales.pdf)>.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, (TRHA), pueden ser concebidas como corpóreas: inseminación intrauterina; extra corpóreas como la fertilización in vitro; o los métodos en donde se transfiere a la trompa de la falopio, sean gametos, el cigoto o el embrión, así como la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, o el diagnóstico genético pre-implantario.

<sup>44</sup> Colombia, Asamblea Constituyente, *Constitución Política de 1991*, Artículo 42. “...Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos...”.

<sup>45</sup> Organización de Naciones Unidas, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1946), artículo 12. Los derechos sexuales y reproductivos consienten la toma de decisiones libres, sin ningún tipo de discriminación frente a la posibilidad de procrear o no, la regulación sobre fecundidad, así como el acceso a la información sobre ello.

restricción de los derechos sexuales y reproductivos que abogan por el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.<sup>46</sup>

La normativa establece como requisito *sine qua non* conocer la identidad del donante para derivar los derechos personales del recién nacido, lo que va en contra del ordenamiento superior interno, aunado a los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos, de los principios éticos de esta técnicas<sup>47</sup> y sobre todo de la dignidad de quien desea conformar una familia acorde con su proyecto de vida.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional no han sido de mucha ayuda para reconocer a la familia monoparental a partir del uso de estas técnicas<sup>48</sup>. En sentencia de Constitucionalidad C-047 de 1994, estableció claramente que la Constitución en su artículo 42 solo eliminó la diferencia de trato en ocasión al nacimiento, al respaldarse la igualdad de los hijos nacidos en el matrimonio, fuera de él, adoptivos o a través de procreación asistida por la ciencia.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> *Ámbito Jurídico, Técnicas de reproducción humana asistida en Colombia: ¿evolución jurídica al ritmo de la ciencia?* (28 de Mayo de 2014) <[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-142805-02tecnicas\\_de\\_reproduccion\\_humana\\_asistida\\_en\\_colombia/noti-142805-02tecnicas\\_de\\_reproduccion\\_humana\\_asistida\\_en\\_colombia.asp?Miga=1](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-142805-02tecnicas_de_reproduccion_humana_asistida_en_colombia/noti-142805-02tecnicas_de_reproduccion_humana_asistida_en_colombia.asp?Miga=1)>.

<sup>47</sup> Marco Antonio Álvarez Gómez, “Avances jurisprudenciales en las nuevas tipologías familiares en Colombia – Perspectiva Judicial en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Humana”, 13-14. “Se debe entender que los principios éticos sobre los que se edifican las técnicas de reproducción asistida difieren de las normas tradicionales de filiación, al excluir el derecho a conocer quien fue el aportante del material genético y brindarle especial atención al consentimiento. Esto se da en razón de que la ciencia descarta la averiguación del origen biológico, y sobre todo porque la mujer que decide someterse individualmente a este tipo de técnicas, desea que su hijo (a) posea una relación jurídica exclusivamente con ella y el donante nunca pueda impugnar la paternidad o en su defecto que el hijo (a) pueda reclamarla en un futuro. Sin embargo la omisión legislativa en esta materia no permite avanzar y desarrollar con propiedad la terminología, los tipos, requisitos para llevar a cabo las técnicas y las pautas de solución a los posibles conflictos que se adviertan en su uso.”

<sup>48</sup> En sentencias T-226 de 2010, T-550 de 2010 y Sentencia T-968 de 2009, se aborda superficialmente el tema de las técnicas de reproducción asistida pero en materia de seguridad social y la posibilidad de que sean asumidas gratuitamente para las parejas infértiles. Aún no se ha publicado alguna sentencia que verse sobre la monoparentalidad a través del uso de la ciencia.

<sup>49</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-047*, Jorge Arango Mejía (Bogotá: 1994).

Por ello la familia monoparental que se concibe a partir de la mujer que libremente decide concebir un hijo y criarlo en soledad, de manera programada y basada exclusivamente en su libre albedrío,<sup>50</sup> merece protección jurídica inmediata y una atención especial similar a la brindada para la “mujer cabeza de familia”.

Además de un ordenamiento específico que permita esclarecer que la filiación del recién nacido es exclusiva con su progenitora y no así con el donante, quien, en razón a la estructura de este prototipo familiar, no debe ejercer ningún tipo de derecho frente al menor.

### **1.2.3 Familia ensamblada o reconstituida**

Este modelo es conocido también como la familia padrastral que se configura de hecho o a través del vínculo matrimonial. Su estructura parte de las causas que originan la monoparentalidad como la situación de viudez, el abandono, la separación de hecho o el divorcio.

El prototipo es considerado “una etapa avanzada que crea un amplia red social porque frecuentemente reúne bajo el mismo techo una generación filial múltiple”,<sup>51</sup> la cual es producto de una relación compleja que involucra a los hijos (producto de una relación afectiva anterior) y parientes cercanos de cada miembro de la pareja actual, aunado a los descendientes de la unión en el presente.

Para Cecilia Grossman la familia ensamblada se origina cuando, después de la separación de una pareja, se consolidan nuevas uniones. Por ejemplo: una familia

---

<sup>50</sup> Javier Armando Pineda Duque, “Familia Postmoderna Popular, Masculinidades y Economía de Cuidado”: *rev.latinoam.estud.fam*, 2 (Enero a Diciembre, 2010), 53: <[http://revlatinofamilia.ucaldas.edu.co/downloads/Rlef2\\_3.pdf](http://revlatinofamilia.ucaldas.edu.co/downloads/Rlef2_3.pdf)>.

<sup>51</sup> Virginia Gutiérrez de Pineda, "Familia ayer y hoy", 276. “Se correlacionan con un tejido muy amplio de parientes colaterales afines (familia extendida de cada uno de los contrayentes nuevos) y consanguíneos y el número de abuelos alcanza proporciones no conocidas, pues cada progenitor porta cuatro abuelos y que este número se acrecienta con las sucesivas uniones de cada cónyuge.”

casada o en unión libre, en la cual, uno o los dos integrantes tienen hijos de una relación previa.<sup>52</sup>

La interpretación del artículo 42 superior por parte de la Corte Constitucional Colombiana, consagra a la familia ensamblada como una consecuencia de la diversidad en las relaciones personales, al ser en la mayoría de ocasiones, un gran enlace de vínculos naturales, jurídicos y de decisiones responsables que la conforman.<sup>53</sup>

Para la Corporación una persona podría experimentar en el ciclo de su vida el paso por varios tipos de familia. Por ejemplo comienza con un hogar nuclear, que posteriormente de paso a la monoparentalidad, para retornar después a un modelo tradicional, que para entonces se convertiría en un modelo de hogar ensamblado.

La sociología establece que el modelo reconstituido o ensamblado refleja una “indeterminación de la familia postmoderna”, la cual se caracteriza por su complejidad, la construcción continua de sus límites y la transformación de su estructura en todo momento.<sup>54</sup>

La psicología comparte esta definición al estipular que el porcentaje creciente de familias que sobrepasan la normatividad, obliga necesariamente a la aceptación de otros límites.<sup>55</sup> Aquellos que irán más allá de la tradicionalidad, pues sus propios miembros establecerán las concepciones y reglas a seguir en la institución que conformen.

---

<sup>52</sup> Cecilia Grossman y otros, *Familias ensambladas* (Buenos Aires: Universidad, 2000), 35.

<sup>53</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-577*, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Bogotá:2011)

<sup>54</sup> Pierpaolo Donati, *Manual de Sociología de la familia* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2003), 264 -265. “En realidad la autopoiesis de la familia se construye sobre la plena relacionalidad, en un contexto histórico, el de la sociedad compleja, que tiende a generar un código simbólico con el que todo sistema social debe producir por sí solo sus propias estructuras relacionales. La familia autopoietica es aquella que, por el código simbólico hoy dominante, rechaza toda definición externa, si quiere ser familia. En la actualidad la familia se refunda por cada generación. En este contexto la familia se convierte en una unidad en la que los elementos y estructuras están definidos por el mismo proceso relacional que los activa, esto es lo único que los puede estabilizar. La pareja se convierte en una estructura que genera para sí sus propias normas”

<sup>55</sup> Adelina Gimeno Collado, *La familia el desafío de la diversidad*, 37.

Por estas razones, la doctrina constitucional colombiana conceptualiza a la familia como un fenómeno social amplio y pluralista que involucra no sólo a consanguíneos, sino a personas con las que no se comparte un lazo de sangre.<sup>56</sup> Esta connotación resulta acorde con investigaciones antropológicas, donde se demuestra que el parentesco es tan solo una construcción cultural de occidente y que por tanto no es universal ni incuestionable.<sup>57</sup>

#### **1.2.4 Familia de crianza**

Al haberse prestado más atención a la realidad que a los componentes culturales patriarcalistas y a las normas con más de un siglo de vigencia como el Código Civil; las interpretaciones de la Constitución de 1991, han realizado un reconocimiento jurídico mucho más extenso y proteccionistas que abarca a la familia de crianza.

Este modelo responde a la separación entre un menor de edad y su familia biológica o extensa<sup>58</sup>, donde es cuidado por un núcleo distinto durante un extenso periodo, el cual es suficiente para desarrollar fuertes vínculos afectivos entre éste y los demás miembros de la familia. En ocasiones y en atención al interés superior del menor, esta institución

---

<sup>56</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-572 de 2009*.

<sup>57</sup> José Ignacio Pichardo Galán, *Entender la diversidad familiar - Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia* (Barcelona: Bellaterra, 2009), 20. “El parentesco vinculado al concepto de consanguinidad, se encuentra sostenido sobre la dicotomía entre naturaleza y cultura. Esta concepción deriva de un modelo de organización social que comporta determinadas normas, leyes, tradiciones, instituciones y prácticas sociales supuestamente fundamentadas en una realidad previa de carácter biológico, pero que es plenamente refutable.

<sup>58</sup> En sentencia de Revisión de Tutela T-572 del año 2009, con ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto, la Corte aludió a las directrices de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-17 de 2002, sobre “La condición jurídica y los derechos humanos del niño”. La misma, establece que “cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el desplazamiento de un lugar a otro”.



puede ser preferida frente a la biológica, para impedir una perturbación seria en los sólidos lazos psicológicos y sentimentales que se han germinado dentro de ella.<sup>59</sup>

La decisión excepcional del Estado para separar a un menor de su familia de origen (la cual cuenta con una presunción constitucional a su favor),<sup>60</sup> se da en aplicación de las Medidas de Restablecimiento de Derechos consagradas en el artículo 53 de la Ley de Infancia y Adolescencia.<sup>61</sup> Las mismas procuran alejarlo (a) de serios conflictos que pongan en riesgo la garantía de su desarrollo armónico.

Para la Corporación es claro que la interrupción de los beneficios de la familia biológica sobre el menor, no se derivan de su ineptitud para fomentar su sano crecimiento sino, que

“[L]as características de los vínculos entre el niño y sus cuidadores de hecho, es lo que debe ocupar la atención de las autoridades llamadas a tomar una decisión. Lo contrario equivaldría a otorgar a los derechos de la familia biológica un alcance absoluto que no les corresponde y que pueden lesionar en forma irremediable los derechos prevalecientes de los niños implicados.”

Este tipo de amparo resulta congruente con la “familia de elección”, denominada así por Kath Weston, quien la concibe mucho más allá del nexo con los congéneres y la

---

<sup>59</sup> Véase en sentencias T-292 de 2004, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa y T-459 de 1997, Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>60</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-292*, Manuel José Cepeda Espinosa (Bogotá: 2004). “En anteriores oportunidades, esta Corporación ha explicado que existe una presunción constitucional a favor de la familia biológica, en el sentido de que es este grupo familiar el que, en principio y por el hecho físico del nacimiento, se encuentra situado en una mejor posición para brindar al menor las condiciones básicas de cuidado y afecto que requiere para desarrollarse.”

<sup>61</sup> Colombia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto 6 de 2013 (Bogotá: enero 6 de 2013): <[http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000006\\_2013.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000006_2013.htm)>. “Las medidas de restablecimiento de derechos son decisiones de naturaleza administrativa que decreta la autoridad competente para garantizar y restablecer el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Pueden ser provisionales o definitivas, deberán estar en concordancia con el derecho amenazado o vulnerado y garantizar, en primer término, el derecho del niño, la niña o el adolescente a permanecer en el medio familiar.”

pareja, al encontrarse integrada por redes de amistades y de convivencia cercana, donde no existe ningún tipo de parentesco entre sus integrantes.<sup>62</sup>

Los vínculos afectivos como el amor, la confianza y la ayuda mutua, fueron reconocidos por el precedente constitucional como sentimientos que se anteponen al modelo hegemónico, comprendido a partir de la heterosexualidad, la afinidad, el matrimonio y sus fines reproductivos.

### **1.2.5 Familia extensa**

Reconocida formalmente como aquella institución que salvaguarda la unidad familiar y extiende los vínculos de responsabilidad a los parientes según la escala sucesoral regulada en el artículo 61 del Código Civil colombiano, tal y como lo establece el artículo 58 del Código de la Infancia y Adolescencia, Ley 1098 del 2006<sup>63</sup>.

La familia extensa o también llamada “troncal” se encuentra integrada por las personas más cercanas al núcleo familiar, como hermanos, tíos, primos y abuelos. Este tipo de relaciones crean una importante red de apoyo con sus miembros, al brindarse ayuda en la crianza y sostenimiento de los hijos.

---

<sup>62</sup> Kath Weston, *Las familias que elegimos: lesbianas, gays y parentesco* (Barcelona: Bellaterra, 2003), 145.

<sup>63</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 57 de 1887*, artículo 61: En la citación de parientes. En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: 1. Los descendientes. 2. Los ascendientes a falta de descendientes legítimos. 3. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes legítimos. 4. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o, 2o y 3o. 5. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o, 2o, 3o y 4o. 6. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores. 7. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

Si la persona fuere casada, se oirá también en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos.

La consagración legal de la familia extensa es tenida en cuenta en procesos de sucesión y en medidas de restablecimiento de derechos de los menores cuando la familia nuclear no provee las condiciones necesarias para el desarrollo integral de los mismos.

Sin embargo este concepto la restringe y no define su alcance real, por ello en el último capítulo de la presente investigación, volverá a mencionarse para demostrar que en lugares como el Pacífico colombiano sus características la convierten en una red mucho más compleja que desborda lo regulado por el Derecho civil.

### 1.2.6 La familia conformada por parejas de personas del mismo sexo

El imaginario colectivo de la sociedad colombiana conserva un marcado componente patriarcal y machista.<sup>64</sup> El mismo reprodujo durante décadas, actitudes y decisiones discriminatorias en desmedro de los derechos de las personas pertenecientes a la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transgeneristas e intersexuales (LGBTI).<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Eleonor Faur, “Género, masculinidades y políticas de conciliación familia – trabajo”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valleres, *El género en el derecho. Ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNIFEM, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 519.

<sup>65</sup> Mauricio Albarracín Caballero y otros, *Derechos humanos: de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007 / Investigación y textos* (Bogotá: Colombia Diversa, 2008), 12. “Las organizaciones defensoras de los derechos humanos utilizan habitualmente la sigla LGBTI, en español, para referirse a las personas con orientación sexual homosexual, bisexual o con una identidad de género diferente... **Lesbianas:** mujeres que se reconocen como tales, que se sienten permanentemente atraídas de forma erótica, afectiva por otras mujeres y que viven su sexualidad en ese sentido. **Hombres gay:** hombres que se reconocen como tales, que sienten exclusivamente atracción erótica por otros hombres y desarrollan su vida sexual en ese sentido. **Bisexuales:** hombre y mujeres que se sienten atraídos erótico- afectivamente tanto por personas del mismo sexo como del sexo opuesto. **Transgeneristas:** esta categoría tiene que ver con la identidad sexual y de género más que con la orientación sexual (L, G ó B). Incluye travestis, transexuales y transformistas. De esta categoría hacen parte las personas que transitan por su identidad sexual con o sin intervención quirúrgica. **Transexuales:** personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto y que optan por una intervención médica – hormonal, quirúrgica o ambas- para adecuar su apariencia física, biológica – a su realidad psíquica, espiritual y social. **Travestis:** personas que expresan su

En las principales ciudades del país se demuestra que los derechos de estas minorías no solo se ven transgredidos por el actuar de la ciudadanía, sino que las instituciones estatales coadyuvan a que fenómenos como la segregación, la violencia y el abuso persistan.<sup>66</sup>

Paradójicamente a 2014 el panorama jurídico revela algunos avances en materia de reconocimiento y protección de derechos humanos para este sector de la población. La visibilización de sus condiciones de vida ha permitido extenderles prerrogativas en diversos ámbitos del Derecho, como una muestra de reivindicación por parte del Estado y de la misma sociedad que tradicionalmente los ha estigmatizado.<sup>67</sup>

A continuación se describirán los principales antecedentes sociales que promovieron el reconocimiento de principios y garantías igualitarias a partir de los postulados igualitarios propugnados por la Constitución de 1991 y su posterior desarrollo en favor de estas minorías.

---

identidad de género, de manera permanente o transitoria, mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del otro género. **Intersexuales o hermafroditas:** personas que biológicamente desarrollan las características físicas y genitales de los dos sexos”.

<sup>66</sup> Viviana Bohórquez Monsalve y Mauricio Albarracín Caballero, “Orden sin libertad: abusos policiales contra lesbianas, gay, bisexuales y personas trans”, en *Impunidad sin fin – Informe de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia 2010-2011*, Colombia Diversa (Bogotá: Colombia Diversa, 2013), 42. La Organización No Gubernamental “Colombia Diversa” que defiende los intereses de los LGBTI en Colombia ofrece denuncias y un sinnúmero de atropellos, homicidios y transgresiones por parte de las autoridades en contra de la población transgeneristas y homosexual en ciudades como Bogotá, Cali y Medellín. “El abuso policial debe ser entendido como el conjunto de acciones y omisiones constitutivos de violaciones de derechos humanos contra este grupo de personas por parte de agentes de la Policía en ejercicio de sus funciones”

<sup>67</sup> Un ejemplo de discriminación en contra de estas comunidades es el Código Penal de 1936 que imperó hasta inicios de la década de los 80 y que concebía a las prácticas homosexuales como un delito contra la libertad y el honor sexuales. Sólo fue hasta la entrada en vigencia del Decreto 100 de 1980 que fueron despenalizadas.

### **1.2.6.1 El movimiento LGBT y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico colombiano**

Desde la década de los años 70, la comunidad de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas de Colombia han promovido importantes transformaciones en el ordenamiento jurídico con miras al reconocimiento de sus derechos fundamentales.

El germen de dicho movimiento se localiza en la ciudad de Bogotá en razón de su densidad poblacional, que la convierte en la metrópoli más importante del país, la sede de las principales autoridades del orden nacional y por encontrarse más expuesta a los cambios y repercusiones de culturas e ideologías del exterior por su carácter cosmopolita.

Con el fin de conocer la historia del movimiento LGBT, Manuel Antonio Velandia, reconocido activista y fundador de este proceso, establece que el mismo fue impulsado por las corrientes de liberación femenina, el hippismo, la revolución sexual e ideales marxistas propugnados en la década de los 60's y que se materializaron en Colombia a comienzos de los años 70's, como una forma de reivindicar derechos y oportunidades que la Constitución de 1886, de corte católico, no reconocía para este grupo minoritario.<sup>68</sup>

La participación de sectores académicos provenientes de las más reconocidas universidades de la capital colombiana, así como la incursión de intelectuales, artistas y políticos de izquierda, permitieron en la década de los 80's la despenalización de las conductas homosexuales en el país, así como encuentros culturales y de visibilización como marchas y protestas pacíficas.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Manuel Antonio Velandia Mora, "Del bombillo rojo a otras señales de discriminación" (Octubre:2008):<<http://manuelvelandiaautobiografiayarticulos.blogspot.com/2008/03/del-bombillo-rojootras-seales-en-la.html>>

<sup>69</sup> Carlos Alberto Gámez Rodríguez, "Logros y desafíos del movimiento LGBT de Bogotá para el reconocimiento de sus derechos - Una mirada desde la acción colectiva, las estructuras de

A partir del hito que representó la Carta, en la década de los 90's incursionaron en este proceso de lucha importantes colectivos de trabajo como la fundación "Triángulo Negro", el Grupo de Apoyo y Estudio de la Diversidad de Orientación Sexual de la Universidad Nacional "GAEDS- UN" en 1995, y el Grupo de apoyo a la Diversidad de la Orientación Sexual "GADOS" de la Universidad de los Andes en 1994. Estas colectividades se convirtieron en espacios de diálogo, análisis crítico y de socialización de la realidad que debían afrontar las minorías por opción sexual<sup>70</sup>, las cuales hasta ese entonces eran invisibilizadas y carecían de toda clase de garantías.

Gracias al apoyo de la alcaldía de Bogotá para los años 1996 y 1998, así como de un importante número de personas y grupos de activistas, que promovieron la "Mesa LGBT" y "Planeta Paz", espacios de gran importancia en el intercambio de saberes y generación de soluciones y políticas públicas en pro de esta comunidad,<sup>71</sup> las reivindicaciones de derechos fundamentales individuales comenzaron a llegar.

La Corte Constitucional en cabeza de Carlos Gaviria Díaz, emitió los primeros pronunciamientos jurídicos en favor del respeto y la garantía del pluralismo cultural de la nación colombiana, lo que permitió un importante desarrollo de los derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la prohibición de discriminación en razón de la opción sexual de la persona. El inicio de tales reconocimientos amparó un espectro individual y no en favor de la pareja, pues hasta el momento la noción de familia imperante aludía a la estructura exclusiva entre un hombre y una mujer.

---

oportunidad y la política cultural", (tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008),11-14:< <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis178.pdf>>.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, 24-29.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, 30. Principales actores del movimiento LGBT en Colombia: ONG Mujeres Al Borde, Cotransgénero, Triángulo Negro, Adalid, GAEDS, el Discípulo Amado, la Liga De Lucha Contra El Sida, Proyecto Agenda, Transer y, personas como Marcela Sánchez, Camila Esguerra, Marina Talero, José Fernando Serrano, Carlos Alejandro Días (Charlotte), Germán Rincón Perfetti, Elizabeth Castillo, Mauricio Albarracín entre otros

Posteriormente y gracias a la Organización No Gubernamental “Colombia Diversa”, fundada en 2004 en la ciudad de Bogotá, se formularon estrategias de litigio ante la Corte Constitucional a través de acciones de inconstitucionalidad y de tutela, con la ayuda de la Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Los Andes y Externado, con el fin de que intereses personales y patrimoniales de la unión entre homosexuales resultaran amparados por el Estado.

Los resultados del anterior trabajo mancomunado se materializaron en el año 2007, cuando el Ato Tribunal cambió su línea jurisprudencial y salvaguardó los derechos de carácter económico de estas uniones, de ahí en adelante.

#### **1.2.6.2 La Constitución del 91, garante de los derechos de las minorías sexuales**

La Carta Política de 1991 al fundar un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho impuso a las autoridades el compromiso de satisfacer los intereses de los grupos sociales más desfavorecidos. Además edificó el ordenamiento sobre la dignidad humana, el pluralismo y la igualdad.<sup>72</sup>

Para el intérprete autorizado de la Carta, la dignidad es inescindible con el libre desarrollo de la personalidad, al permitir la autodeterminación del individuo y generar la capacidad de construir su propio proyecto de vida.<sup>73</sup> La Corte Constitucional realizó este análisis a partir de la autonomía y libertad que poseen las personas homosexuales para manifestar su orientación sexual, como expresión de la diversidad cultural y el pluralismo. En sus palabras:

---

<sup>72</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-288*, Luis Ernesto Vargas Silva (Bogotá: 2012): < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-288-12.htm>>.

<sup>73</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-481 de 1998*, Alejandro Martínez Caballero (Bogotá: 1998): < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm>>.

“[L]as manifestaciones de diversidad se encuentran amparadas constitucionalmente y son insuprimibles por la voluntad democrática, entre ellas se encuentra sin lugar a dudas la opción por una preferencia sexual, que al ser una decisión soberana del individuo, no concierne al Estado, que ha de permanecer neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social”<sup>74</sup>

Lo anterior da paso a la igualdad que se desarrolla conforme a las siguientes garantías: igualdad de oportunidades, igualdad real y efectiva y la adopción de tratamientos diferenciados.<sup>75</sup> El artículo 13 constitucional establece como obligación del Estado adoptar acciones afirmativas a favor de grupos tradicionalmente discriminados y de personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta por razones de sexo<sup>76</sup>, raza, origen nacional o familiar, lengua religión, opinión política o filosófica.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> *Ibíd.*

<sup>75</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-229*, Luis Ernesto Vargas Silva (Bogotá: 2011): < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-229-11.htm>>. El derecho a la igualdad se traduce en identidad de trato para personas en una misma situación y en la divergencia de tratamiento si las características de los hechos son diferentes. El legislador debe responder a estos parámetros y puede ofrecer tratamientos diferenciados entre personas en igualdad de condiciones pero que desde la óptica jurídica, sean realidades diferentes. Así mismo, puede brindar tratamientos diversos “para sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, pero siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique”.

<sup>76</sup> José Francisco Castro Castro, “Discriminación en las relaciones laborales”, en *Boletín Dirección del Trabajo*, 146 (Chile: 2001), 13-14:< [http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles-65173\\_recurso\\_1.pdf](http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf) >. La categoría de sexo, además de comprender a la mujer y el hombre, ampara a las minorías sexuales, definidas por Claudio Kiper como “grupos de personas que se enfrentan de forma permanente, implícita o explícitamente, al orden establecido y que se niegan a desempeñar el papel que les ha sido atribuido en su calidad de hombre y mujer (homosexuales por ejemplo); y se organizan, cuando tienen esa posibilidad, para reivindicar la satisfacción de sus necesidades específicas, y para ayudarse mutuamente.”

<sup>77</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-098*, Eduardo Cifuentes Muñoz (Bogotá: 1996). En esta decisión la Corporación prohibió la subyugación legal de una minoría en razón de “que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría.”



### 1.2.6.3 Amparo constitucional desde el ámbito individual

Frente al reconocimiento de la familia integrada por parejas de personas del mismo sexo, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional se divide en dos momentos, antes y después de la sentencia de constitucionalidad C-075 de 2007<sup>78</sup>. Desde un espectro de protección individual y posteriormente, con el fallo indicado, desde una concepción de pareja.

Entrada en vigencia la Constitución del 91 se ventilaron en la Corporación varios casos de discriminación directa.<sup>79</sup> Los accionantes manifestaron la vulneración de derechos fundamentales individuales como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad de quienes profesaban una identidad y orientación sexual diversa.<sup>80</sup> Entre los pronunciamientos emblemáticos de la Corte Constitucional, que conjuraron tales transgresiones, figuran las sentencias T-594 de 1993 y el fallo de constitucionalidad C-481 de 1998.

El primero de ellos accedió a la pretensión del demandante para sustituir su nombre por el de mujer, al protegerse la individualidad<sup>81</sup> y el libre desarrollo de la

---

<sup>78</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-075*, Rodrigo Escobar Gil (Bogotá: 2007): <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>>.

<sup>79</sup> Julieta Lemaitre, *Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: casi una narrativa de progreso* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2005), 181 - 217. Discriminación explícita o directa es aquella que se produce por el sólo hecho de ser homosexual. En cambio la discriminación implícita o indirecta, se da cuando la ley otorga prerrogativas a parejas heterosexuales excluyendo a las del mismo sexo.

<sup>80</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-481 de 1998*, “La identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueña de sí, de sus actos y de su entorno, en ocasión a ello la identidad sexual corresponde a uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra identificación como personas singulares es nuestra identidad sexual, la cual se refiere al hecho de que una persona se siente partícipe de un determinado género con el cual se identifica. La orientación o preferencia sexual hace relación a las preferencias eróticas del individuo.”

<sup>81</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-594*, Vladimiro Naranjo Mesa (Bogotá: 1993). “[L]a trascendencia distintiva del individuo frente a los demás, jurídicamente se expresa como la facultad que posee de proclamar su singularidad. Ontológicamente supone la exteriorización de la singularidad distinta del individuo y desde el punto de vista jurídico, el derecho al

personalidad, entendido como la ejecución del proyecto de vida que tiene el ser humano para sí, en razón de su autonomía. La Corporación estableció que el alcance de este derecho permite que la persona desarrolle su forma de ser como le plazca. Sin coacción, ni impedimentos injustificados. Sólo con los derechos de los demás y el orden público como limitantes.<sup>82</sup>

La decisión en sentencia C-481 declaró inexecutable el apartado del Decreto 2277 de 1979, que controla disciplinariamente el ejercicio de la docencia y que concebía a la homosexualidad, como causal de mala conducta.<sup>83</sup> El fallo determinó que la restricción era inadmisibles por violentar los derechos a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, además de representar una carga desproporcionada en desmedro de las personas con orientaciones sexuales diversas.

En este caso la Corte consideró que el único objetivo de la expresión acusada era el de legitimar los prejuicios y estigmatización en contra de la población LGBTI mas no el de proteger los derechos de los menores, pues la sola presencia de docentes con una preferencia sexual diferente no los afectaba ni ponía en riesgo.<sup>84</sup>

---

reconocimiento de su particularidad y la exigencia de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás”

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> Colombia, Ministerio del Interior de la República, Decreto 1726, Diario Oficial No. 42.040, (Bogotá: 06 de Octubre de 1995), Art. 46. Causales de Mala Conducta. “Los siguientes hechos debidamente comprobados, constituyen causales de mala conducta: [...] b. - El homosexualismo, o la práctica de aberraciones sexuales.”

<sup>84</sup> *Ibíd.* La sentencia trajo consigo una serie de definiciones dogmáticas que enriquecieron el conocimiento, interpretación y su aplicación en el ámbito jurídico, tales como: identidad personal (se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueña de sí, de sus actos y de su entorno), identidad sexual (corresponde a uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra identificación como personas singulares es nuestra identidad sexual, la cual se refiere al hecho de que una persona se siente partícipe de un determinado género con el cual se identifica) y orientación o preferencia sexual (hace relación a las preferencias eróticas del individuo. Sin embargo, en general las doctrinas coinciden en que, a pesar de esa distinción, la orientación o preferencia sexual es un elemento esencial de la manera como una persona adquiere una identidad sexual.

Frente al vacío legislativo que aún persiste en Colombia, en materia de derechos para las parejas integradas por personas del mismo sexo,<sup>85</sup> en 1996 se registró el primer intento por conseguir su amparo y reconocimiento jurídico, a través de la jurisprudencia constitucional. En esta oportunidad el problema que enfrentó la Corte, fue establecer si el legislador al regular en términos de equidad y de justicia las relaciones patrimoniales entre uniones heterosexuales, debió incluir o no a las uniones homosexuales bajo los postulados de la Ley 54 de 1990.<sup>86</sup>

La decisión en sentencia C-098 de 1996, circunscribió a la familia nuclear como única destinataria de los beneficios patrimoniales de la unión marital de hecho.<sup>87</sup> En una interpretación heteronormativa<sup>88</sup> del artículo 42 constitucional, la Corporación aclaró que la finalidad de la ley 54 del 90 era amparar el concepto de familia incoado por el ordenamiento superior, es decir el integrado por hombre, mujer e hijos. Este precedente se mantuvo en años subsiguientes, en donde se negó la protección o la declaratoria de inexecutable de leyes, cuando las demandas involucraran derechos de las uniones entre homosexuales.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> Al año 2014 no se registra ninguna ley en el ordenamiento jurídico colombiano que reconozca derechos personales y patrimoniales para este tipo de uniones.

<sup>86</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 54 de 1990*, Diario Oficial 39615 (Fecha de Entrada en Vigencia 31 de diciembre de 1990). “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.” La Corte Constitucional debió establecer si esta consagración podía extenderse a las relaciones entre homosexuales, pues eventualmente podía predicarse de ellas una comunidad de vida permanente y singular, apoyada en la solidaridad y en vínculos afectivos.

<sup>87</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C- 098.

<sup>88</sup> José Ignacio Pichardo Galán, *Entender la diversidad familiar - Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*, 146. Para la antropología la heteronormatividad no sólo concibe la división de la sociedad en hombres y mujeres sino que los mismos se atraen sexualmente. Situación que se considera natural, saludable, moralmente positiva y saludable. Por lo tanto las demás formas de manifestar la sexualidad, es contra natura, pecaminosa y merece censura social.

<sup>89</sup> En esta línea se encuentran los fallos de revisión de tutela T-999 de 2000 y T-1426 de 2000. La sentencia de unificación SU- 623 de 2001 y por último la decisión en sentencia de constitucionalidad C-814 del año 2001, donde se negó la posibilidad de la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo.

#### 1.2.6.4. Primer reconocimiento como pareja

En el año 2007 mediante sentencia de constitucionalidad C-075, la Corte Constitucional extendió el régimen de sociedad patrimonial consagrado en la Ley 54 de 1990 tal y como fue modificada por la ley 979 del 2005,<sup>90</sup> a las uniones homosexuales en razón del déficit de protección<sup>91</sup> en el que se encontraban.

El análisis de fondo realizado por el Alto Tribunal determinó que la normativa era discriminatoria al proteger exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluir injustificadamente a las parejas integradas por personas del mismo sexo.

La Corporación tuvo en cuenta que en la realidad social existen parejas conformadas por personas homosexuales que presentan requerimientos similares de protección, frente a las uniones de hecho entre hombres y mujeres, en materia patrimonial. Así y sin desmeritar que el régimen de compañeros permanentes expedido en el año 90, tiene como fin proteger a la familia (entendida aún como la unión entre hombre y mujer), se debía tener en cuenta que actualmente cobra mayor relevancia la salvaguarda de la situación patrimonial de los integrantes de la pareja cuando termina la cohabitación.

---

<sup>90</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 979 de 2005*, Diario Oficial 45982 de junio 27 de 2005, (27 de Julio de 2005). “Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.” Los cuales se guían por las normas de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

<sup>91</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-07*. Es el vacío del régimen jurídico que desampara a individuos cuya protección es un imperativo constitucional. Para el caso se trata de omisiones en la legislación que excluyen a las parejas del mismo sexo del goce de derechos a los que pueden acceder las uniones heterosexuales. Ejemplo: en el caso del régimen patrimonial, dicho déficit se produce por el desconocimiento que el legislador hace de la realidad fáctica de la pareja homosexual, “... de la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación sino es a través de procedimientos no específicos y altamente engorrosos, y de las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes de la pareja. Según la Corporación el déficit de protección en materia patrimonial afecta la dignidad de los integrantes de las uniones homosexuales, pues al impedir que sus relaciones sentimentales tengan consecuencias jurídicas se involucra la dignidad de sus integrantes al no ofrecerse respuestas adecuadas por parte del Estado que remedien sus controversias.

Por ello no se podía pasar por alto que junto a las uniones heterosexuales coexisten las conformadas por personas del mismo sexo, las cuales al igual que las primeras, integran una comunidad de vida, singular, permanente, “constituyen una opción válida a la luz del ordenamiento superior” y pueden generar un patrimonio que requiere de reconocimiento jurídico para disolverlo, liquidarlo o en su defecto heredarlo, si por cualquier causa termina la convivencia.

Además la Corporación reprochó la ausencia de reconocimiento de las relaciones patrimoniales entre los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo en Colombia. El vacío legal frente al tema resulta una imperfección censurada por los principios superiores, al ser inadmisibles que los efectos patrimoniales de la vida en pareja sean predicables de un solo tipo de unión, omitiendo a otras como las homosexuales, que poseen presencia en la realidad social y amparo constitucional en razón a su dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la proscripción de discriminación.

Aunque al juez constitucional le esté vedado establecer el tipo y grado de protección requeridos por grupos como las parejas homosexuales, el juzgador posee la competencia para evaluar el amparo solicitado con fundamento en la salvaguarda de los derechos fundamentales y el límite que éstos imponen a la configuración legislativa, lo que para el caso justificó su intervención.

Ante esta argumentación se declaró la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido que ampara en igualdad de condiciones a este tipo de parejas. Aunque a través del fallo sólo se les extendió un derecho de la amplia gama que poseen los compañeros permanentes, la sentencia C-075 representó su primer punto de homologación frente a las uniones heterosexuales, en un camino que desembocó en 2011 con la declaración de su estatus como familia.

#### **1.2.6.4.1 Los efectos de la sentencia C-075 de 2007**

Los alcances proteccionistas de esta sentencia se reflejaron en pronunciamientos de constitucionalidad posteriores, donde se la acogió como referencia obligada para argumentar, en razón de los requerimientos análogos de protección y el déficit de protección de los compañeros (as) homosexuales, la extensión de beneficios en todos los ámbitos del Derecho.

Este nuevo precedente se desarrolló en los fallos C-811 de 2007 y C-336 de 2008, en donde se extendió la posibilidad de que el compañero (a) permanente homosexual y cotizante, pudiera afiliarse como beneficiario (a) del régimen en salud y en pensión de sobrevivientes a su pareja.

En sentencia C-029 de 2009 se demandaron 26 normas, entre ellas, leyes y decretos que regulan beneficios y cargas jurídicas para compañeros permanentes heterosexuales en materia civil, penal, de seguridad social, derecho migratorio, administrativo, entre otros ámbitos. La decisión declaró la constitucionalidad condicionada de todos los apartes demandados, en el entendido que amparaban de igual forma a las parejas de personas del mismo sexo.

Para la Corte Constitucional estos pronunciamientos se vieron inmersos en contenidos netamente patrimoniales, por lo que resultó innecesario abordar el concepto de familia. Sin embargo la argumentación utilizada en cada uno de ellos, cita términos que caracterizan a esta institución como los vínculos afectivos, el proyecto de vida en común, la solidaridad, el socorro y la ayuda mutua. Lo que evidencia un reconocimiento implícito de estas uniones bajo este estatus, mucho antes de su declaración expresa en 2011.

### 1.2.6.5 El reconocimiento expreso del estatus de familia

A través de la sentencia C-577 proferida en el año 2011<sup>92</sup>, la Corte Constitucional reconoció que el concepto de familia es sociológico y versátil, al atender a la realidad del contexto antes que a las formalidades e ideales del Derecho. Por ello determinó que dicha concepción involucra también a las relaciones sentimentales entre personas homosexuales.

Los hogares monoparentales, extensos, ensamblados y demás, dan cuenta de la transformación social y por ello merecieron amparo jurídico bajo el concepto de familia. Por lo tanto resultaba reprochable que no se le brindara este mismo tratamiento a las parejas del mismo sexo, cuando de ellas se puede predicar en igualdad de condiciones la unión de lazos afectivos, la edificación de un plan de vida, la ayuda mutua entre otras particularidades propias de esta institución.

Para el Alto Tribunal el concepto de “cadena compleja de transiciones familiares”, establece que la conformación de la familia es flexible y maleable, dependiendo de la interacción de sus integrantes. Esta definición concuerda con los estudios recientes sobre la familia, que la conciben como sistema abierto e influenciado por los cambios que obtiene del contexto en donde se desarrolla.<sup>93</sup> Por ello ni la heterosexualidad de la pareja ni la consanguinidad son requisitos que se presentan en los hogares.

---

<sup>92</sup> La sentencia C-577 de 2011 es el resultado de dos demandas de inconstitucionalidad en contra de las expresiones: “hombre y mujer” y “procrear” contenidas en las disposiciones que regulan la figura del matrimonio, artículo 113 del Código Civil, el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009. La decisión de la Corte fue declarar exequible el apartado que alude al matrimonio civil pues tal y como se encuentra consagrado, éste sólo procede para uniones heterosexuales. Sin embargo la Corporación brindó un término perentorio hasta el año 2013, con el fin de que el Congreso de la República legislara y creara una figura jurídica que solemnizara la unión entre parejas homosexuales, si tal situación no se llegara a efectivizar, tal y como sucedió, se encontraban legitimadas para acudir a las notarías y juzgados y formalizar su unión. En la actualidad el tema se encuentran en debate.

<sup>93</sup> Adelina Gimeno Collado, *La familia el desafío de la diversidad*, 35.

La Corte declaró que la diversidad en la estructura de la familia, así como su protección, no depende de una consagración expresa en la Carta o de su reconocimiento social. El patrón que se presenta en la clasificación de la familia, incluso en la conformada por parejas del mismo sexo, es de tipo emocional y afectivo. En consecuencia:

“[P]rocede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia y que, existiendo entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación de permanencia, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado.”

En el año 2013 el Consejo de Estado reafirmó lo dicho por el juez constitucional al dejar en claro que el reconocimiento de la familia “no requiere una declaración formal, sino un vínculo afectivo, que nace de la decisión libre de tejer lazos de solidaridad, apoyo, cariño, amor y convivencia.”<sup>94</sup> Para el órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa se hace necesario derribar los obstáculos que impiden la conformación de una familia por cualquier criterio sospechoso de discriminación<sup>95</sup> como la preferencia sexual.

---

<sup>94</sup> Colombia, Consejo de Estado - Sección Tercera, *Sentencia 19001233100020010075701 (31252)*, Enrique Gil (Bogotá: julio 11 de 2013).

<sup>95</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-481*. O también llamada Teoría de las Categorías Prohibidas de Clasificación, originaria de la Corte Suprema de Estados Unidos y aceptada por la mayoría de tribunales constitucionales y de derechos humanos del mundo, “se basa en la constatación de que determinados grupos sociales en el pasado han sufrido un trato vejatorio y han sido objeto de permanente expoliación y persecución, lo cual explica ‘su postración actual’. Ahora bien, el derecho constitucional contemporáneo, entiende como criterios sospechosos de clasificación, aquellas categorías que: I. Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; II. Las mencionadas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas. III. No



Esta nueva interpretación es el resultado del fenómeno conocido como “Constitución Viviente” que ha adecuado el sentido de las cláusulas constitucionales a la realidad. Éste convoca al dinamismo de la Carta al establecer que en un momento dado, una interpretación de la Corte basada en contenidos normativos y valorativos pasados, puede resultar insostenible en la actualidad, si se descartan los cambios económicos, sociales, políticos y culturales del país.<sup>96</sup>

### **1.3 Una decisión ajustada a los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**

La superación del concepto heteronormativo de familia del ordenamiento colombiano, es una decisión que resulta acorde con los recientes estándares emitidos por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Comisión y Corte Interamericana. Los mismos han propugnado por una connotación amplia y diversa frente a la familia y por supuesto abogan por la erradicación de la discriminación en razón de la orientación e identidad sexual del individuo.

El caso de Karen Atala y niñas contra Chile<sup>97</sup> en el año 2012; la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez<sup>98</sup> de 2013 proferida por la Comisión y la reciente Resolución que versa sobre los derechos de las comunidades LGBTI, acordada en la última asamblea de

---

constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”

<sup>96</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-570*, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Bogotá: 2012): <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-570-12.htm>>.

<sup>97</sup> Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*, Fondo Reparaciones y Costas (24 de febrero de 2012): <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)>.

<sup>98</sup> Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho del niño y la niña a la familia – Cuidado alternativo poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, preparado por la Relatoría de los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 17 de octubre de 2013: <<http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>>.

la OEA, en Paraguay en 2014<sup>99</sup>; figuran como los principales avances en materia de protección de derechos humanos a favor de la familia, el interés superior del menor y la defensa de los derechos de las personas homosexuales.

### **1.3.1 Afinidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos y la sentencia C-577 de 2011**

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica representa el compromiso de los Estados de la región para defender y proteger los derechos humanos, superar la impunidad y la represión ejercida en épocas pasadas.

El Estado colombiano al ser su signatario<sup>100</sup> tiene el deber de garantizar el derrotero de derechos en ella estipulados, en beneficio de su población y sin realizar ningún tipo de discriminación.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Colombia Diversa, *Triunfo de derechos LGBTI en la Asamblea de la OEA en Paraguay*: <<http://www.colombia-diversa.org/2014/06/triunfo-de-derechos-lgbti-en-la.html>>. Del 3 al 5 de junio de 2014 se celebró en Asunción de Paraguay la 44ª Asamblea Ordinaria de la Organización de Estados Americanos (OEA), bajo el lema “Desarrollo con Inclusión Social”, donde se acordaron 10 elementos fundamentales de la Resolución de “Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género”: 1.) Condenar todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. 2) Evitar interferencias en la vida privada de lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI). 3) Adopción de políticas públicas contra la discriminación a causa de la orientación sexual e identidad o expresión de género. 4) Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas por causa de la orientación sexual e identidad o expresión de género. 5) Producir datos sobre violencia homofóbica y transfóbica para crear políticas públicas. 6) Asegurar protección a defensores de derechos humanos de la población LGBTI. 7) Proteger derechos de personas intersex e implementar prácticas médicas que respeten los derechos humanos. 8) Solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que continúe trabajando por los derechos LGBTI y siga preparando un informe sobre este tema en la región. 9) Solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que realice un estudio sobre las leyes discriminatorias de los países de la región. 10) Invitar a los Estados a firmar y ratificar la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Lo anterior originó a la vez en el mes de septiembre, la expedición de la resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas que combate la violencia y la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

<sup>100</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 16 de 1972 (Diciembre 30)*, Diario Oficial 33.780 de febrero 5 de 1973, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".

Por ello el precedente iniciado por la sentencia C-577 del año 2011, que acepta y reconoce que la familia entre personas del mismo sexo es una institución igualmente válida frente a la conformada por hombre y mujer; simboliza, en principio el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 1.1. del tratado.<sup>102</sup>

### **1.3.1.1 Derecho a la dignidad humana**

En virtud de este valor el individuo posee la plena capacidad para emprender sus planes de vida de acuerdo a las convicciones y preferencias que predique. Para la Corte Interamericana, la dignidad representa una dimensión más amplia, ya que:

“[L]a persona se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí misma, y que lo cumple a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad, en efecto es la persona humana, esencialmente dotada de dignidad, la que articula, expresa e introduce el ‘deber ser’ de los valores en el mundo de la realidad en que vive y solo es ella capaz de eso, como portadora de dichos valores éticos.”<sup>103</sup>

Este estándar se encuentra reflejado en la sentencia C-577, pues reconoce el estatus de familia a las parejas de personas del mismo sexo e incita a quienes ostentan una orientación sexual diversa a que emprendan su proyecto de vida sin ningún tipo de

---

<sup>101</sup> Organización de Estados Americanos, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 1.1.

<sup>102</sup> *Ibíd*, artículo 1 numeral 1: “Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

<sup>103</sup> Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva N°17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*

restricción y con la plena seguridad de que su relación sentimental generará efectos jurídicos.<sup>104</sup>

### **1.3.1.2 Derecho a la igualdad**

Según Opinión Consultiva 4 de 1984, para la Magistratura Internacional el derecho a la igualdad se encuentra directamente vinculado con la dignidad de la persona, lo que implica que toda situación en donde se considere superior a un grupo determinado y se le otorgue privilegios en desmedro de otro sector es incompatible con el presente derecho. Lo que aplica igualmente a la inversa, si se llegare a considerar a un grupo inferior y se le discriminara del goce de derechos que se reconocen a las mayorías.

Por otro lado, el mandato de no discriminación (artículo 1.1 de la CADH) obliga al Estado a respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención de forma enunciativa, dejando abierta la posibilidad de múltiples variables que puedan ser objeto de segregación, tal y como es la orientación sexual diversa.<sup>105</sup>

Al hacer parte del *Ius Cogens*, el derecho a la igualdad permea y sobre él reposa todo el ordenamiento jurídico del orden público nacional e internacional, por consiguiente, los Estados se encuentran en la obligación de no introducir en su sistema

---

<sup>104</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-577 de 2011*. “La familia es una realidad dinámica, en donde cobra especial relevancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y la intimidad, haciéndola objeto de una protección constitucional (art 42 y 5); dicho régimen busca lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tiene derecho cada uno de sus integrantes, aspecto este donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones.”

<sup>105</sup> Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 16 de 1999*, “La redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.”

normativo medidas discriminatorias y eliminar las regulaciones que puedan considerarse así. Por ello deben establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.<sup>106</sup>

El reconocimiento del estatus de familia a parejas conformadas por personas del mismo sexo efectivizó el anterior imperativo y a la vez, transformó el ordenamiento jurídico colombiano en uno más garante, incluyente y pluralista.

### **1.3.1.3 Derecho a la protección de la familia**

En el mismo orden de ideas el reconocimiento a la familia homosexual en sentencia C-577 de 2011, correspondió al realizado por la magistratura internacional en el caso “Atalá Rifo y niñas vs Chile”. En éste se afirmó que en la Convención Americana no existe un concepto estandarizado y cerrado de familia tradicional o normal.

La Corte Interamericana estableció que el instrumento no protege ni define a un solo modelo de hogar, ya que dicho concepto abarca otros lazos familiares de hecho, en donde sus integrantes, tienen vida en común por fuera del matrimonio.

La anterior interpretación confirmó la decisión adoptada un año antes por la Corte Constitucional de Colombia, pues en términos similares, ésta hizo primar aquellos lazos de afecto que surgen en la vida de pareja y que deben pertenecer al concepto amplio

---

<sup>106</sup> Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva No.18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* y Caso Yatama versus Nicaragua, Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2003). “Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1(1) de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.

familia, sin importar el vínculo que la origine ni la orientación sexual de quienes la integren.

En la actualidad el ordenamiento de este país define a la familia como una comunidad de personas enlazadas por vínculos naturales y jurídicos, caracterizada por la unidad de vida o destino que une a sus integrantes y que se instaura a partir del amor, el respeto y la solidaridad.<sup>107</sup>

#### **1.3.1.3.1 Caso “Atalá Rifo y niñas Vs Chile”**

Esta controversia representa el primer estudio que ha realizado la Corte Interamericana en materia de discriminación por orientación sexual frente a una pareja del mismo sexo. Sus principales antecedentes establecen que en el año 2002 Karen Atalá, ciudadana chilena y madre de tres hijas, decidió separarse de hecho de su esposo y se concertó que sería ella la responsable de la custodia y tuición de las menores.

En el mes de noviembre del mismo año, Emma de Ramón quien era la pareja sentimental de Karen, comenzó a convivir con ella y sus hijas en la misma casa.

En el año 2003 el padre de las menores instauró una demanda de tuición en contra de Atala, al considerar que el “desarrollo físico y emocional de las niñas estaría en serio peligro de continuar bajo el cuidado de su madre”, ya que ésta, no podría velar por el cuidado de las menores en razón a su nueva orientación sexual y más aún con la convivencia lésbica que mantenía con su pareja. A lo que, le añadió una desnaturalización de la familia tradicional y el riesgo de contagio de las menores a enfermedades como herpes y sida.

---

<sup>107</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-577*. “El componente de principios y valores constitucionales, así como su condición sociológica previa a la organización estatal, justifica a la familia, como institución vinculada a lo público, cuya consecuencia inmediata es el mandato de protección integral por parte del Estado y la sociedad, independiente de la manera como se haya constituido”

En la contestación, Atala reprochó la discriminación, el desconocimiento del derecho a la identidad homosexual y la distorsión en los hechos que exponía la demanda, lo que igualmente menospreciaba el interés superior de las niñas. Además aseveró que su orientación sexual no influía en su rol de madre y que además, ni el Código Civil chileno ni la ley de menores de edad, contemplaban como causal de inhabilitación parental el tener una orientación sexual distinta.

Respecto al agotamiento de recursos internos, la Corte Suprema de Chile al resolver un recurso de queja presentado por el padre de las menores, concluyó que la decisión de las instancias que otorgaron la tuición a Atala, no habían escogido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, por tanto la decisión de que la madre continuara con la custodia y el cuidado personal de las niñas fue revocado.

Después de haberse adelantado el respectivo procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ya que el Estado chileno no acató sus recomendaciones, en el año 2010 en representación de la Karen Atalá y sus tres hijas, se demandó a Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que se lo condenara por la vulneración de los derechos a la vida privada y familiar, la familia, la protección especial de los niños, la igualdad y no discriminación, garantías judiciales y protección judicial.<sup>108</sup>

#### **1.3.1.3.2 El conflicto y las consideraciones principales de la Corte Interamericana**

Para entrar a definir si el estado vulneró o no los derechos a la igualdad, la vida privada y la protección a la familia, la Magistratura Internacional examinó en conjunto los argumentos propuestos por los entes judiciales chilenos, para afirmar si dicha

---

<sup>108</sup> Artículos 11, 17, 19, 24 y 25 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos

decisión estuvo justificada en la orientación sexual de la señora Atalá o en su defecto en el Interés Superior de las Menores, de la siguiente forma:

“La tesis de que las niñas serían discriminadas socialmente por convivir con una pareja homosexual, no sirve como argumento para justificar una diferencia de trato ni la restricción de un derecho, ya que los Estados no pueden perpetuar la distinción por razones de raza, sexo u orientación sexual de las personas, al encontrarse internacionalmente obligados para adoptar medidas que permitan erradicar la intolerancia y discriminación en la sociedad.”

En cuanto a la presunta confusión de roles presentada por las tres niñas en razón de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo, el Organismo Internacional afirmó que el daño debe sustentarse en forma debida con la respectiva evidencia técnica, con el fin de no llegar a conclusiones que podrían ser discriminatorias. Exigiendo que el daño, además de ser concreto y real, deba tener relación directa con la conducta o la orientación sexual de la madre o padre en el desarrollo del menor, pues si no es así, se podría fundamentar la decisión “en un estereotipo vinculado exclusivamente a la preconcepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales”, daño que para el caso no fue debidamente comprobado.

En relación con el privilegio de intereses, en donde se alegó que la madre hacía prelación a su relación sentimental, la Corte Interamericana determinó que “dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad.”



Al ser la orientación sexual un componente fundamental en la identidad del individuo, no resultó razonable exigirle a la víctima que relegara el proyecto de vida en común con su pareja y que postergara la posibilidad de conformar una familia junto a sus hijas, más aún, cuando no fue comprobado que las niñas hayan resultado dañadas por esta convivencia; lo anterior justificado en el derecho a la vida privada, el cual abarca “la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo”

Por último se alegó el derecho que tenían las menores a una familia normal y tradicional, lo que la Corte censuró de tajo, pues aunque la Convención no contenga un concepto específico de familia, no se puede afirmar que dicha expresión se circunscriba a la conformada por un hombre y una mujer en matrimonio, así como ya lo había estipulado anteriormente “la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención”.<sup>109</sup>

En conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos constató que fueron la orientación sexual y el proyecto de vida elegidos por Karen Atalá los factores que incidieron en el despojo de la custodia legal y cuidado personal de sus tres hijas.

Por este motivo el organismo consideró que la decisión de la autoridad judicial chilena, transgredía abiertamente el contenido de la Convención Americana, al haberse instrumentalizado el principio de interés superior del niño para discriminar y reforzar

---

<sup>109</sup> Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffó y niñas vs Chile*.

estereotipos y prejuicios que presentaron un supuesto daño a las niñas, el cual se comprobó inexistente.

Es significativo el aporte del anterior pronunciamiento en materia de adopción de menores para las familias conformadas por personas del mismo, pues la decisión avaló la posibilidad de reclamar tanto en el ordenamiento interno como en el internacional, la idoneidad de las uniones homosexuales para brindar protección y amor a un menor de edad, sin tomar en cuenta la orientación sexual de los padres, siempre y cuando el interés superior del menor se encuentre acreditado.

Rafael Centeno alaba tal supuesto e insiste en un reconocimiento jurídico pleno para las relaciones homosexuales afectivas, porque ellas pueden llegar a ser “el germen de un profundo cambio social, al confrontarse los roles de paternidad y maternidad, que influyen directamente en la forma de sociedad patriarcal en la que vivimos, pudiendo llegar a instituir una generación más apta para aceptar y convivir con las diferencias [...]”<sup>110</sup>

El argumento utilizado por la Corte Interamericana frente a la prohibición que poseen los Estados para erradicar toda forma de discriminación y no perpetuar así conductas que segmenten los derechos de las personas, es de suma importancia y representa un estándar internacional de imperativo cumplimiento para aquellas naciones como la colombiana que han aceptado la vinculatoriedad de esta jurisprudencia y posee el deber de integrar tales doctrinas en su ordenamiento jurídico.

---

<sup>110</sup> Rafael Centeno, *Las personas GLBTT y derecho de familia* (Quito: Abya- Yala y Corporación Editora Nacional, 2009), 38.

## Capítulo Segundo

### 2. Familia y adopción, una relación inescindible

La prelación de los sentimientos, la realidad social y la diversidad en las relaciones entre los individuos transformaron de anacrónico a dinámico el concepto jurídico de la familia colombiana. La institución conformada por hombre y mujer con fines reproductivos, cedió a uno indeterminado caracterizado por la flexibilidad de su estructura y en donde prevalece la autonomía del individuo en la elaboración de su proyecto de vida.

La sentencia de constitucionalidad C-577 de 2011, hizo alarde a la reconocida frase proferida por uno de los ex magistrados de la Corte Constitucional, Ciro Angarita, “La familia está en donde están los afectos”<sup>111</sup>, al reconocer que la institución encuentra sus orígenes más allá de los lazos biológicos que vinculan a sus integrantes y sobre todo, es indiferente a la orientación sexual de quienes la componen.

Este tipo de pronunciamiento así como el establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, caso Atalá Riffo y niñas vs Chile, constituyen un valioso precedente que respalda la estructura de las familias conformadas por personas homosexuales, no sólo desde el vínculo exclusivo entre la pareja, sino también el de ésta con sus hijos e hijas. A este tipo de entorno se lo conoce como familia homoparental.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> “Como lo decía Ciro Angarita Barón, desde comienzos de esta Corte:” Frase incluida en la aclaración de voto presentada por la magistrada encargada Catalina Botero Marino a la sentencia C-811 de 2007:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-811-07.htm>>.

<sup>112</sup> Elizabeth Zambrano, “Parentalidades ímpensáveis: país/mãis homossexuai, travestis e transexuais” en *Horizontes antropológicos. Direitos sexuais* (Porto Alegre: Universidade de Federal do Rio Grande Do Sul, 2006), 127. Este prototipo debe su denominación a la Asociación de Padres y Futuros Padres Gays y Lesbianas en Francia (APGL), en el año 1996, ‘homoparentalité’, con el fin de designar a aquellos hogares en donde las personas a cargo de los niños o niñas se identifican como gays o lesbianas.

Dicha estructura es jurídicamente plausible a la luz del principio de igualdad, la prohibición de discriminación, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y sobre todo del derecho que le merece a éstos, de ser protegidos y albergados por una familia; la cual, ya no se circunscribe a las concepciones tradicionalistas y heteronormativas del pasado.

Por ello, en este capítulo se caracterizará a la adopción como una implicación necesaria del estatus de familia, así como la figura jurídica idónea para solemnizar el vínculo entre uno o ambos miembros de la pareja homosexual frente a los menores que tienen o tendrán a su cuidado.

Después de ello se adentrará en el ordenamiento jurídico colombiano para comprender la consagración constitucional de esta institución, su desarrollo legal y las medidas administrativas que se tienen al respecto.

En función de los alcances del interés superior del niño o niña y la obligación que posee el Estado frente a la garantía de sus derechos, se aludirá a los parámetros de la jurisprudencia constitucional que han dejado en claro que la orientación sexual del futuro adoptante no puede ser causal de rechazo en el proceso adoptivo.

Por último y con el objetivo de desmitificar los estereotipos sociales que se tienen frente a la familia homoparental y el supuesto perjuicio que se le causa a los niños, niñas y adolescentes que conviven con una relación homosexual de pareja; se traerá a colación las experiencias jurídicas de ordenamientos como el español y el argentino, en donde la adopción igualitaria es una realidad desde hace años.

## **2.1 La adopción, concepto e implicaciones en la familia**

Reconocer a las minorías sexuales un estatus tan relevante para la sociedad y el Estado, como es el de familia, trae consigo implicaciones en todos los ámbitos del

Derecho. Esta categoría no sólo involucra beneficios patrimoniales y personales entre quienes componen la pareja, sino compromete también los lazos afectivos y el proyecto de vida de quienes reciben protección y afecto por parte de la unión. Esto hace necesario que el Estado legitime la relación entre todos los integrantes del núcleo familiar, con el fin de generar obligaciones y derechos susceptibles de reclamación ante las autoridades.

Un concepto genérico define a la adopción como una institución jurídica, por la cual se crean verdaderos lazos filiales entre dos personas que no poseen relación natural o biológica entre sí, al otorgarse, según el ordenamiento al cual se circunscriba, todo el catálogo de derechos como patria potestad y cuidado personal a cargo del adoptante frente al adoptivo.<sup>113</sup>

Aunque se establezca que la adopción hace relación exclusiva a los derechos del niño, niña o adolescente; en la doctrina del derecho contemporáneo se concibe que el objeto de la figura es dual y atiende a los intereses tanto de quien se responsabiliza civilmente al ser padre o madre, como a quien goza del derecho de ser adoptado.<sup>114</sup>

Así entonces esta institución se puede definir como un sistema alternativo de tutela que prioriza el interés superior del niño al brindarle identidad, una familia y la satisfacción de necesidades tanto afectivas como materiales, que involucra la vocación o deseo de quienes aspiran conseguir legalmente la tenencia del menor y una participación activa del Estado en este proceso.<sup>115</sup>

Al tener como finalidad el interés prevalente del menor, el cual se concreta con el derecho del niño, niña o adolescente a ser cuidado en el seno de un hogar,<sup>116</sup> se puede

---

<sup>113</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-814*, Marco Gerardo Monroy Cabra (Bogotá: 2001):< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-814-01.htm>>.

<sup>114</sup> Augusto César Belluscio, *Manual de derecho de familia* (Buenos Aires: Astrea, 2004), 309.

<sup>115</sup> María Inés Amato, *Víctimas de la violencia. Abandono y adopción* (Buenos Aires: La Roca, 2006), 124,129.

<sup>116</sup> Guillermo Montoya Pérez y Marta Elena Montoya Osorio, *Las personas en el derecho civil* (Colombia: Leyer, 2007), 62- 63.

concluir que entre familia y adopción existe una relación estrecha y una dependencia de la segunda frente a la primera institución.

Por tanto la adopción representa la alternativa idónea para que los integrantes de las parejas homosexuales puedan legitimar su relación filial frente al hijo (s) o hija (s) de su compañero (a) producto de unión heterosexual anterior. Si se recurrió a las técnicas alternativas de procreación asistida, es la mejor opción para la pareja de la mujer que se sometió a este procedimiento, con el fin de legitimar su relación frente al recién nacido. Por último, es la herramienta que permite a estas uniones la postulación a un proceso de adopción de un niño o niña en situación de abandono.<sup>117</sup>

Lo anterior en razón de su estatus de familia y la adopción como implicación necesaria para dignificar y reconocer las relaciones que de facto mantienen con los menores de edad, a los cuales cuidan, protegen y educan.

## **2.2 Consagración constitucional y legal de la adopción**

Esta institución, propia del derecho de familia<sup>118</sup>, encuentra sustento constitucional en el artículo 42 de la Carta Política de 1991, en donde se establece la igualdad para los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, así como aquellos que han sido adoptados o procreados a través de las técnicas de reproducción asistida.

Por su parte el artículo 44 superior, consagra entre los derechos fundamentales de los menores de edad, el ostentar un nombre, una familia, no ser separados de ella, ser beneficiarios de cuidado, amor, educación y cultura. Además de la protección que el

---

<sup>117</sup> Estrella Abolafio Moreno y María Jesús Rubio Gutiérrez, “Adopción y parejas de hecho”: *Portularia: Revista de Trabajo Social*, 4 (2004): <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/171/b1513457x.pdf?sequence=1>>.

<sup>118</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho de Familia y de menores* (Bogotá: Librería Profesional, 2001), 123. La adopción encuentra sus orígenes en el derecho romano y por ello su vínculo directo con el derecho civil de familia, que involucra los conceptos de paternidad y filiación.

Estado debe conferirles en contra de toda forma de maltrato y abandono. La disposición obliga al entorno familiar, a las autoridades y a la misma sociedad para que asistan, amparen y garanticen el desarrollo armónico del niño, niña y adolescente, en razón de la prevalencia de sus derechos frente a los demás.

La legislación nacional, Código de la Infancia y Adolescencia - Ley 1098 de 2006, desarrolla los anteriores postulados y regula la adopción como una medida de protección del menor<sup>119</sup> a través de la cual, “bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.<sup>120</sup>

La norma mantiene concordancia con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, suscrito en La Haya el 29 de marzo de 1993.<sup>121</sup>

Según el artículo 63 de la Ley 1098, son susceptibles de adopción:

“Las niñas, niños o adolescentes menores de 18 con declaratoria de adoptabilidad.”<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 1098 de 2006*, Diario Oficial 46446 de noviembre 08 de 2006, Bogotá, entrada en vigencia: 8 de junio de 2007, Capítulo II, Medidas de Restablecimiento de Derechos del menor, artículo 50. “Restablecimiento de los derechos. Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”

<sup>120</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 1098 de 2006*, artículo 61. “La adopción es principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.”

<sup>121</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por el Estado colombiano a través de la Ley 12 de 1991 que entró en vigencia el 22 de enero del mismo año. En sus artículos 19, 20 y 21 regula lo atinente a la adopción. Así mismo la incorporación del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, al ordenamiento colombiano se hizo a través de la Ley 265 1996. Lo estipulado por el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia reproduce varios apartados de estos instrumentos, con el fin de garantizar el interés superior del menor.

<sup>122</sup> Colombia, Ministerio de la Protección Social, *Resolución N° 3748 06 de septiembre de 2010* - Por la cual se expide el Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia (Bogotá: 6 de

Niñas, niños o adolescentes cuya adopción fuese consentida previamente por sus padres.

Quienes cuya adopción haya sido autorizada por el defensor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)<sup>123</sup>, cuando el niño, niña o adolescente no se encuentre en situación de adoptabilidad y carezca de representación legal.

De igual forma son susceptibles de esta medida el hijo (a) de uno de los cónyuges o compañeros permanentes que podrá ser adoptado por el otro.

Y por último podrá adoptarse al mayor de edad, cuando el futuro adoptante hubiese tenido su cuidado personal y hubiera convivido con él, bajo el mismo techo, por lo menos dos años antes de que éste cumpliera los 18 años.”<sup>124</sup>

Mientras tanto el procedimiento al que debe someterse el futuro adoptante requiere del adelanto de ciertos trámites administrativos en el ICBF y su respectiva homologación ante al juez de Familia.<sup>125</sup> Las autoridades verificarán el cumplimiento de

---

septiembre de 2010), 13: [http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Transparencia/Normativa SUIT/Resolucion/AnexoResolucion3748LINEAMIENTOADOPCION.pdf](http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Transparencia/Normativa%20SUIT/Resolucion/AnexoResolucion3748LINEAMIENTOADOPCION.pdf). La declaratoria de adoptabilidad se produce después de un proceso administrativo emitido por un Defensor de Familia, cuando se trata de niños abandonados, maltratados, abusados, explotados, entre otros. El servidor público adelantará el procedimiento que implica decretar y practicar pruebas, citar a los padres o cuidadores para determinar su capacidad de garantes de derechos de los niños.

<sup>123</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 1098*, artículo 62. El ICBF será la autoridad central en materia de adopción.

<sup>124</sup> Colombia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *Guía de orientación para procesos de adopción en Colombia*, Elvira Forero Fernández, <<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas/ProgramaAdopciones/GuiaAdopcion-ESP.pdf>>.

<sup>125</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 1098*. El artículo 108 numeral 1 establece que es competencia del Juez de Familia en Única Instancia. “1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes.” Por su parte el artículo 123 consagra: “Homologación de la declaratoria de adoptabilidad. La sentencia de homologación de la declaratoria de adoptabilidad se dictará de plano; producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la Oficina de Registro del Estado Civil. Si el juez



requisitos formales y sustanciales, que resultan de vital importancia para calificar la idoneidad física, mental, moral y social de quien desea convertirse en madre y/o padre adoptivo.<sup>126</sup>

### **2.3 El interés superior del niño (a)**

A partir del precedente constitucional en materia de adopción, se pueden observar los esfuerzos del intérprete de la Carta del 91 para emitir estándares que garanticen y permitan identificar los alcances del derecho prevalente del menor. El cual representa la finalidad de esta medida de protección.<sup>127</sup>

---

advierte la omisión de alguno de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane.”

<sup>126</sup> Colombia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *Guía de orientación para procesos de adopción en Colombia*. 7-9. Radicada la solicitud de adopción, el ICBF o quien haga sus veces, realizará una evaluación minuciosa de los requisitos exigidos por el Código de la Infancia y Adolescencia para el adoptante, entre ellos que sea una persona mayor de 25 años; legitimada para solicitar el proceso como los solteros; cónyuges o compañeros permanentes que posean una convivencia ininterrumpida por lo menos de dos años; el guardador; o el cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años. La Resolución N° 3748 añade a este catálogo la posibilidad que se postule un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad del adoptado.

Cumplido lo anterior se establecerá si dicho aspirante posee idoneidad física, entendida como un estado de sanidad aceptable. Mental si puede proporcionar un ambiente psicológico que permita el desarrollo equilibrado del menor. Moral, “referida a la noción de moral social o moral pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética,” como norma de convivencia. Y por último la idoneidad social, es decir el conjunto de relaciones positivas tanto intrafamiliares como del entorno de los solicitantes así como de condiciones socioeconómicas y culturales garantes de los derechos económicos, sociales y culturales de los menores. Posteriormente y si se cumplen tales requisitos la resolución de adoptabilidad pasa a manos del Juez de Familia quien verificará este tipo de idoneidad y emitirá su fallo.

<sup>127</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-577*. “La adopción tiene una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo”, en el cual halla fundamento, así como en los artículos 42 y 45 superiores que “establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral”

Al basarse en parámetros de Derecho nacional e internacional, la Corte ha dejado en claro que este principio, rodea a niños, niñas y adolescentes de un gran derrotero de garantías y beneficios que los protegen en su proceso de desarrollo hacia la adultez. Por ello “la incorporación del concepto del interés superior del menor es el eje central del análisis constitucional y guía hermenéutica orientadora de las decisiones judiciales que resuelvan conflictos que involucren un menor de edad.”<sup>128</sup>

Este tipo de interpretaciones resultan acordes con los realizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que procuran garantizar el interés prevalente de los niños, niñas y adolescentes, cuando se hace necesaria la intervención del Estado, la sociedad o la familia frente alguna limitación del ejercicio de cualquiera de sus derechos.<sup>129</sup>

Para la Magistratura Internacional este principio se funda en la dignidad del menor y la necesidad de proveerle las condiciones que faciliten su desarrollo integral, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Cuando se involucren su custodia y cuidado personal se debe, por una parte, garantizar la celeridad en esta clase de trámites y por otra, evaluar y comprobar aquellos comportamientos de los padres que puedan afectar negativamente el bienestar del niño, niña o adolescente.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-840*, Luis Ernesto Vargas Silva (Bogotá: 2010):< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-840-10.htm>>.

<sup>129</sup> Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-17*.

<sup>130</sup> Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fornerón e hija vs Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas* (27 de abril de 2012), 32:< <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/jurisprudencia-oc/38-jurisprudencia/1620-corte-idh-caso-forneron-e-hija-vs-argentina-fondo-reparaciones-y-costas-sentencia-de-27-de-abril-de-2012-serie-c-no-242>>. “Esta Corte también ha sostenido que en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”

Según la Corte Constitucional colombiana el interés superior del menor también implica el trato preferente del niño (a) ligado a su condición de especial protección. Éste posee un contenido real y relacional, por lo que es necesario, a la hora de tomar una decisión, verificar los elementos concretos y particulares que distinguen a cada menor, a sus hogares, a las circunstancias sociales en las que se desenvuelve, así como los aspectos jurídicos que promueven su bienestar.<sup>131</sup>

La Constitución del 91 así como la Ley de Infancia y Adolescencia<sup>132</sup>, consagran el interés prevalente del menor con el fin de materializar sus derechos fundamentales, a partir del principio de favorabilidad que les merece por su condición, el deber radicado en cabeza del Estado de protegerlos sin realizar ningún tipo de discriminación y la prevalencia de sus intereses en caso de colisión de derechos.

En términos similares, los imperativos consignados en los siguientes instrumentos obligan a Colombia a preservar y materializar este principio, La Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>133</sup> el Pacto de Derechos Civiles,<sup>134</sup> la Convención Americana de Derechos Humanos,<sup>135</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>136</sup> así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.<sup>137</sup>

---

<sup>131</sup> Véase en sentencias T-510 de 1993 ponencia de Manuela José Cepeda Espinoza y sentencia T-376 de 2010, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>132</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 1098 de 2006*, artículos 6, 8 y 9.

<sup>133</sup> Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de Noviembre de 1959, artículo 3.1.

<sup>134</sup> Organizaciones de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, artículo 24.1

<sup>135</sup> Organización de Estados Americanos, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 19.

<sup>136</sup> Organizaciones de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, artículo 10.3.

<sup>137</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos del Niño*, principio 2

## **2.4 La orientación sexual del adoptante no debe condicionar su idoneidad parental**

Aunque la jurisprudencia constitucional colombiana aún no ofrezca un pronunciamiento definitivo y generalizado en materia de constitucionalidad, que beneficie en términos de igualdad, a quienes tengan una orientación sexual diversa a la heterosexual y decidan postularse como adoptantes; al año 2014 se registran dos significativos pronunciamientos de la Corte Constitucional que impiden a los servidores públicos, en determinados casos, negar la adoptabilidad del menor en razón de la condición sexual del postulante.

### **2.4.1 Sentencia T-276 del año 2012<sup>138</sup>**

Este fallo sentó un valioso precedente en beneficio de la estructura de la familia monoparental, en donde a un soltero (a) con preferencias homosexuales, se le permite adoptar a un menor de edad en estado de abandono.

Sus principales antecedentes establecen que en junio de 2011 Chandler Burr, ciudadano estadounidense, en nombre propio y de sus dos hijos adoptivos, interpuso acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar invocando sus derechos fundamentales a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, así como los derechos de los niños a tener una familia, a no ser separados de ella y a no ser discriminados por su origen familiar.

El actor había surtido satisfactoriamente un proceso de adopción de dos hermanos colombianos de 13 y 8 años, durante el cual se construyeron fuertes vínculos emocionales. Una vez declarado padre adoptivo mediante sentencia judicial, Chandler realizó los trámites para retornar a su país de origen en compañía de sus hijos.

---

<sup>138</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-276*, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Bogotá:2012):< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>>

El día en que se disponían a viajar, Burr decidió despedirse de algunos funcionarios del ICBF. Al tener una conversación privada con la subdirectora de adopciones, le relevó su orientación homosexual y la relación que mantenía con otro hombre en Estados Unidos.

Al momento de recoger las visas de los niños éstas le fueron negadas en razón a una solicitud realizada por el ICBF que impedía la salida de los menores. Posteriormente la subdirectora de adopciones ordenó iniciar un proceso de Restablecimiento de Derechos de los Niños donde se concluyó que Burr, al omitir información acerca de su orientación sexual durante el proceso de adopción, podía amenazar los derechos a la salud mental, emocional y por ende al desarrollo armónico e integral de los menores.

Por ello los niños fueron enviados a un hogar sustituto y Chandler retornó a Estados Unidos, con el único derecho de contactarlos virtualmente. Aunado a ello, la defensora de familia ordenó reducir las conversaciones virtuales a dos veces por semana durante el primer mes, luego a una semanal y posteriormente a una charla cada quince días con el fin de no aumentar las expectativas de los niños.

Tanto la primera como la segunda instancia judicial que conocieron del caso, negaron el amparo constitucional al concluirse que los menores no podrían sobrellevar y entender la condición sexual del padre.

#### **2.4.1.1 Ratio decidendi**

Por su parte, la Corporación Constitucional encontró que la omisión de expresar la orientación sexual del adoptante durante el trámite de adopción, fue el motivo por el cual se inició el proceso de Restablecimiento de los Derechos del Menor y se tomó la medida extrema de ubicarlos en un hogar sustituto.

Sin embargo el ICBF no comprobó la amenaza en contra de la salud mental de los niños ni el nexo causal entre dicho riesgo y la homosexualidad de su padre adoptivo. Por estas razones la Sala estimó que la Defensoría de Familia había adoptado decisiones injustificadas, desproporcionadas y discriminatorias que lesionaron los derechos fundamentales de los peticionarios a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el debido proceso y la unidad familiar.

La sentencia declaró que la orientación sexual del adoptante no constituye per se un factor de riesgo para la integridad física y mental de los menores adoptados, al hacer especial énfasis en el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, particularmente en procesos administrativos y judiciales que busquen adoptar medidas de restablecimiento a su favor. Y que a la par garantizan el principio del interés superior que les permite expresar su parecer.

En ese sentido y ya que los menores habían creado un fuerte vínculo afectivo con Chandler y habían manifestado su deseo de vivir con él. La Sala resolvió tutelar los derechos fundamentales incoados y ordenó la entrega definitiva de la custodia de los menores a su padre adoptivo.

#### **2.4.1.2 Una decisión con miras a la igualdad efectiva en materia de adopción**

El rol de los hombres en la sociedad y la familia, a partir de la división tradicional del trabajo, generalmente ha correspondido a la protección del núcleo, al sustento económico del mismo y al ejercicio de labores que se adecúen a su condición física e intelectual, que los posiciona como proveedores y no como cuidadores del hogar.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Eleanor Faur, “Género, masculinidades y políticas de conciliación familia – trabajo”, 528.

Tal concepción se encuentra arraigada en la cosmovisión de la sociedad colombiana que reproduce en sus instituciones y funcionarios estatales actitudes y decisiones discriminatorias contra personas como Chandler Burr, quien por tener una orientación sexual diversa y no encajar en el prototipo de hombre ideal, fue merecedor de restricciones y de trabas administrativas injustificadas al momento de ejercer sus derechos como padre adoptivo.

El caso en mención dejó entrever la brecha existente entre el imaginario de una familia tradicional y la diversidad de los núcleos que la realidad social ha develado con el pasar de los tiempos. Refleja además, la connotación generalizada de los funcionarios estatales acerca de que los niños o niñas criados por personas homosexuales pueden resultar afectados física o psicológicamente, sin que medie en alguno de los dos casos pruebas idóneas y pertinentes que justifiquen tales acepciones. Instrumentalizando el interés superior del menor con el fin de legitimar este tipo de estereotipos.

Lo anterior fue objeto de reproche por la Corte Constitucional, la cual en su fallo abogó por la erradicación de tales imaginarios en el seno de las autoridades y sobre todo en el de la sociedad colombiana. Al declarar por una parte que la orientación sexual no condiciona la idoneidad del adoptante y por otra, la necesidad de que los menores de edad intervengan en las actuaciones administrativas y judiciales que afecten su entorno familiar.

El fallo de tutela corroboró lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile, en donde se afirmó que en la Convención Americana no existe un concepto estandarizado y cerrado de familia

tradicional o normal. Por lo que resulta una injerencia arbitraria del Estado, tratar de imponer este ideal en los hogares que no encajan en dicha cosmovisión.<sup>140</sup>

Aunado a ello la Convención sobre los Derechos del Niño no exige que el crecimiento del menor se realice en un entorno de uniones heterosexuales, pues ello desconocería los diferentes lazos afectivos que se generan entre los integrantes de las familias monoparentales, mixtas, ensambladas o de crianza. Es claro que el vínculo que unían a Chandler Burr y sus hijos adoptivos no dependían de su condición sexual sino de los valores y sentimientos que juntos compartían.

La efectividad de la proscripción de discriminación, consagrada en varios instrumentos internacionales que versan sobre la protección de derechos humanos, queda en tela de duda cuando se analizan casos como el aquí expuesto, en donde el ejercicio de los derechos se ve coartado si la persona revela su preferencia sexual diferente a la hegemónica.

Aunque la decisión reestableció los derechos del demandante y sus hijos, la actitud de la mayoría de operadores jurídicos demostró la desigualdad que impera en la conciencia de los representantes del Estado colombiano, pues seguramente nada hubiese ocurrido si el adoptante hubiese sido heterosexual.

---

<sup>140</sup> Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho del niño y la niña a la familia – Cuidado alternativo poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 17.



## 2.4.2 Sentencia de Unificación - SU 617 de 2014<sup>141</sup>

Esta decisión significa el respeto por el precedente constitucional, que desde 2007 ha otorgado reconocimiento a los derechos y obligaciones de las familias integradas por personas del mismo sexo en Colombia. Los principales apartes de esta sentencia, confirman la tesis de que la orientación sexual diversa del adoptante no es razón suficiente para negar, impedir o entorpecer el procedimiento adoptivo.

Aunque la decisión se circunscriba a los casos por adopción consentida,<sup>142</sup> es de resaltar el importante alcance que posee frente a las demás situaciones que propician la implementación de esta medida de protección del menor.<sup>143</sup>

### 2.4.2.1. Hechos

Las principales circunstancias del caso establecen que Turandot y Fedora<sup>144</sup> son compañeras permanentes que residen en Rionegro, Antioquia. Turandot al haberse sometido a una de las técnicas de reproducción asistida, concibió a Lakmé. Las tres conforman un hogar de hecho en donde existen fuertes vínculos afectivos. Con el fin de solemnizar la relación filial de Fedora con la menor, la misma adelantó el respectivo proceso de adopción.

---

<sup>141</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Comunicado N°35 de Agosto de 28 de 2014 - Sentencia SU 617*, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Bogotá: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2035%20comunicado%2028%20de%20agosto%20de%202014.pdf>>. Debido a que la decisión se profirió recientemente, el texto completo de la sentencia aún no ha sido publicado. Por ello la presente investigación se sustenta en el comunicado de prensa oficial que versa sobre la ratio decidendi del fallo.

<sup>142</sup> *Ibíd*, “La adopción por consentimiento, esto es, 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.”

<sup>143</sup> Véase desde el artículo 63 al 69 de la Ley de Infancia y Adolescencia.

<sup>144</sup> La Corte utilizó estos seudónimos para proteger la intimidad de las accionantes, así como la de la menor de edad que se encuentra vinculada a este proceso.

Sin embargo la autoridad administrativa, Defensoría de Familia N°2 de Rionegro, se negó rotundamente a declarar la adoptabilidad de la menor, en razón de la improcedencia de la solicitud presentada en febrero del año 2009. En donde se argumentó por una parte, que la postulante incumplía el requisito de convivencia mínima de dos años con la madre biológica de la menor.

Y por otra, que “la legislación vigente, y en particular, el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con el artículo 42 de la Carta Política y las sentencias C-029 de 2009 y C-814 de 2001<sup>145</sup> de esta Corporación, no contemplan la adopción por parejas del mismo sexo.”<sup>146</sup>

Por ello las demandantes reclamaron ante los jueces constitucionales de instancia y frente a la Corporación, la protección del derecho a la igualdad, el interés superior del niño, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y los principios de dignidad humana y pluralismo. En razón de que la negativa de la autoridad se fundamentó en el carácter homosexual de quien solicitó la adopción.

---

<sup>145</sup> En esta decisión se negó la posibilidad de adopción de menores a las parejas homosexuales, después de estudiar la naturaleza de la adopción y del interés superior del menor, así como de la normatividad aplicable frente a la forma de familia reconocida en el ordenamiento jurídico, que para la época se concebía entre hombre y mujer. Por tanto la Corte concluyó: “...no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho [...] En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar”. Así entonces los artículos 89 y 90 del Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, legislación que regulaba la adopción en el año 2001, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional

<sup>146</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Comunicado N°35 de Agosto 28 de 2014 - Sentencia SU 617*.

#### **2.4.2.2 Fundamentos de la decisión**

El problema jurídico resuelto por la Corte Constitucional se circunscribió en la controversia frente a la adopción por consentimiento, cuando quienes la pretenden integran una pareja del mismo sexo. Para la Corporación:

“[L]a condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo. Una decisión negativa con esta principal motivación vulnera los derechos fundamentales de los dos miembros de la pareja y del menor cuya adopción se pretende, a tener una familia y a la autonomía y unidad familiar.”<sup>147</sup>

El intérprete autorizado de la Carta del 91 declaró que es injustificado el tratamiento jurídico brindado por las autoridades administrativas a las parejas homosexuales, cuando de ellas se pueden predicar vínculos sólidos de afecto y obligaciones filiales frente a los menores de edad con los que conviven.

Por consiguiente la Corporación amparó los derechos fundamentales vulnerados y en consecuencia, “revocó la decisión de declarar la improcedencia de la adopción, y ordenó que se prosiga con el respectivo trámite, sin que el carácter homosexual de la pareja conformada por Turandot y Fedora pueda ser invocado para excluir la adopción de Lakmé.”

#### **2.4.2.3 Reacciones frente a la decisión adoptada en sentencia SU-617 de 2014**

Antes y después de hacerse pública la resolución de la Corte Constitucional, esperada por las accionantes por más de cuatro años, se generó un gran debate en el

---

<sup>147</sup> *Ibíd.*

mundo académico, jurídico y social reflejado en los medios masivos de comunicación. Desde diferentes ópticas se abordó el tema de la adopción igualitaria y las repercusiones que tal reconocimiento tendría a futuro.

Para las directas implicadas, “Turandot” y “Fedora”, la decisión permitirá el goce de derechos patrimoniales y sociales de la menor “Lakmé” que hasta antes de la intervención de la Corte, eran imposibles de obtener por vía administrativa. Al brindarse la adopción se legitiman sus relaciones filiales y la niña podrá disfrutar de beneficios en materia de salud, educación, sucesión, entre muchos más. “Estamos muy contentas, en términos de la dignidad de nuestra familia, de la protección de nosotros hacia nuestros hijos y del reconocimiento a mi pareja. Mamá no es solo la que pare”<sup>148</sup>, estableció “Fedora” la madre adoptiva, quien además realizó un interesante reflexión al establecer que los lazos biológicos o de sangre no deben condicionar los apelativos de madre o padre, pues éstos se correlacionan con funciones y acciones concretas de protección, amor, crianza y educación hacia los niños, niñas y adolescentes.

Para algunos académicos, como Rodrigo Uprimny, el tema resulta jurídicamente sencillo de solucionar, en razón de los alcances de principios como la igualdad, la dignidad, el interés superior del menor y la unidad familiar. Además de todos los estándares internacionales a los cuales se encuentra obligado el Estado colombiano. Sin embargo, la sensibilidad del asunto radica en la cosmovisión de la sociedad, en donde existe un temor “injustificado”, de que los menores reproduzcan la orientación sexual de quienes se encuentran a cargo de su educación y crianza.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> “La pareja que logró un histórico fallo para adoptar”, *Semana* (Bogotá: 28 de Agosto de 2014):<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/habla-pareja-de-lesbianas-que-puede-adoptar/14453838>

<sup>149</sup> Rodrigo Uprimny, “Adopción igualitaria: un debate socialmente sensible pero jurídicamente sencillo”, *La Silla Vacía*, Marzo de 2014:< <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/adopcion-igualitaria-un-debate-socialmente-sensible-pero-juridicamente-sencillo-48472>>.

En la misma línea se encuentra el Ministro del Interior, Juan Fernando Cristo, quien en nombre del Gobierno colombiano, felicitó a la Corporación por propiciar una “sociedad mucho más garante, moderna y tolerante”,<sup>150</sup> a través del fallo hito.

En oposición, varios sectores de la sociedad, principalmente aquellos influenciados por doctrinas religiosas y políticas conservadoras, alzaron su voz de protesta ante el dictamen proferido por la Corte. Frente a las medidas adoptadas en pro de volcar el fallo, se radicó en el Congreso de la República una iniciativa de reforma constitucional, con el fin de modificar el texto de la Carta del 91. En donde se exprese como prohibición el acceso de esta medida de protección del menor por parte de las parejas del mismo sexo. De igual forma se inició la recolección de firmas para convocar al pueblo y que sea éste el que decida sobre el asunto, a través de un referendo.<sup>151</sup>

Habrà que esperar si este tipo de iniciativas prosperan en el Congreso de la República o si terminan hundiéndose, debido al acatamiento de los innumerables exhortos realizados por la Corporación Constitucional para que de una vez por todas se legisle a favor de los derechos de estas parejas y se proscriba la discriminación, empezando desde los estamentos del poder público.

### **2.3 Derecho comparado frente a la adopción igualitaria**

Como se puede observar existen opiniones encontradas frente al precedente que sentó la Corte Constitucional de Colombia, al establecer que la orientación o preferencia

---

<sup>150</sup>“Gobierno felicitó a la Corte tras fallo sobre adopción”, *Noticiero de la F.m. com.co.*, Agosto 28 de 2014:< <http://www.lafm.com.co/noticias/gobierno-felicito-la-corte-167204>>.

<sup>151</sup> “Radican Reforma para prohibir la adopción de menores por parte de homosexuales”, *El Espectador*, 10 de septiembre de 2014, <http://www.elespectador.com/noticias/politica/radican-reforma-prohibir-adopcion-de-menores-parte-de-h-articulo-515856>>. “El senador cristiano Jimmy Chamorro Cruz, promotor de la iniciativa, dijo que con su proyecto se fijan ciertos parámetros para permitir la adopción de las parejas, ‘Acá queremos dejar claro que sólo puede adoptar una pareja conformada por un hombre y una mujer’, señaló.”

sexual del individuo o de las parejas, no es causal de impedimento para quienes soliciten la adopción de menores de edad.

El país no es el único que ha mostrado avances en beneficio de la igualdad. Alrededor del mundo las políticas y decisiones judiciales se encuentran influenciadas por los principios universales del Derecho internacional, el cambio de contexto, la diversidad en las relaciones interpersonales y por supuesto, por el afán de brindar el máximo grado de protección a los seres más indefensos de la sociedad, los niños (as).

Por ello, la adopción igualitaria podría ubicarse bajo la doctrina del “efecto dominó”,<sup>152</sup> la cual significa que la propensión expansiva de una institución jurídica es aceptada por un sistema político debido a la influencia y presión ejercida por los otros Estados.

Las experiencias de países como España en Europa y Argentina en Suramérica, permiten entrar en detalle acerca de las circunstancias y las medidas por las cuales reconocieron que tanto parejas como individuos homosexuales, pueden participar en procesos adoptivos en igualdad de condiciones frente a los prototipos de familia, tradicionalmente aceptados por la sociedad.

Igualmente las investigaciones implementadas en estos países, pueden dar cuenta de los efectos positivos o nocivos de la política igualitaria frente a la adopción.

---

<sup>152</sup> “Pedirán boda gay en Uruguay y ya se habla de ‘efecto dominó’”. *DiariodeCuyo.com.ar*, <[http://www.diariodecuyo.com.ar/home/new\\_noticia.php?noticia\\_id=411829](http://www.diariodecuyo.com.ar/home/new_noticia.php?noticia_id=411829)>. Un ejemplo de esta doctrina, es lo ocurrido en Uruguay, en donde se aprobó el matrimonio igualitario así como la adopción por parte de parejas homosexuales, debido a la influencia ejercida por el Estado argentino que decidió consagrar tales medidas en su sistema jurídico.

### 2.3.1 En España

Gracias a los debates legislativos que se dieron en ocasión a la presión ejercida por grupos de activistas y defensores de los derechos de las comunidades LGBTI en España, en el año 2005 el triunfo de este sector de la población, se vio reflejado en el reconocimiento tanto del matrimonio como la adopción igualitaria en la Ley 13, que modificó su Código Civil.<sup>153</sup>

Para Pedro Zerolo, uno de los ex concejales del Ayuntamiento de Madrid y el más reconocido de los activistas y defensores de los derechos humanos de las minorías sexuales en el país ibérico, lo que jugó a favor de la reforma igualitaria, fue la constante “interacción entre el movimiento social y los aliados políticos en el Congreso español”. El activista establece que este tipo de modificaciones permiten el paso a sociedades más igualitarias e incluyentes con aquellas instituciones familiares que reflejan la diversidad.<sup>154</sup>

Frente a la forma en que se dio el reconocimiento jurídico, el caso español es sustancialmente diferente al colombiano. Pues aunque el movimiento LGBTI haya conseguido grandes logros en materia de derechos, el proceso no se dio ante el órgano

---

<sup>153</sup>España, Cortes Generales, *Ley 13 de 2005*: <<http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf>>. “El Código Civil se modifica en los siguientes términos: se añade un segundo párrafo al artículo 44 con la siguiente redacción: ‘El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo sexo’”. A su vez la disposición adicional primera establece que “las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”, entre éstas la adopción, según lo especifica la disposición adicional segunda que modifica la ley sobre el Registro Civil.

<sup>154</sup> “Experiencias de México España y Colombia sobre Matrimonio Igualitario”, Página oficial del Congreso de la República de Colombia:< <http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/16557-experiencias-de-mexico-espana-y-colombia-sobre-matrimonio-igualitario>>

“democráticamente idóneo” para hacerlo, como lo es el Congreso de la República.<sup>155</sup> A lo largo de la investigación se ha demostrado que el poder contramayoritario<sup>156</sup> de la Corte Constitucional es el que ha amparado los derechos de estas minorías.

### 2.3.1.1 Ambientes de crianza con parejas homosexuales

En el año 2015, la adopción igualitaria en España cumplirá diez años de vigencia. A lo largo de este periodo se han realizado minuciosos estudios antropológicos y sociológicos que dan cuenta de la realidad que afrontan padres y madres homosexuales.

Los resultados afirman que la conformación de las familias homoparentales en el país se realiza principalmente a través del uso de técnicas de reproducción asistida, lo que incide en que existan más hogares conformados por madres lesbianas. Gracias a la ley de adopción igualitaria, le siguen en número las relaciones de pareja del mismo sexo que ofrecen una familia para los menores en estado de abandono. En menor proporción figuran los hogares con hijos (as) de relaciones heterosexuales previas.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Las iniciativas legislativas que han pretendido consagrar el reconocimiento de las parejas del mismo sexo y el catálogo de derechos y obligaciones que requieren, se han visto frustradas en el Congreso de la República. Entre ellas se encuentran: el proyecto de ley 85 de 2001; el proyecto de ley 43 de 2002; el proyecto de ley 113 de 2004 y el proyecto de ley 130 Senado / 152 Cámara de 2006.

“Matrimonio Igualitario se hunde en Senado”, *El Espectador.com*, 24 de abril de 2013. <<http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-418160-matrimonio-igualitario-se-hunde-senado>>. El último intento de reconocimiento legal se dio en el año 2013 con la iniciativa que pretendía el matrimonio igualitario en el país, sin embargo “la plenaria del Senado de la República hundió el polémico proyecto...La votación final fue 51 en contra y 17 a favor. Aunque se pensó en un momento que no había suficientes legisladores para hundir el proyecto, finalmente las mayorías del Partido de La ‘U’ y el Partido ‘Conservador’ se impusieron.”

<sup>156</sup> Mabel Londoño Jaramillo, “Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”: *Revista Opinión Jurídica*, 22 (Medellín, II semestre, 2012) :<[http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302012000200004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302012000200004&script=sci_arttext)>. El poder contramayoritario de las Cortes Constitucionales es una de las funciones que se les ha indilgado con el fin de garantizar los derechos de las minorías que no se encuentran representadas en el poder legislativo y que por la vía del debate político no han podido lograr el reconocimiento de sus derechos.

<sup>157</sup> María del Mar González y otras, “Familias homoparentales en España tras el cambio legislativo: logros, dificultades y retos”, en *X Congreso Español de Sociología. Sociología y Sociedad en España. Hace Treinta Años; Dentro de Treinta Años* (Pamplona, 1, 2 y 3 de julio



En tales estudios se ha confirmado con beneplácito, que en este tipo de relaciones familiares predomina la igualdad de género entre los integrantes de las uniones y los menores que se encuentran a su cuidado son más susceptibles de afrontar y respetar la diversidad, que aquellos criados en entornos tradicionales.<sup>158</sup>

El cuestionamiento más recurrente que se hace a esta clase de familia es la supuesta distorsión de la identidad y orientación sexual de los adoptivos. No obstante análisis pormenorizados en este país, afirman que el desarrollo psicológico de estos niños y niñas no se opone con el de los menores criados en ambientes heterosexuales, y que por el contrario los mismos, brindan razonamientos más flexibles y tolerancia en ocasión a la diversidad de género y opción sexual de sus semejantes.<sup>159</sup>

Ello comprueba que en España el reconocimiento de la homoparentalidad es producto de un proceso deliberativo, democrático e incluyente por el cual se aprueba la diferencia y se apoya tanto a parejas como a personas homosexuales para que sean los mentores de los futuros ciudadanos.

El cambio legislativo en el año 2005 ha sido de gran importancia para estos núcleos familiares pues en su opinión, enaltecen su dignidad, legitiman sus relaciones de afecto y por supuesto los proveen de seguridad jurídica. Sin embargo aún deben lidiar con tratamiento homofóbicos que dan cuenta de fuertes rezagos hetero-sexistas por parte de

---

2010): <http://www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/10/grupos-trabajo/ponencias/303.pdf>.

<sup>158</sup> José Ignacio Pichardo Galán, *Entender la diversidad familiar - Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*, 233-255.

<sup>159</sup> María Ángeles Sánchez González, “Las familias homoparentales y sus redes de apoyo”, *Portularia: Revista de Trabajo Social*, 3 (2003) 207-220, citado por Laura Domínguez de la Rosa y Francisco Manuel Montalbán, *Líneas emergentes de investigación en el Trabajo Social: la homoparentalidad* (España: Universidad de Málaga, 2012), <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/5957>.

muchas autoridades y miembros de la sociedad que los conciben aún como seres desviados<sup>160</sup> que atentan contra el interés de los niños y niñas que tienen a su cuidado.

### 2.3.2 En Argentina

En el caso latinoamericano, el Estado argentino es uno de los ejemplos a seguir en materia de erradicar la discriminación por preferencia sexual, al ser el primer país de Suramérica que consagró el matrimonio y por ende, la adopción para parejas de personas del mismo sexo a través de Ley 26.618 del año 2010.<sup>161</sup>

Esta regulación permitió a las familias homoparentales ostentar el derecho de legitimar su relación filial frente a los hijos (as) de su pareja. La posibilidad de postularse en el proceso adoptivo para educar y brindar un hogar a menores de edad en estado de abandono, o en su defecto, formalizar el vínculo con aquellos niños (as) frutos de las técnicas de reproducción asistida.

La norma estipula que la adopción puede darse de forma unipersonal, bipersonal o conjunta, independientemente de la orientación sexual de aquellos que la soliciten en aplicación y respeto al principio de igualdad consagrado en su Constitución<sup>162</sup>.

Investigaciones realizadas para medir el grado de aceptación social frente a las familias homoparentales, revelan que la sociedad argentina es una de las más incluyentes en el continente frente a la diversidad sexual del individuo. Sin embargo

---

<sup>160</sup> Elizabeth Roudinesco, *Nuestro lado oscuro* (Barcelona: Anagrama, 2009), 9. “Michel Foucault había proyectado incluir en su *Historia de la sexualidad* un capítulo dedicado al mundo de los perversos o desviados, es decir, aquellos a quienes las sociedades humanas, preocupadas por desmarcarse de una parte maldita de sí mismas, han designado como tales.”

<sup>161</sup> Argentina, Senado y Cámara de Diputados, *Ley N° 26.618*, sancionada el 15 de julio de 2010 y promulgada el 21 de Julio de 2010:<<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>>.

<sup>162</sup>Laura Chiani, “Cuando el niño reclama...” (tesis de especialización, Universidad de la Plata, Argentina, 2013), <<http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.870/te.870.pdf>>.

frente al cuidado y crianza de los menores de edad por parte de parejas de personas del mismo sexo, se logra percibir un importante descontento y oposición frente al tema.<sup>163</sup>

No obstante así como sucede en Colombia, el reconocimiento de la adopción igualitaria resulta muy reciente y apenas comienza el proceso educativo sobre la diversidad que logrará la aceptación social y políticas públicas para eliminar los estereotipos en contra de los hogares homoparentales.

El caso de Karen Atala Riffo y niñas vs Chile, en donde se demostró que fueron los prejuicios sociales que se tienen frente a la homosexualidad, los principales argumentos que motivaron a la Corte Suprema de Chile para despojarla de la tuición o cuidado personal de sus hijas, representan actos discriminatorios legitimados por las autoridades y a las que deben hacerle frente las familias homoparentales en Latinoamérica.

Los amicus curiae que permitieron a la Corte Interamericana ilustrarse en el tema, dieron cuenta de vastos estudios científicos que demuestran la inexistencia de prejuicios que atenten contra el desarrollo integral de los niños que conviven en este tipo de familias frente a las tradicionalmente aceptadas. Dichas investigaciones evidencian que “no hay diferencias estadísticamente significativas en el desarrollo psicológico, social o de género entre niños criados por padres y madres homosexuales y padres o madres heterosexuales.”<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> “Adopción un derecho dentro del matrimonio igualitario”, *Partido de los Trabajadores Socialistas PTS*: <<http://www.pts.org.ar/Adopcion-un-derecho-dentro-del-matrimonio-igualitario>>. En entrevista realizada a Juan Carlos Volnovich, médico y psicoanalista especializado en niñez se cuestionó el por qué el debate frente a la adopción igualitaria, fue tan reprochado por parte de la sociedad argentina y de muchos opositores al proyecto. A lo que el especialista respondió: “Por prejuicio. Hay que trabajar sobre los prejuicios que responden, en realidad, a la normatividad heterosexual compulsiva, a la familia conyugal, mamá -papá-nene, la concepción tradicional de la familia burguesa. La nueva ley de matrimonio desafía la norma heterosexual, es una infracción al manual de sexualidad y de procreación”

<sup>164</sup> Judith Salgado Álvarez, “Entre la reproducción y el cuestionamiento de la concepción heteronormativa de familia. El caso Karen Atala” (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 18-19. “La Organización Panamericana de Salud, la Universidad de Chile (Departamento de Psicología) y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Facultad de Educación) han enfatizado en dos elementos: “i) la homosexualidad es una conducta normal y no es una

Lo anterior ratifica la tesis de que no resulta indispensable la composición heterosexual de la pareja para una crianza correcta de los menores de edad, pues ni existe un manual con el derrotero a seguir para conseguir este propósito, ni se puede asignar la función materna a la mujer ni la paterna al hombre. Los roles de padre y madre son representaciones simbólicas y pueden ser sustituidos por un sinnúmero de nominaciones femeninas como masculinas que no dependen del sexo de quien las ejerza,<sup>165</sup> sino de lo que realmente implican estas funciones, el cuidado, protección y afecto hacia los seres más indefensos de la sociedad.

---

manifestación de ninguna patología, y ii) la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida [...] no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres.”

<sup>165</sup> Marie Helène Borousse, “Un neologismo de actualidad: la parentalidad”, en Mónica Torres, compiladora, *Uniones del mismo sexo: diferencia, invención y sexuación* (Buenos Aires: Grama Ediciones, 2010), 197-199. En la pluralidad de familias que existen en la actualidad no existe una norma universal que defina la “crianza correcta” de los niños, “errores y aciertos pueden acontecer tanto en una familia constituida tradicionalmente por sus padres biológicos, como en familias recompuestas, monoparentales, de crianza. ¿Por qué atribuir la función de la madre a la mujer y el parental a una pareja heteroafectiva? Hay, sin dudas razones históricas, sociales, culturales y psíquicas en juego en este tipo de atribución, pero la tendencia hacer de estas razones una necesidad tiene que ver también con una especie de temor a lo que tenemos a la dimensión de lo imprevisible y de lo que nos parece incalculable o sin aval previo posible.”

## Capítulo Tercero

### 3. Reconocimientos igualitarios pero familias diferentes

Los recientes pronunciamientos tanto de tutela como de unificación<sup>166</sup> emitidos por la Corte Constitucional, establecieron como subregla de solución<sup>167</sup> que la orientación sexual diversa del futuro adoptante no debe condicionar su idoneidad parental.

Si el rechazo del postulante o la negativa, suspensión y restablecimiento de la medida de protección se encuentran exclusivamente argumentados en la preferencia afectiva del adoptante, éste puede acudir a los despachos judiciales con el fin de que se salvaguarden sus derechos a la dignidad, igualdad y prohibición de discriminación, en razón de las sentencias T-276 de 2012, SU 617 de 2014 y la más reciente de todas, C-071 de 2015.

La subregla de solución proferida en sentencia SU – 617, la cual fue ratificada en 2015 a través del fallo C-071, establece que la adopción sólo procede a favor de las

---

<sup>166</sup> Hernán Alejandro Olano García, “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”: *Vniversitas* (Bogotá: II semestre, 2004), 592: < [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/13Olanoult.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult.pdf)>. El *Acuerdo 01 de 31 de octubre de 1996*, que consagra el reglamento de la Corte Constitucional, en su artículo 54-A, establece que las sentencias de unificación ameritan la revisión por la Sala Plena, cuando a juicio de ésta, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la trascendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados. Este tipo de fallos. Para la doctrina así como para el precedente de la Corte Constitucional, este tipo de fallos Los cuales buscan garantizar los siguientes altos objetivos: aseguran la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la justicia material, procuran exactitud, confieren confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, unifica la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad y permite estabilidad.

<sup>167</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1195*, Manuel José Cepeda Espinosa (Bogotá: 2001): < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>>. En la aclaración de voto presentada por Rodrigo Uprimny a esta sentencia se definió a la subregla de solución como “aquella regla jurisprudencial directamente ligada a la solución del caso, esto es, la ratio decidendi, que puede aspirar a convertirse en un precedente vinculante. Si la sabiduría de la creación pretoriana del derecho depende de su vinculación directa a la resolución de casos, entonces sólo puede aspirar a convertirse en norma vinculante aquella regla o principio que directamente decidió el asunto en litigio, ya que esa sub-regla fue la que verdaderamente tuvo un examen intenso en el debate judicial, en la medida que de ella dependía el sentido de la parte resolutive”. Este tipo de concepto la asemeja a la denominada “norma adscrita” categorizada así por Robert Alexy.

parejas de personas del mismo sexo cuando el padre o madre biológica del menor, brinde su consentimiento para que su actual compañero (a) permanente homosexual pueda adoptar a su hijo o hija.<sup>168</sup>

Sin desmeritar la importancia del reconocimiento en materia de adopción, se puede afirmar que en Colombia existe un trato jurídico diferenciado e injustificado entre las familias integradas por uniones homosexuales frente a los demás prototipos de hogares amparados por el ordenamiento en materia de adopción, ya que mientras los integrantes de las familias nucleares, monoparentales, ensambladas, extensas y de crianza pueden acceder a todos los supuestos de hecho que trae consigo el artículo 63 de la Ley 1098 de 2010,<sup>169</sup> los hogares conformados por parejas del mismo sexo sólo pueden hacerlo en un caso específico.

Para comprender las razones del tratamiento diferenciado que logran desprenderse de la omisión del legislador para regular la materia y de la exclusión que realiza la Ley de Infancia y Adolescencia, se aludirá a los efectos que generan las sentencias proferidas por el Alto Tribunal y se explicará por qué tal diferencia persiste a partir de estos pronunciamientos, que al realizar reconocimientos parciales recrudece la desigualdad.

Con posterioridad se demostrará que la exclusión que realiza la normativa en materia de adopción genera un trato jurídico diferenciado injustificado al no resistir el test estricto de proporcionalidad y además que esta desigualdad encuentra sus raíces en los estereotipos socioculturales y heteronormativos imbricados en las ramas del poder público en relación con el concepto de familia.

---

<sup>168</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Rueda de prensa caso de las mamás lesbianas*, Luis Ernesto Vargas Silva (Bogotá: 28 de agosto de 2014):< <http://www.colombia-diversa.org/2014/09/rueda-de-prensa-de-la-corte.html>>.

<sup>169</sup> Los demás supuestos de hecho que consagra la Ley de Infancia y Adolescencia en su artículo 63: adoptabilidad; consentimiento de ambos padres y consentimiento de adopción por parte del ICBF cuando el niño carece de representación legal, aún no son reconocidos por la jurisprudencia constitucional en favor de las parejas del mismo sexo.

Por último se enunciará una propuesta acorde con la realidad del país que permita erradicar la discriminación por orientación sexual y con ello todo margen de inequidad jurídica que afecte la dignidad, el interés superior del menor y la unidad de la familia estructurada por parejas de personas del mismo sexo en Colombia.

### **3.1. Obligatoriedad y efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional**

La Constitución Política de 1991 transformó el sistema de fuentes en el ordenamiento colombiano, al situarse en la cúspide de éste y proclamar así su fuerza normativa en el artículo 4, donde establece: “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Por su parte el artículo 241 de la Carta le confía a la Corte Constitucional la integridad y la guarda de su supremacía al delegarle entre otras, la última decisión en materia de constitucionalidad o también llamada exequibilidad, de actos reformativos de la Constitución, leyes, decretos con fuerza de ley y demás disposiciones normativas.

Sin embargo de la lectura de esta disposición no se puede inferir la fuerza obligatoria y los efectos de las decisiones emitidas por el intérprete autorizado. Por ello fue la jurisprudencia de la misma Corporación que zanjó de forma progresiva este dilema al establecer que como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional su precedente resultaba obligatorio frente a la toma de futuras decisiones que resultaran

fácticamente análogas. Lo anterior genera seguridad jurídica, es garante del principio de igualdad y brinda legitimidad al fallo.<sup>170</sup>

Para definir los efectos jurídicos que generan las providencias emitidas por la Corte Constitucional y establecer si sólo vinculan a quienes participaron en el proceso judicial, a situaciones análogas o en su defecto a toda la sociedad, se debe tener en cuenta qué tipo de control realiza la Corporación, si es abstracto o concreto.<sup>171</sup>

Si a través de la acción pública de inconstitucionalidad o por el llamado control automático, se somete una o varias disposiciones legislativas al control abstracto de constitucionalidad, la Corporación emitirá las más importantes sentencias del ordenamiento denominadas tipo C,

“[E]n todos estos casos, la propia naturaleza de los temas trae como consecuencia que el fallo respectivo tenga efectos *erga omnes*, es decir frente a todas las personas. Concretamente son universalmente oponibles los efectos de la cosa juzgada constitucional de que trata el artículo 243 del texto superior, en cuanto todas las personas deben observar la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad adoptada por esta Corte, tanto si les favorece como si les perjudica”<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-461*, Nilson Pinilla Pinilla (Bogotá:2013):<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-461-13.htm>>. Esta sentencia retoma lo dicho por la Corporación en sentencia C-836 de 2001, la cual representa un hito frente al tema del precedente y su obligatoriedad.

<sup>171</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-400*, Nilson Pinilla Pinilla (Bogotá: 2013) :<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-400-13.htm>>. El control abstracto de constitucionalidad que realiza la Corte define la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de la norma acusada de transgredir los preceptos de la Carta Política del 91. Mientras que el control concreto se realiza frente a casos particulares que susciten la transgresión de derechos consagrados en el ordenamiento superior.

<sup>172</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-461*, La ratio decidendi de estas sentencias se aplican sin excepción alguna y poseen por tanto un carácter imperativo para todos los operadores jurídicos del Estado y la ciudadanía en general.



Si por otra parte la decisión emitida por la Corporación es el resultado de una revisión extraordinaria de tutela, también llamadas T, los efectos de la sentencia es inter partes o entre quienes actuaron dentro del proceso.

Sin embargo si al conceder la protección se observa que puede existir un grupo de personas más o menos numeroso que a pesar de no figurar como accionantes en el litigio, padecerían en igualdad de condiciones los riesgos o la vulneración de los derechos incoados, la Corte Constitucional puede establecer que la decisión cobijará a quienes se encuentran en circunstancias similares. El efecto en este tipo de casos es inter pares o inter comunis, lo que aplica en igualdad de condiciones a las sentencias de unificación, SU.<sup>173</sup>

### **3.1.1 Los alcances de la Sentencia SU – 617 de 2014 ratificados por la sentencia C-071 de 2015**

Como se pudo demostrar, los efectos jurídicos de la sentencia de unificación generalmente son inter pares y los fallos de constitucionalidad poseen efectos erga omnes. Por lo que las familias integradas por parejas del mismo sexo sólo se encuentran amparadas si alguno de los dos integrantes es padre o madre biológica del menor y otorgue el consentimiento para que su compañero (a) permanente pueda acceder a la adopción del niño o niña. En esta situación la orientación homosexual del futuro adoptante no debe ser causal de rechazo para emprender el proceso adoptivo.

---

<sup>173</sup> *Ibíd.* “En ambas hipótesis se produce un efecto directo como consecuencia de la decisión adoptada, que alcanza a personas que incluso pudieren no haber sido aún identificadas, pero que encontrándose en la misma situación fáctica y jurídica, podrían reclamar también el beneficio resultante de la respectiva decisión de tutela o de unificación.”

### 3.1.2 Antecedentes y ratio decidendi de la sentencia C-071 de 2015

En el mes de septiembre del año 2014 se interpuso ante la Corporación una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 64, 66 y 68 de la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, con el fin de permitir la postulación de las uniones del mismo sexo de forma conjunta y en todos los casos que prevé el ordenamiento.

En su análisis la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio,<sup>174</sup> identificó dos problemas jurídicos a saber: [S]i las reglas sobre la adopción conjunta, ejercida por compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, violaban el derecho de las parejas conformadas por personas del mismo sexo a la no discriminación y a constituir una familia (arts. 13 y 42 CP)” y en segundo lugar, “si las normas sobre adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente, con la anuencia de éste, desconocían el derecho de las parejas constituidas por personas del mismo sexo a la no discriminación y a conformar una familia”.<sup>175</sup>

Los apartados demandados de la ley de Infancia y Adolescencia se declararon exequibles y deben ser entendidos a la luz del anterior apartado para las familias integradas por parejas del mismo sexo.

Sin embargo la argumentación de la ponencia dejó mucho que desear y exhibió la timidez y el retroceso del bloque conservador de la Corporación, que para esta oportunidad venció a las posturas progresistas que propugnaban por erradicar la

---

<sup>174</sup> A pesar de que el magistrado Palacio ha sido promotor de fallos con tendencia liberal, en esta ocasión hizo parte de la coalición de ideología conservadora de la Corte Constitucional.

<sup>175</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Comunicado de prensa sentencia C-071*, Jorge Iván Palacio (Bogotá:2015):<<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2006%20comunicad%2018%20de%20febrero%20de%202015.pdf>>

discriminación basada en la orientación sexual diversa. Puesto que la ratio decidendi ratificó lo dicho en sentencia SU-617 de 2014, pero ahora con efecto erga omnes y es así como uno de los integrantes de las parejas del mismo sexo, sólo puede postularse como adoptante si su compañero (a) permanente que debe ser el padre o madre biológico del menor brinda su consentimiento para que ello sea posible.

Razonamientos poco convincentes como su ilegitimidad para establecer las cualidades de las personas que se postulan como adoptantes y atribuir esta función al Congreso de la República como órgano democráticamente elegido, argumentaron la ratio decidendi de la sentencia que no reconoció la adopción igualitaria, cuando en innumerables ocasiones y sin mayores reparos, la Corporación ha suplido dicha función legislativa con el fin de garantizar la dignidad y el principio de igualdad de estas minorías.

La ponencia dejó claro que el concepto de familia reconocido por vía jurisprudencial a las uniones del mismo sexo en sentencia C-577 de 2011 no implica una “extensión automática y uniforme para todos los efectos legales y mucho menos para la adopción, en la cual debe atenderse al interés superior del menor de edad y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”<sup>176</sup>

Razonamiento que resulta preocupante pues se entiende que el prototipo de familia homosexual no podrá equipararse por ejemplo a un hogar conformado por parejas heterosexuales, en razón de que el reconocimiento de este estatus no provee per se, la totalidad de derechos ni implicaciones que otros si ostentan. Lo anterior continua supeditándolas al capricho del legislador para que defina su situación y sobre todo para que brinde el catálogo de derechos que considere sea el apropiado.

---

<sup>176</sup> *Ibíd.*

Según el comunicado de prensa la decisión también se encuentra justificada en el diseño de las normas acusadas las cuales, según el Alto Tribunal se encuentran concebidas para suplir roles de maternidad y paternidad, competencias que sólo podrían desempeñar las parejas integradas por mujeres y hombres. Lo que deslegitima el papel que puede ejercer un padre o una madre soltera, o las personas que componen a una familia extensa y que no depende de su sexo biológico para brindar afecto y cuidados a los menores.

Al parecer para la Corporación la sexualidad de los integrantes de la pareja es sumamente importante y se sobrepone a los valores de madurez, solidaridad y el aprovisionamiento de condiciones dignas para aquellos menores de edad que tanto lo requieren. Esta decisión permite entrever la falta de coherencia y el irrespeto por el precedente constitucional por parte de la coalición conservadora de la Corporación que desconoció la argumentación persuasiva y sobre todo garantista del caso Chandler Burr, sentencia T-276 del año 2012, en donde no se obtuvo mayores objeciones para que un extranjero homosexual adoptara a dos hermanos en estado de abandono.

De igual forma se dio la espalda a las subreglas de solución de la sentencia C-577 de 2011 en donde se les reconoció su estatus de familia sin condicionarlo o fungirle esta competencia al legislador; así como la prohibición de discriminar a las parejas por su condición sexual, como el caso Atala Riffo y niñas vs Chile del Sistema Interamericano, que constituye control de convencionalidad para el ordenamiento interno colombiano.<sup>177</sup>

---

<sup>177</sup> Manuel Fernando Quinche Ramírez, “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 163 (II semestre, 2009), 163-164:< <http://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>>. El control de convencionalidad permite a los operadores jurídicos colombianos argumentar sus decisiones en razón de los parámetros y estándares proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Las sentencias de los tribunales constitucionales no se limitan simplemente a declarar la conformidad o inconvincencia de las leyes con la Constitución, sino que pueden indistintamente establecer condiciones de “interpretación conforme” o especificar contenidos y efectos de la

Como se puede apreciar estas decisiones no constituyeron argumentos idóneos para emitir un fallo con reconocimiento pleno para la familia integrada por parejas del mismo sexo. Lo expuesto en sentencia C-071 de 2015 revela el predominio de la heteronormatividad y las leyes de parentesco civil en la conciencia de la coalición tradicionalista de la Corporación, lo que anula las posibilidades de que en un tiempo cercano se reconozca que la familia integrada por parejas del mismo sexo ostente el derrotero de derechos que sus similares sí poseen.

### 3.1.2.1 Salvamentos de voto a la sentencia SU-617 y C-071 de 2015

Los salvamentos de voto parciales a la decisión tomada en sentencia de unificación 617, proferidos por los magistrados de la corriente liberal de la Corporación, reprocharon que el ponente circunscribiera el ámbito de protección a un solo supuesto de hecho, cuando para éstos, lo que se encontraba en juego era la igualdad del acceso a la adopción de este tipo de familias frente a las uniones heterosexuales y las demás tipologías de hogar que protege el ordenamiento colombiano.<sup>178</sup> Los jueces de criterio

---

decisión; o revestir diversas modalidades desde los efectos que produce la sentencia; o ejercer lo que la Corte Constitucional colombiana denomina la “modulación” de los fallos, como facultad de construir el tipo de sentencia que mejor le permita la defensa de la supremacía e integridad del texto constitucional; así también, los fallos de la Corte Interamericana no se han limitado simplemente a declarar la responsabilidad internacional del Estado demandado, sino que han incluido en la sentencia condiciones interpretativas de la Convención Americana, han señalado efectos diversos a la decisión, e incluso, han dispuesto órdenes que obligatoriamente deben ser cumplidas por el Estado responsable.”

<sup>178</sup> Juanita León, “La adopción gay: se impuso el pragmatismo en la Corte”, *La Silla Vacía*, 29 de Agosto de 2014: <<http://lasillavacia.com/historia/la-adopcion-gay-se-impuso-el-pragmatismo-en-la-corte-48501>>. Para muchos juristas la decisión tomada en el caso de Turandot, Fedora y Lakmé debió ser más garante y no circunscribirla a casos similares. Esto se desprende de algunos salvamentos de voto parciales proferidos en la sentencia SU-617 de 2014. Para la línea liberal de la Corte Constitucional conformada por María Victoria Calle, Jorge Iván Palacio, Gloria Ortiz y Luis Ernesto Vargas, debió haberse proferido un fallo a favor del principio de igualdad. Por su parte Calle esbozó que lo que estaba primando en esta situación “no era en realidad sobre el derecho a la familia de la mamá adoptante sino que lo que lo que estaba en juego era el derecho de los homosexuales a ser tratados como iguales y a no ser discriminados en razón a su inclinación sexual.” Por lo que la consecuencia lógica de este

liberal criticaron esta que esta decisión no generara un precedente con efectos erga omnes que lograra proscribir cualquier tipo de discriminación en ocasión a la orientación sexual del adoptante.

Por su parte las objeciones al fallo C-071 de 2015 provienen igualmente de los magistrados de la postura que apoya la igualdad, como Luis Ernesto Vargas Silva, quien recriminó la precariedad de la sentencia y sobre todo el desconocimiento del principio de prohibición de discriminación, del precedente de la Corte y de jurisprudencia internacional, así como los postulados pluralistas que pregona la Constitución de 1991.

Para Vargas Silva, el fallo en cita conduce a “nuevas inequidades, que quizás la mayoría no advirtió, como la de poner en un plano desventajoso y de exclusión al hijo adoptivo de uno de los miembros de la pareja, frente al hijo biológico, único que podrá ser objeto de la adopción consentida”.

Al perpetuar un escenario de exclusión, la sentencia C-071 instauro un ordenamiento jurídico concebido exclusivamente a partir de los lazos de sangre y desprecia el carácter emocional que caracteriza y funda a la institución familiar.

La decisión de la Corte no dio mérito a la realidad de estas familias y dedujo que el parentesco se encuentra concebido exclusivamente por las relaciones biológicas y sexuales, sin tener en cuenta que las redes de apoyo, amistad y de comunidad de vida desestabilizan y rompen esta estructura.<sup>179</sup>

---

argumento era que no solo se le debía conceder la tutela a la pareja de lesbianas sino que, a partir de este fallo, cualquier pareja homosexual debería poder adoptar un niño en las mismas condiciones en las que lo hace una pareja heterosexual.”

<sup>179</sup> Judith Butler, “¿El parentesco es siempre heterosexual?”, en *Deshacer el género* (Barcelona: Paidós, 2006), 181.

### **3.1.3. Las puertas aún no se cierran del todo para la adopción igualitaria**

A pesar de lo aquí expuesto aún quedan esperanzas para las familias homoparentales y su pleno reconocimiento jurídico, pues la Corporación se declaró inhibida para pronunciarse sobre los intereses de los menores, lo que posibilita el amparo de la adopción igualitaria a través de sentencias por vía de tutela que intenten salvaguardar sus derechos fundamentales a la dignidad, a la protección de una familia y a la igualdad.

La posibilidad de que se reclame por vía de tutela por ejemplo la protección del derecho a la salud y seguridad social de un menor que no pueda acceder al sistema debido a que no sostiene una relación filial, reconocida así por el Estado, con la pareja de homosexuales con la cual convive de facto, podría ser un ejemplo de la realidad que viven muchos colombianos, en donde de hecho, se acogen a niños, niñas o adolescentes en situación de abandono o también llamada adoptabilidad, para brindarles protección y afecto bajo el techo de un hogar conformado por este tipo de uniones.

Otra posibilidad podría darse en materia de sucesión, con un caso similar al de Atala Riffo y niñas vs Chile, en donde la madre o padre biológico sostuvo una relación heterosexual previa y empezó un nuevo vínculo afectivo con alguien de su mismo sexo. De esta forma aunque los menores que conviven con este tipo de uniones, conciben como padres a la unión de homosexuales, los mismos no podrían tener derechos patrimoniales debido a que la adopción conjunta en este tipo de situaciones, no se encuentra concebida en el régimen jurídico.

En este tipo de circunstancias el interés prevalente del menor de edad podría verse afectado ya que se generaría un grave déficit de protección ante el vacío legislativo que persiste en el sistema y el restringido alcance de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional.

Para darle solución a esta clase de problemáticas, necesariamente deberá aludirse al precedente constitucional en sentencia T-276, Caso Chandler Burr y lo estipulado por los estándares internacionales en materia de prohibición de discriminación por orientación sexual.

Por ahora habrá que esperar a que este tipo de situaciones se presenten en los estrados judiciales y de esta forma se logre un giro transcendental en la línea jurisprudencial que sostiene la Corte Constitucional, en donde prevalecen los vínculos biológicos sobre los emocionales.

### **3.2 Desproporcionalidad del tratamiento jurídico diferenciado en materia de adopción**

Ante la palpable desprotección legal en la que aún se encuentran las familias integradas por parejas de personas del mismo sexo y a pesar de que el proceso jurisprudencial emitido desde el año 2007 con la sentencia C-075, hasta los más recientes pronunciamientos emitidos en fallos SU 617 y C-071, no han proferido en su totalidad decisiones igualitarias, por lo menos, éstas han equiparado parcialmente las condiciones jurídicas de este tipo de familia frente a los hogares integrados por uniones heterosexuales, así como las demás formas en las que se expresa esta institución.

La Corte Constitucional ha dejado en claro que su intervención es legítima “si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados; si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o si la menor protección relativa de un grupo obedece a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido.”<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), capítulo noveno, en Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-075*.



Su precedente permite afirmar que toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un test estricto de proporcionalidad<sup>181</sup>

Este juicio también llamado de igualdad, requiere establecer en primera instancia, si los supuestos de hecho entre grupos comparables resultan asimilables. En seguida si la finalidad del tratamiento diferenciado es idónea o lo que es igual, si persigue un fin constitucionalmente admisible. Posteriormente se estudia la necesidad de la medida al definir si es adecuada para conseguir tal objetivo. Por último se ponderan las cargas que deben soportar un grupo frente al otro para decretar así la proporcionalidad en sentido estricto del trato desigual.<sup>182</sup>

De esta manera se realizará el juicio de proporcionalidad a la disposición del Código de la Infancia y Adolescencia que consagra los casos de adopción en lo que se conciben excluidas a las parejas del mismo sexo.

### **3.2.1 Situaciones similares y la aplicación del test estricto de igualdad**

El reconocimiento conferido a las uniones de personas del mismo sexo en el año 2011, equilibró su estatus jurídico al concebirlas como una forma legítima de conformar la institución básica de la sociedad colombiana, al igual que los hogares integrados por parejas heterosexuales, así como los llamados de crianza, monoparentales, extensos y ensamblados.

La realidad demuestra que las familias integradas por homosexuales también albergan en su seno a niños y niñas frutos de técnicas de reproducción asistida, como el caso de Turandot y Fedora. De igual forma le brindan educación y amor a los hijos (as)

---

<sup>181</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-481*.

<sup>182</sup> *Ibíd.*

de relaciones heterosexuales previas.<sup>183</sup> Además poseen el deseo de participar en los procesos adoptivos con el fin de amparar a los menores de edad que han sufrido vejámenes como abandono, explotación, abusos sexuales o que se encuentran en estado de orfandad.

Estas circunstancias las sitúan en planos de igualdad en relación con las otras formas de familia, que de forma similar desean legitimar el vínculo filial en pro del interés superior de los menores con los cuales conviven de facto<sup>184</sup>; o en su defecto resguardar a aquellos niños, niñas o adolescentes que carecen de un hogar.

Al someter a un juicio estricto de proporcionalidad la disposición que consagra los casos que permiten la adopción en la Ley 1098 del 2010, no se encuentra la relación entre la exclusión de las parejas de personas del mismo sexo y la protección del interés superior del niño como su finalidad constitucional imperiosa.

La exclusión de este tipo de familias no es el medio adecuado para alcanzar la salvaguarda del interés prevalente de los niños, pues incluir dentro del ámbito de las disposiciones a las parejas homosexuales no implica per se la anulación o desmedro de

---

<sup>183</sup> “Madre gay recupera a su hijo gracias a tutela”, *Noticias Caracol*, 26 de agosto de 2014, <<http://www.noticiascaracol.com/nacion/madre-gay-recupera-su-hijo-gracias-tutela>>. “El niño de 5 años fue alejado de la mujer hace un año por el ICBF. El juez consideró que el menor debía estar con su madre sin importar su orientación sexual.” El caso de “María” es similar al de Karen Atala Riffo vs Chile, pues convivió con un hombre por un periodo de 2 años con el cual tuvieron un hijo, sin embargo frente a la ruptura de la relación, empezó una nueva con una persona de su mismo sexo. Por esta razón el padre decidió acudir al ICBF para conseguir la custodia del niño, lo que consiguió con argumentos religiosos y moralistas. Sin embargo un juez de tutela de Bogotá amparó sus derechos a la unidad familiar y al interés superior del niño. Es así como la realidad demuestra que existen familias ensambladas compuestas por nuevas relaciones homoafectivas en donde la pareja actual del progenitor también ejerce roles de parentalidad frente al hijo o hija de su pareja actual.

<sup>184</sup> Por ejemplo los niños (as) que han perdido a sus padres y se criaron con la familia extensa o de crianza. O en su defecto cuando el actual compañero (a) del padre o madre biológica ha ejercido roles de cuidado y parentalidad con los hijos de relaciones amorosas anteriores, es decir por las relaciones que generan una familia ensamblada.

los derechos del menor<sup>185</sup>. A la vez no desprotege a los otros tipos de familia que se encuentran bajo el amparo de la disposición.

La necesidad imperiosa de excluir a las parejas del mismo sexo como única medida para salvaguardar el interés superior del menor, es injustificada, pues existen diferentes mecanismos administrativos y judiciales que permiten realizar el seguimiento a los adoptantes y verificar el desarrollo integral del adoptado y la prevalencia de sus intereses.

Finalmente el trato diferenciado que se desprende de la normativa no es proporcional. Entre las consecuencias adversas del trato diferenciado se encuentran: el perpetuar la discriminación en contra del hogar conformado por personas homosexuales en razón de su orientación sexual. El desmedro de los derechos de los niños que integran estos hogares, cuando ambos progenitores desean brindar la adopción, así como de aquellos que se encuentran en estado de adoptabilidad y anhelan un hogar que les brinde protección, educación y amor.

Este tipo de familias se encontrarían sometidas a acudir a trámites engorrosos como las acciones de inconstitucionalidad, o excepcionales, como la revisión de las sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional, con el fin de reclamar las implicaciones jurídicas de su estatus, así como la garantía de los derechos de los menores que conviven con ellas.

---

<sup>185</sup> “Hay padres gay mediocres, así como hay heterosexuales mediocres”, *Semana*, 8 de septiembre de 2014, <<http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/david-brodzinsky-habla-sobre-la-adopcion-en-parejas-del-mismo-sexo/402080-3>>. Diferentes investigaciones como las realizadas por el estadounidense David Brodzinsky, dan cuenta que no existe diferencia alguna entre los niños criados por familias de parejas heterosexuales y aquellos con uniones homosexuales. Para el investigador “este es un tema político caliente en muchos países, no solo en Colombia. Y tiene que ver con los valores culturales. Pero creo que hay un insumo importante para cualquier discusión: tres décadas de investigación científica seria permiten concluir que no hay diferencia alguna. ¡Ninguna! Miles de estudios demuestran que un niño criado en un hogar de padres heterosexuales no crece mejor ni peor que en el hogar de una pareja homosexual. Hay padres gais mediocres, así como hay padres heterosexuales mediocres.”

Aunado a ello las familias integradas por parejas del mismo sexo se verían forzadas a acudir a la autoridad administrativa y postularse de forma individual como adoptantes (por ejemplo en el caso de los niños con declaratoria de adoptabilidad) lo que iría en contra de su dignidad al tener que relegar, abandonar o invisibilizar su proyecto de vida en pareja.

Lo anterior representa una considerable carga que resulta injustificada para este tipo de hogares frente a los demás prototipos como los nucleares, monoparentales, ensamblados, extensos y de crianza.

Por ello el tratamiento jurídico diferenciado que se desprende de la exclusión que implícitamente realiza la norma frente a las familias de personas del mismo sexo, transgrede sus derechos fundamentales a la igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, proscripción de discriminación y el interés prevalente de los niños y niñas a tener una familia.

### **3.3 “Prevalencia del Derecho formal sobre el sustancial”**

La Constitución Política de 1991 establece su fuerza normativa en el artículo 4. Para el intérprete autorizado de la Carta, esta consagración ubica al texto constitucional como la primera referencia del derecho interno y del cual depende la validez de todo el ordenamiento.<sup>186</sup>

La Corporación ha estipulado que la supremacía de la Carta Política hace parte fundante del Estado Social y Democrático de Derecho, debido a que su imperio normativo vincula el actuar de todos los que detentan el poder para “la realización efectiva de los derechos subjetivos consagrados constitucionalmente. Ante dichas

---

<sup>186</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1290*, Álvaro Tafur Galvis (Bogotá: 2001):<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1290-01.htm>>.

autoridades pueden los ciudadanos exigir la realización efectiva de los derechos constitucionales, algunos de los cuales son de aplicación inmediata precisamente por su fuerza normativa y vinculante.”<sup>187</sup>

A lo largo de la investigación se ha demostrado que los reconocimientos por vía de interpretación constitucional pretenden solventar el grave déficit de protección legal en que se encuentran estas minorías.

Sin embargo en la realidad, los operadores en todas las ramas del poder, incluido el bloque conservador de la Corte Constitucional, desconocen o cuestionan estas subreglas que provienen desde el año 2007 y que abogan por erradicar todo trato diferenciado argumentado en la orientación sexual del individuo. En razón de que no existe un despliegue legislativo que ratifique y especifique dichos reconocimientos.<sup>188</sup>

Este tipo de prácticas que atentan contra la materialidad de la Constitución y reflejan los fuertes rezagos de una cultura colonial, legalista, patriarcal y heteronormativa de los dirigentes estatales, generan la difusión y preservación de la exégesis de la norma secundaria, antes que la salvaguarda de los derechos fundamentales de aquellos ciudadanos que acuden a sus despachos u oficinas administrativas en busca de una solución garantista.

El principio que hace prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades<sup>189</sup> se coarta cuando los lineamientos de las normas no se conciben flexibles o maleables para efectivizar su verdadera finalidad.<sup>190</sup>

---

<sup>187</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-415*, Mauricio González Cuervo (Bogotá: 2012): <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-415-12.htm>>.

<sup>188</sup> *Ibíd.*

<sup>189</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-1306*, Marco Gerardo Monroy Cabra (Bogotá: 2001): <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1306-01.htm>>. “Se debe tener siempre presente que la norma procesal se debe a la búsqueda de la garantía del derecho sustancial. Teniendo en claro la prevalencia que en la administración de justicia debía tener el derecho sustancial, el constituyente de 1991 lo estableció como principio de la administración de justicia en el artículo 228 al consagrar que en las actuaciones de la administración de justicia ‘prevalecerá el derecho sustancial’. La Constitución consagra el respeto de los derechos

Ejemplo de ello es la redacción neutral de las normas del Código de la Infancia y Adolescencia que ni permiten ni prohíben a las familias de parejas homosexuales, acceder a la adopción, pues su verdadero fin es garantizar el interés superior del niño (a).

A pesar de la generalidad de las disposiciones, el principio de exclusión que reina en los trámites administrativos, no permite que las uniones del mismo sexo se encuentren amparadas bajo todos los supuestos de hecho de la norma, desconociendo su objetivo primordial y la resolución del fondo del asunto. Lo que resulta un desconocimiento pleno del derecho a la igualdad de estas uniones.

El proceso jurisprudencial emprendido en 2007 a favor de estas minorías, representa otro caso de ineficacia del derecho sustancial. Después de la primera sentencia que brindó protección en materia patrimonial a las parejas del mismo sexo, se registraron incontables requerimientos ante autoridades judiciales y administrativas por desconocimiento de sus derechos o, inaplicación de los mismos debido a la inexistencia de disposición legal que así lo ratificara.<sup>191</sup>

---

fundamentales, lo cual implica que esta protección debe prevalecer sobre normas procesales que de ser aplicadas conducirían la negación de los mismos.”

<sup>190</sup> Daniel Mauricio Patiño Mariaca, “La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa”: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 119 (Medellín: I semestre, 2013), 675: <<http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2361/2104>>. “Como lo establece el Tribunal Constitucional español en la aplicación de las normas procesales se debe impedir el uso de formalismos o rigorismos excesivos, o de interpretaciones del texto legal, absolutamente lineales o literales que impidan la normal consecución del fin que la norma o normas persiguen, omitiéndose el estudio del fondo del problema en consideración a la forma y sólo a ella.”

<sup>191</sup> Mauricio Albarracín Caballero y otros, *Derechos humanos: de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007 / investigación y textos*, 225-227. Debido a que los alcances y la obligatoriedad del primer fallo que amparó los derechos de las parejas del mismo sexo, C-075 de 2007 no resultaban precisos para los servidores públicos encargados de efectivizarlo (jueces, funcionarios en general y notarios), se hizo necesaria la implementación de medidas administrativas para que la declaración de la unión marital y la disolución de la sociedad patrimonial fueran todo un hecho. Se realizaron cursos de capacitación para jueces de familia en el Consejo Superior de la Judicatura. La Superintendencia de Notariado y Registro expidió la Instrucción Administrativa Número 10 del 14 de Septiembre del 2007, la cual abordó el asunto de la “Declaración de existencia de unión marital de hecho y disolución de la sociedad patrimonial de parejas homosexuales”. El Ministerio del Interior y de Justicia emitió el 11 de

### 3.3.1. Cultural colonial y legalista de los actores jurídicos colombianos

La doctrina constitucional demuestra importantes avances en procura de salvaguardar el derecho sustancial frente a las formalidades. Esta es una característica propia del activismo judicial y de las corrientes doctrinarias del Derecho constitucional contemporáneo.<sup>192</sup> No obstante los esfuerzos de las corrientes liberales de la Corporación que han abogado siempre por la igualdad, se frustran cuando no son tomados en cuenta por la totalidad de los actores del poder público e impiden el goce efectivo de los derechos de las minorías tradicionalmente discriminadas.

Investigaciones recientes demuestran que el desmedro de garantías fundamentales se debe a la cultura legalista, propia de una cosmovisión colonial del Estado, en donde la mayoría de jueces, funcionarios, abogados y demás actores jurídicos prefieren el

---

septiembre del 2007 la Circular 05 de 2007 dirigida a los directores de los Centros de Conciliación, llamada “Cumplimiento de la Sentencia C-075 de 2007”.

Lo mismo sucedió con la sentencia C-811 de 2007 que ampara el derecho de afiliación en salud para las parejas del mismo al presentarse varios problemas en el área administrativa de la seguridad social, relacionados principalmente con la desinformación sobre la sentencia e inexistencia de una ley que regulara el tema.

De una forma más compleja se ha dado el cumplimiento de la sentencia C-336 de 2008 que reconoce la pensión de sobrevivientes para estas familias, pues hasta el año 2010 aún se registran fallos de la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela que amparan este derecho ante la negativa de las entidades públicas y privadas para brindar el beneficio. Véase en sentencia T-1241 de 2008, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández; T-911 de 2009 con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla; T-051 de 2010 y T-592 con ponencias de Mauricio Gonzales Cuervo.

Lo anterior es sólo un ejemplo de la lucha judicial que han tenido que enfrentar las familias conformadas por personas homosexuales al momento de hacer efectivos los reconocimientos emanados por el intérprete autorizado de la Constitución del 91. Como se puede observar, las conquistas en materia de constitucionalidad y en fallos de revisión de tutela no han sido suficientes para materializar sus derechos.

<sup>192</sup> Javier Orlando Aguirre Román y Ana Patricia Pabón Mantilla, “El derecho como un campo según Pierre Bourdieu: el caso del precedente constitucional sobre protección laboral a la maternidad. Posibilidades y límites del activismo constitucional,”: *Prologuémonos. Derechos y Valores*, 20 (II semestre: 2007), 149-150:< <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602009.pdf>>. “Es innegable que desde 1991 el mundo jurídico colombiano ha experimentado diversos cambios. Con la promulgación de la Constitución Política en dicho año y con el desarrollo que de ella ha hecho la Corte Constitucional se han modificado tradiciones tan arraigadas como la concepción de las fuentes del Derecho en el sistema jurídico colombiano. La Ley ha perdido su sitial de honor que la proclamaba como la fuente formal por excelencia del Derecho y, con esto, el juez ha dejado de ser visto como “la simple boca mediante la cual la ley se pronuncia”. Para nadie es un secreto que el papel del juez y de su jurisprudencia como auténtica fuente de creación del Derecho se ha fortalecido en la praxis jurídica colombiana de los últimos años.”

formalismo antes que la materialización del derecho, “así como el constante recurso a argucias jurídicas para obtener resultados abiertamente contrarios a los principios que informan el derecho; lo que degenera en impunidad, una de las principales causas de la violencia en Colombia.”<sup>193</sup>

La desobediencia actual de los mandatos constitucionales y artificios tradicionalmente utilizados en el ámbito jurídico colombiano, representan el legado del Derecho español implantado en los siglos XV y XVI. En donde los designios del rey eran legítimos y válidos pero carecían de plena eficacia, en razón a su desajuste con las necesidades e intereses de los virreinos americanos. Por ello las autoridades gubernamentales de la Nueva Granada preferían ignorarlos o suspenderlos según su conveniencia.<sup>194</sup>

La herencia europea también dejó en la conciencia del Estado colombiano y por lo tal de su nación, la necesidad de que el Derecho regule todo campo de interacción social como medida generadora de seguridad jurídica.<sup>195</sup> Así entonces se tiene la creencia que a través de reformas constitucionales y la promulgación exacerbada de leyes y decretos se podrán resolver el conjunto de problemáticas existentes. Lo que produce el efecto contrario, al volver caótico y contradictorio el sistema normativo.<sup>196</sup>

---

<sup>193</sup> Natalia Arbeláez Jaramillo, “El irrespeto del ordenamiento jurídico en Colombia no es una cuestión de normas sino de voluntad política” (tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2012), 132-133: < <http://www.bdigital.unal.edu.co/10190/1/nataliaarbelaezjaramillo.2012.pdf> >.

<sup>194</sup> S. J. Stein, “La herencia colonial de América Latina” (México: Siglo Veintiuno Editores), 74, citado en Natalia Arbeláez Jaramillo, “El irrespeto del ordenamiento jurídico en Colombia no es una cuestión de normas sino de voluntad política”, 136: < <http://www.bdigital.unal.edu.co/10190/1/nataliaarbelaezjaramillo.2012.pdf> >.

<sup>195</sup> Valeria Pelaz Cardona, “Colombia: mucho legalismo y poca inclusión - Un ensayo de reflexión a partir de la obra de Ferdinand Lassalle,” Universidad Pontificia Bolivariana: < <http://revistaci.blogspot.com/2012/08/colombia-mucho-legalismo-y-poca.html> >. Esta ideología legalista concibe al ordenamiento como un sistema perfecto al presuponer que cada conflicto tiene solución al ser subsumido por la ley.

<sup>196</sup> Camilo Herrera Mora y Centro de Estudios Culturales, “Nuestra Identidad Estudio Colombiano de Valores” (Bogotá: Radda, Cenec, McCann Erickson: 2006), 185.



Por último, es necesario recordar que la concepción de familia protegida por el ordenamiento implantado en el periodo colonial, respondía a la doctrina católica y por ello a la estructura heterosexual de la unión con fines reproductivos.<sup>197</sup>

Aunque en la actualidad el Gobierno demuestre propósitos de implementar políticas en beneficio de estas familias,<sup>198</sup> el Congreso de la República sigue renuente y es el principal opositor de que los pronunciamientos de la Corte Constitucional se desarrollen por vía legislativa. Esto impide por una parte, el advenimiento de leyes que faciliten la inclusión y por otra, el descolonizar la cultura patriarcal en la que se cimienta el concepto de familia en la conciencia de quienes aplican el Derecho.

Para comprobar la anterior premisa a continuación se describirá a grandes rasgos un ejemplo de relaciones familiares que no concuerdan con el tradicional prototipo amparado por el Derecho Civil en el sistema colombiano.

### **3.3.1.1 Familias ignoradas por el Derecho**

Aunque el ordenamiento colombiano reconozca diversas tipologías de familia, ello no obsta para afirmar que la totalidad de expresiones afectivas se encuentren amparadas por el sistema y que además todas ellas se desprenden del normalizado prototipo nuclear.

---

<sup>197</sup> Véase en el I capítulo de la presente investigación.

<sup>198</sup> “Gobierno se compromete en política pública para LGBT – Ministro Cristo dice que debe estar lista para antes de finalizar este año, *El Tiempo*, 3 de septiembre de 2014:< <http://www.eltiempo.com/politica/congreso/gobierno-se-compromete-en-politica-publica-para-lgbt/14480017?hootPostID=be90eac0d04a79508afa282414d27124>>. “En un debate en la Comisión Primera de la Cámara, el ministro del Interior, Juan Fernando Cristo, hizo el compromiso. ‘Quiero asumir hoy claramente el compromiso del Gobierno Nacional de comenzar a trabajar de inmediato, recoger lo que se ha hecho hasta el momento y proyectarlo hacia adelante, y que antes de terminar el año tengamos una política pública de promoción y protección a la población LGBTI’, dijo Cristo.”

Con el fin de demostrar la colonialidad imperante en las nociones jurídicas de esta institución, se aludirá a las principales características de la familia poligámica y los verdaderos afectos que instituyen al prototipo extenso ubicado en el Pacífico colombiano. Esta descripción tan sólo representará una muestra de aquellas esferas de relaciones afectivas que ni la Corte Constitucional ni el sistema normativo colombiano consideran como existentes y válidas para ser reconocidas.

### **3.3.1.1.1 Un prototipo familiar alejado de las normas civiles**

Una constante al describir a la familia ubicada en las costas del Pacífico colombiano es la red de apoyo, solidaridad y amistad que sus relaciones representan, todas ellas superpuestas a los vínculos biológicos o de parentesco civil por las que tanto pregonan las autoridades estatales ubicadas en el centro del país.

Importantes estudios realizados acerca de la familia ubicada en las costas del Pacífico y a orillas del río Atrato, permiten concluir que este prototipo, constituido a partir de la tradición africana e influenciada por el contexto socio - cultural actual, es eminentemente dinámico al construirse y reconstruirse con facilidad. En ella predomina el prototipo de familia extensa y las uniones de hecho poligámicas, “en donde un hombre tiene varias compañeras que viven en unidades habitacionales distintas”.<sup>199</sup>

Las investigaciones de Virginia Gutiérrez de Pineda han demostrado que rituales como el matrimonio católico o la solemnización ante el Estado de los vínculos entre las parejas de esta región son muy poco frecuentes.<sup>200</sup> Y es que por obvias razones quienes

---

<sup>199</sup> César Moreno Baptista y Mary Luz Sandoval Robayo, “Virginia Gutiérrez de Pineda: aportes al desarrollo del pensamiento social, del conocimiento de la familia y la formación de nación en Colombia,” en *antropol.sociol*, 10 (Manizales: Enero – Diciembre, 2008), 112:<[http://virajes.ucaldas.edu.co/downloads/virajes10\\_5.pdf](http://virajes.ucaldas.edu.co/downloads/virajes10_5.pdf) > 119

<sup>200</sup> Virginia Gutiérrez de Pineda, *Familia y Cultura en Colombia* (Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura 1975), 38.

sostienen relaciones emotivas con más de una pareja no lograrán encontrar en el ordenamiento actual respuestas o protección a su situación particular. Sobre todo cuando este tipo de prácticas han sido sancionadas y estigmatizadas por varios sectores sociales desde antaño.<sup>201</sup>

En relación con la verdadera connotación de la familia extensa, para Pineda y demás investigadores la herencia de este pueblo juega un papel de suma importancia en la región del país al encontrar en ella principios éticos y de organización familiar, en donde prevalece la unión y entera correlación de sus integrantes.

Así entonces si una pareja decide convivir, ello no quiere decir que se haya conformado un núcleo independiente, sino que éste representa una extensión de la gran célula que incluye a hermanos (as), abuelos, padres, tíos, primos de cada integrante, vecinos, compadres, amigos...

Por ello las relaciones de parentesco predominantes se rigen no sólo por los lazos de consanguinidad sino también por la figura del compadrazgo, por la conexión con otros núcleos familiares, por afinidad, por la crianza en común o por el lugar de nacimiento cuando se está por fuera de él.

Frente a las relaciones de poder que se ejercen dentro del núcleo, el padre se sitúa en una posición dominante frente a la madre que le corresponde el cuidado y manutención de los hijos. En la mayoría de los casos esta obligación es compartida por solidaridad con la familia de origen, de crianza, o la red vecinal.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> Oscar Collazos, Bigamia, poligamia y otras Miserias, *EL Tiempo* (Bogotá: 28 de junio de 2001): <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-435082>>. “La despenalización de la bigamia ha puesto a pensar a juristas y antropólogos sobre las razones de una práctica que no se circunscribe a los estratos bajos. La práctica ha ganado normalidad social con la costumbre y con la aceptación de las mujeres. Se dice que bigamia y poligamia existen sobre todo en las costas del Caribe y del Pacífico. Si es cierto, quizá lo expliquen los rezagos todavía tribales de aquellas comunidades.”

<sup>202</sup> César Moreno Baptista y Mary Luz Sandoval Robayo, “Virginia Gutiérrez de Pineda: aportes al desarrollo del pensamiento social, del conocimiento de la familia y la formación de nación en

Los menores de edad que quedan bajo el cuidado de los integrantes de la familia extensa, integrada no sólo por personas consanguíneas sino también por fuertes vínculos de solidaridad con amigos y vecinos no discriminan los fuertes vínculos que entre ellos germinan. Así entonces y dependiendo del caso, una vecina podría sostener lazos afectivos importantes con los hijos de quienes residen cerca a su hogar, debido a las labores de crianza y educación que ejerza sobre ellos en la cotidianidad, a la par los menores corresponderán a dichos cuidados con respeto y cariño hacia ella y por tanto pueden “agregarla” a su círculo familiar tan sólo por el aprecio y el apego que los une.

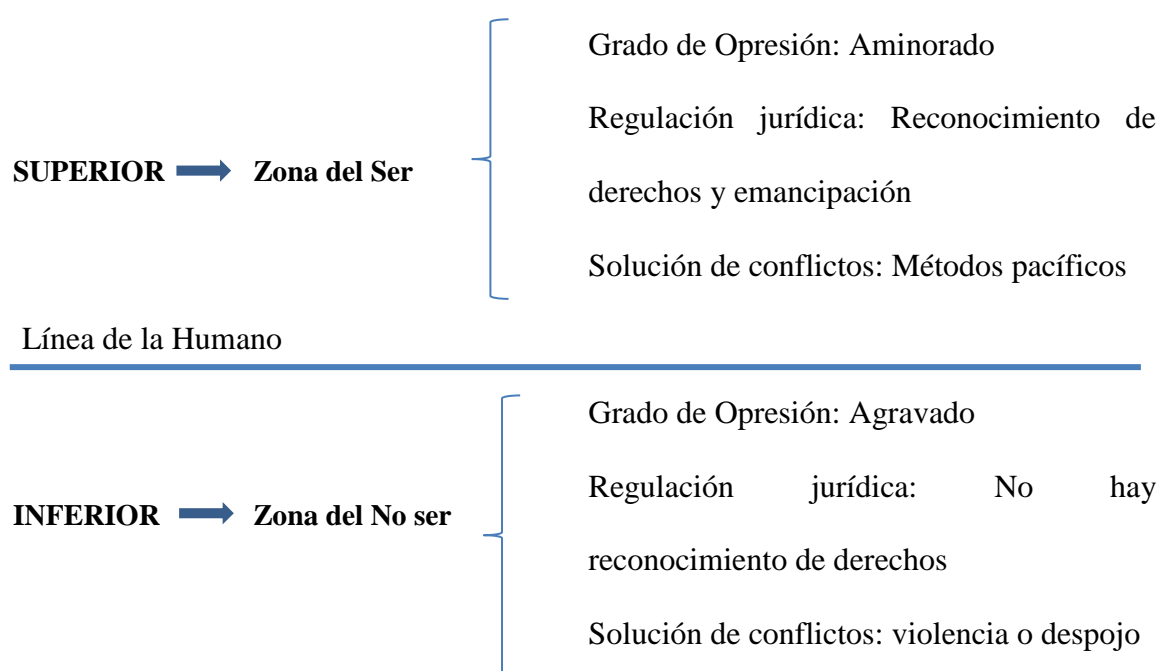
Lo anterior demuestra la particularidad de estas relaciones que no logran subsumirse o parecerse siquiera a los lineamientos normativos establecidos en códigos o en la jurisprudencia nacional. Por ello este tipo de organizaciones anteceden al Derecho y sobre todo exceden los anhelos coloniales de la familia monogámica y sus relaciones filiales derivadas exclusivamente del vínculo de sangre.

Al enunciar brevemente las características apenas visibles de este tipo de familia, se puede concluir que los afectos prevalecen a las formalidades y por ello debe emprenderse un proceso que refunde la epistemología o la concepción de esta institución, sin discriminar a sus integrantes o invisibilizarlos tan solo porque no corresponden a un prototipo tradicional.

A continuación se establecerán los fundamentos que justifican la exclusión de familias integradas a partir de las emociones y no desde el “deber ser” de un determinado y dominante imaginario.

### 3.3.2. Los homosexuales entre la línea de lo humano y sub humano

En el seminario sobre Pensamiento Contemporáneo llevado a cabo en la ciudad de Popayán en el mes de octubre de 2014,<sup>203</sup> el profesor Ramón Grosfoguel<sup>204</sup> expuso la representación de la dinámica de la discriminación en las sociedades latinoamericanas contemporáneas a través de la siguiente gráfica:



Esta división realizada por la “Línea de la Humano”, establece que en el ámbito Superior se encuentran aquellos que habitan la “Zona del Ser”, denominadas así por

<sup>203</sup> Ramón Grosfoguel, “De la crítica poscolonial a la crítica descolonial, similitudes y diferencias entre las dos perspectivas” (Popayán: conferencia en el marco del *Seminario de Pensamiento Contemporáneo* - Universidad del Cauca: 23 de octubre, 2014):< [https://www.youtube.com/watch?v=IpIfyoLE\\_ek&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?v=IpIfyoLE_ek&feature=youtu.be)>.

<sup>204</sup> Angélica Montes Montoya y Hugo Busso, “Entrevista a Ramón Grosfoguel”, en *Polis*, 18 (2007): < <http://polis.revues.org/4040>; DOI: 10.4000/polis.4040>, “Ramón Grosfoguel es doctor en sociología por la Temple University. Realizó estancias postdoctorales en diversas instituciones, entre las que destaca el Fernand Braudel Center. Profesor asociado en el Departamento de Estudios Étnicos de la Universidad de California, Berkeley. Ha publicado numerosos libros y artículos, entre los que destacamos: *Geopolitics and Trajectories of Development: The Cases of Korean, Japan, Taiwan, Germany and Puerto Rico*, junto a Sungho Kang; *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, junto a Santiago Castro Gomez.”

Franzt Fannon,<sup>205</sup> es decir individuos o grupos de personas que al tener el estatus de humanidad, son merecedores del reconocimiento del catálogo de derechos consagrados en el sistema jurídico. Garantías que se consideran emancipadoras al generar discursos en pro de la igualdad y dignidad por ejemplo.

La opresión generada en este ámbito es aminorada o disminuida. Por ello cuando se presentan conflictos el método de solución utilizado es el de recurrir al sistema para que éste proporcione las herramientas idóneas que favorecerán el diálogo y el consenso. De forma excepcional se acude a la fuerza.

Situación contraria es la que se genera en la región de lo subhumano o “Zona del No Ser”. En razón de su inferioridad, aquellos que la habitan no merecen ostentar ningún tipo de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. La opresión ejercida por las élites del poder es agravada y el ordenamiento provee como método de solución de controversias la violencia o en su defecto el despojo de lo poco que poseen.

Este tipo de reflexiones ponen en tela de duda la humanidad y por ello el reconocimiento del catálogo de derechos para ciertos sectores de la población, además de reflejar la realidad colombiana en donde no existe un reconocimiento pleno a las familias extensas del Pacífico por ejemplo, constituidas a partir del amor, la confianza y la cercanía de su gente o frente al caso que ocupa el presente estudio, la adopción igualitaria en beneficio de las familias homoparentales.

Argumentos como los utilizados por la Corte Constitucional en sentencia C-071 de 2015, así como la renuencia del legislador para emitir un estatuto que ampare sus intereses, evidencian la división entre quienes merecen ser padres adoptivos por su reconocimiento de humanidad como los heterosexuales y quienes por desafiar los

---

<sup>205</sup> Frantz Fanon, *Piel Negra, Máscara Blanca* s (Madrid: Akal, 2010). El racismo para Fannon representa una jerarquía global de superioridad e inferioridad.

prototipos de familia tradicionales, merecen reconocimientos parcializados o en su defecto ni siquiera la expedición de una ley que las mencione.

Para Judith Butler el reconocimiento se encuentra relacionado directamente con relaciones de poder y es así como “en la medida en que el deseo está implicado en las normas sociales, se encuentra ligado con la cuestión del poder y con el problema de quién reúne los requisitos de lo que se reconoce como humano y quién no... Algunos humanos son reconocidos como menos que humanos y dicha forma de reconocimiento con enmiendas no conduce a una vida viable.”<sup>206</sup>

Este tipo de teorías pueden ser utilizadas en todos los ámbitos de interacción social con el fin de establecer en qué momento se está deshumanizando y situando a las personas que requieren de violencia o el despojo en la zona de la No humanidad.

Frente a las parejas de personas del mismo sexo en Colombia es loable afirmar que su ubicación oscila entre la “Zona del Ser”, cuando se brindan reconocimientos jurídicos, pero frente al déficit de protección legal en el que se encuentran, cohabitan también en la región de lo “Sub humano”.

A manera de ejemplo en relación con los beneficios patrimoniales reconocidos por la Corte Constitucional se las considera “seres” al igual que las parejas heterosexuales y los demás prototipos de familia. Sin embargo si éstas desean acudir a la normativa que consagra la adopción para aquellos menores en situación de abandono, las parejas del mismo sexo dejan de habitar la zona de superioridad y pasan a ser consideradas inferiores. Debido a que en esta circunstancia se encuentran despojadas de apoyo jurídico que sustenten su petición.

La tesis de deshumanizar a quienes se encuentran en las esferas de la inferioridad, es muy similar a la expuesta por Paula Viturro cuando afirma que la

---

<sup>206</sup> Judith Butler, *Deshacer el género*, 15.

historia de las minorías sociales “nos enseñan que la naturalización de la categoría de persona física (correlato en la dogmática jurídica de la noción de sujeto de derecho) no es más que el reflejo de un consenso hegemónico (de allí su pretendido carácter autoevidente y universal) respecto de los atributos humanos que imperan en un momento histórico”.<sup>207</sup>

Por lo anterior se requiere no sólo de pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional que decidan zanjar la desigualdad formal entre el prototipo de familia homosexual frente a las demás estructuras familiares en materia de adopción, pues ante la presencia de estructuras excluyentes siempre existirán espacios o conductas reguladas en pro de un ideal de familia, en donde las conformadas por uniones homosexuales y sus hijos (as) no serán visibilizadas y por ello merecedoras de protección.<sup>208</sup>

Este escenario de discriminación requiere para su erradicación la deconstrucción del modelo patriarcal de familia a través de una educación pensada desde la diversidad y la interculturalidad<sup>209</sup>, dirigida a todos los sectores poblacionales de Colombia, para que sean éstos los promotores de los cambios institucionales.

---

<sup>207</sup> Paula Viturro Mac Donald, “La revolución Ixs ‘nada’: una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 9 (2013-43-59), 51.

<sup>208</sup> José Ignacio Pichardo, *Entender la diversidad familiar – Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*, 164. El fenómeno de la visibilización permite la reivindicación de garantías constitucionales a favor de sectores minoritarios y marginados por el sistema imperante. La Antropología da cuenta de ello y establece que “la visibilidad tiene un componente político y el movimiento de liberación homosexual hace de ella uno de sus principales instrumentos de lucha, ya que permite siguiendo la estela del feminismo, romper con la frontera entre lo público y lo privado, haciendo de éste un elemento de lucha política y social. Es considerada por algunas personas como su aportación directa a la lucha por la igualdad de las personas homosexuales en la medida en que al hacerse visibles ponen de manifiesto que existen, que no responden a un determinado estereotipo y que son personas cercanas y conocidas.”

<sup>209</sup> Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época* (Quito: Ediciones Abya Yala, 2009), 44-45. “La interculturalidad –como la entendemos aquí, pensada desde los grupos históricamente subalternizados y no desde ‘arriba’– apunta a cambios radicales en este orden. Su proyecto no es simplemente reconocer, tolerar o incorporar lo diferente dentro de la matriz y estructuras establecidas. Por el contrario, es implosionar – desde la diferencia– las estructuras coloniales del poder (incluyendo a aquéllas que intentan controlar el saber, el ser y las relaciones complejas en torno a la madre naturaleza), como reto, propuesta, proceso y proyecto; es re-conceptualizar y re-fundar estructuras sociales, epistémicas



### **3.4. Descolonizar la concepción patriarcal de la familia y reestructurar al Estado**

Como se demostró uno de los principales problemas que afronta la garantía de los derechos de las parejas del mismo sexo en el contexto colombiano es la posibilidad de ser concebidas como familias idóneas para postularse en el proceso adoptivo en igualdad de condiciones frente a los diversos hogares que también ampara la legislación.

Lo anterior se encuentra enraizado en el predominio de la concepción colonial, conservadora, patriarcal y heteronormativa de la familia en la conciencia colectiva de quienes detentan el poder.

La omisión legislativa proveniente del Congreso de la República, así como la negativa de reconocer en pleno las implicaciones del estatus de familia de estas uniones por parte de los actores jurídicos en la rama administrativa y los últimos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, son el reflejo de épocas pasadas en donde no se reconocía la pluralidad de las relaciones personales, así como la diversidad cultural, la dignidad de la persona al ejercer su proyecto de vida acorde con sus propios designios y el interés prevalente de los menores de edad.

#### **3.4.1. La colonialidad como eje transversal de la discriminación**

Para la doctrina latinoamericana descolonizar representa deconstruir; es el sometimiento de todo aquello que caracteriza a la colonialidad, a una profunda crítica social con el fin de comprenderla, entender su funcionamiento y conocer sus principales argumentos. Para tales efectos la misma es concebida como “el patrón de poder que

---

y de existencias, que ponen en escena y en relación equitativa lógicas, prácticas y modos culturales diversos de pensar, actuar y vivir. Por eso, la interculturalidad no es un hecho dado sino algo en permanente camino y construcción”

jerarquiza y que se manifiesta en toda clase de relaciones sociales tales como la sexualidad, género, conocimiento, clase, división internacional del trabajo, epistemología, espiritualidad, etc. y que sigue vigente aun cuando las administraciones coloniales fueron casi erradicadas del planeta.<sup>210</sup>

De este ejercicio se engendran estrategias de movilización por parte de los sectores tradicionalmente marginados, al cuestionar el predominio de las prácticas sociales y estatales que encuentran en ella la justificación para subordinarlos.<sup>211</sup>

Aníbal Quijano conceptualiza las relaciones coloniales o de dominación, como una forma de legitimar ideologías y práctica de relaciones de superioridad e inferioridad. La dominación social universal permite normalizar la subordinación de los pueblos conquistados y en consecuencia todo lo que provengan de éstos serán también inferiores como sus rasgos fenotípicos, así como sus descubrimientos mentales y expresiones culturales.<sup>212</sup>

Por su parte, Boavenura de Sousa Santos establece que la desigualdad y la exclusión son dos sistemas de pertenencia jerarquizada, lo que comporta la subordinación de los unos contra los otros, donde la presencia del o los “otros” es indispensable para sostener el sistema. La exclusión por su parte representa un “sistema igualmente jerárquico pero

---

<sup>210</sup> Angélica Montes Montoya y Hugo Busso, “Entrevista a Ramón Grosfoguel”, 2. Antes de brindar el significado de colonialidad, es necesario establecer su diferencia con el colonialismo, el cual se comporta como “la usurpación de la soberanía de un pueblo por otro pueblo por medio de la dominación político-militar de su territorio y su población a través de la presencia de una administración colonial. Con el colonialismo un pueblo ejerce la dominación y explotación política, económica y cultural sobre otro pueblo. Lo nuevo en el mundo moderno-colonial es que la justificación de dicha dominación y explotación colonial pasa por la articulación de un discurso racial acerca de la inferioridad del pueblo conquistado y la superioridad del conquistador.”

<sup>211</sup> Idón Moisés Chivi Vargas, *Materiales para la Descolonización de la justicia y del Derecho - Del momento constituyente al momento constitutivo* (Bolivia: 2012, edición electrónica), 7: <<http://alainet.org/images/documentos%20la%20descolonizacion%20de%20la%20justicia%20y%20el%20derecho-2.pdf>>.

<sup>212</sup> Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina* (Lima: Centro de Investigaciones sociales, Lima), 8.

dominado por el principio de la exclusión: se pertenece por la forma como se es excluido. Quien está abajo, está afuera”<sup>213</sup>

Así entonces el negar la realidad de las familias homoparentales así como aquellos anhelos tanto de las parejas como de los niños que requieren la protección de un hogar, es tratar de hegemonizar el ordenamiento a favor de un prototipo biológico de familia pensado desde la reproducción, tal y como se concebía en siglos anteriores, e inferiorizar todo aquello que no se le asimile. Lo que va en contra de los postulados pluralistas y democráticos consagrados por la Constituyente de 1991.

Por lo tanto subordinar a un prototipo de familia en razón de su sexualidad y descalificar a sus integrantes para ejercer roles de padres y madres frente a otras formas de familia como la heterosexual, es una forma de colonización que merece ser cuestionada y abolida no solo del ordenamiento sino también de la conciencia social.

Descolonizar también representa la forma de entender y poner en práctica las experiencias de vida organizacional, cultural y cosmogónica de aquellos movimientos emancipadores de la sociedad.

Para Elizabeth Roudinesco el derecho a la diferencia entre las relaciones familiares representa además de una reivindicación frente a los homosexuales, un prototipo emancipatorio de la institución básica de la sociedad. Este proyecto de existencia rompe con las estructuras conservadoras de la sociedad y representan “uno de los puntos de surgimiento de la energía revolucionaria deseante de la cual sigue desconectada la militancia tradicional.”<sup>214</sup>

Es por ello que resulta necesario entender y entablar un diálogo intercultural con estos prototipos de familias para conocerlas desde su seno, pues según lo demuestran

---

<sup>213</sup> Boaventura De Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social Colección En Clave de Sur* (Bogotá: ILSA, 2003), 125-126.

<sup>214</sup> Elizabeth Roudinesco, *La familia en desorden*, 8.

investigaciones especializadas al respecto, existe un mayor grado de igualdad frente a los roles de la pareja y se educan menores de edad con mayores capacidades de respeto y tolerancia hacia lo diferente.<sup>215</sup>

Por ello si el predominio en la sociedad de las familias “normalizadas” ha generado políticas discriminatorias en contra de todo lo que no se les asimila, ¿por qué no entrar en un diálogo intercultural con el prototipo de hogar homoparental que puede generar políticas más inclusivas?

Para llegar a este punto de encuentro es necesario generar discursos educativos desde los movimientos emancipadores, como los activistas LGBTI, que permitan la observación de todas las aristas en el tema de familia. No se trata de invisibilizar y menospreciar a los diversos prototipos de hogar, se requiere que la educación impartida en cada establecimiento y rincón de la sociedad colombiana se dirija a enaltecer la diversidad que se expresa en esta institución y que esté dispuesta al constante aprendizaje con el fin de generar un proceso de cambio profundo.<sup>216</sup>

### **3.4.2 Por una educación desde la diversidad e interculturalidad**

La educación en Colombia posee una importante influencia religiosa derivada de la Carta Política de 1886, en donde se le confió a la iglesia católica occidentalizada su

---

<sup>215</sup> Véase en Elisabeth Beck Gernsheim, *La reinención de la familia: en busca de nuevas formas de convivencia* (Madrid: Paidós, 2003), 193 y Marie Helène Brousse, “Un neologismo de actualidad: la parentalidad”, en Mónica Torres, compiladora, *Uniones del mismo sexo: diferencia, invención y sexuación* (Buenos Aires: Grama Ediciones, 2010), 174-175.

<sup>216</sup> “El cuento LGBTI para preescolares que desata polémica en Chile ”, *El Espectador*, 24 de octubre de 2014:< <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/el-cuento-lgbti-preescolares-desata-polemica-chile-articulo-523989>>.Un ejemplo a seguir en materia pedagógica para enaltecer el pluralismo cultural es el caso del primer cuento chileno sobre diversidad sexual y familias homoparentales que posee apoyo gubernamental y que llegará a más de 500 jardines infantiles, denominado “Nicolás tiene dos papás”.

organización y propagación.<sup>217</sup> A pesar de los designios impuestos posteriormente por la Constituyente de 1991, en donde se enaltece la libertad de cultos, así como la posibilidad de que tanto particulares como instituciones públicas se hicieran cargo de la enseñanza en el país,<sup>218</sup> hasta el momento innumerables estamentos en todos los niveles educativos se encuentran bajo la dirección de la iglesia y sus doctrinas coloniales, siendo esa una de las razones por las cuales se perpetúa la noción patriarcal y heteronormativa de la familia.

Por ello la educación ha sido y continúa siendo un ámbito de exclusión y diferencia, pues además de permitir la movilidad y ascenso en el escalafón social, es un mecanismo que reproduce las desigualdades de raza, creencias, etnia y roles de género, cuando sus argumentos se centran en “verdades absolutas” y no admiten la interacción de otros saberes.<sup>219</sup>

No obstante la enseñanza, principalmente la universitaria, juega un papel fundamental en la acreditación y valorización del conocimiento; en la producción y comunicación de pensamiento tanto conservador como crítico; en la definición y diseminación de investigación; y en la formación y definición de ciudadanos.<sup>220</sup>

Es sólo a través de ella que germina la relación entre conocimiento, poder y democracia, pues así como favorece la discriminación, fomenta mucho más la movilización de la población y el cambio a través del análisis crítico de los sistemas

---

<sup>217</sup> Walter Bustamante Tejada, “Invisibles en Antioquia 1886-1936: una arqueología de los discursos sobre la homosexualidad” (Medellín: La Caneta Editores, 2001), 104.

<sup>218</sup> Colombia, Asamblea Nacional Constituyente de 1991, *Constitución Política de 1991*, artículos 67-70.

<sup>219</sup> Colombia, Ministerio de Educación, Agustín Lao-Montes, “Reformas de Educación Superior en búsqueda de la Democracia Inter-Cultural y la Descolonización de la Universidad: Debates Necesarios, Retos Claves, Propuestas Mínimas”: <[http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/articulos-175889\\_archivo\\_pdf1.pdf](http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/articulos-175889_archivo_pdf1.pdf)> 1

<sup>220</sup> *Ibíd.*, 9.

como el heterosexismo y el patriarcalismo impuestos en la familia.<sup>221</sup> Un ejemplo claro de lo anterior lo fue el movimiento LGBT en el contexto colombiano, donde la intervención de pensadores, activistas, políticos, grupos académicos e intelectuales jugó un papel clave al momento de visibilizar sus necesidades y reivindicar así sus derechos a través del sistema normativo.

La necesidad de implementar un proceso de transformación intercultural, no sólo desde la academia sino también desde lo social, político y epistémico, entendido como el discurso que valora la diversidad y el requerimiento de políticas públicas inclusivas<sup>222</sup> que llegue a la totalidad de estructuras de poder así como a todos los sectores poblacionales del Estado colombiano, resulta de vital importancia para generar profundos diálogos y análisis críticos que permitan construir una conciencia colectiva de emancipación frente a la noción exclusivista del hogar estructurado por hombre, mujer e hijos.

Para Catherine Walsh la interculturalidad representa un importante intercambio de culturas y saberes de forma equitativa. Su objetivo primordial es el de generar a través de una comunicación fluida, un convivir basado en el respeto y la legitimidad de la

---

<sup>221</sup>Jenny Ybarnegaray Ortiz, “Feminismo y descolonización”, 160-162:<[http://www.nuso.org/upload/articulos/3792\\_1.pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/3792_1.pdf)>. A través del conocimiento de fenómenos como la despatriarcalización que incitan a la igualdad de género en todos los ámbitos sociales y el goce efectivo de los derechos ciudadanos sin privilegios para unos a costa del desmedro de otros, se promueve la proscripción del racismo en razón de condiciones étnicas, raciales o de orientaciones sexuales del individuo. La concepción del mundo desde diferentes ópticas cuestiona la pretensión de universalidad que poseen los prototipos occidentalizados de instituciones como la familia, sin tener en cuenta otros saberes y experiencias que enriquecen y diversifican su concepción.

<sup>222</sup> Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en César Rodríguez Garavito, coordinador, *El derecho en América Latina un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2011), 145.

pluralidad y las diversas manifestaciones culturales provenientes de la sociedad, lejos de la subordinación y la hegemonía de un determinado imaginario.<sup>223</sup>

Este tipo de proceso basado en postulados igualitarios posibilita el descubrimiento y el aprendizaje de estructuras familiares tradicionalmente ignoradas por las ciencias y estigmatizadas por la sociedad a través de estereotipos que no permiten avances en su reconocimiento jurídico pleno. Tal y como sucede con las parejas conformadas por homosexuales, las cuales son discriminadas en materia de adopción porque se posee la creencia de que los menores criados bajo su techo reproducirán o imitarán la orientación sexual de quienes se encuentran a su cargo. Estereotipo que no posee validez alguna porque si fuese cierto entonces sería imposible que padres heterosexuales tuvieran hijos (as) homosexuales.

Sin embargo en la mayoría de ocasiones resulta más cómodo dar por cierto este tipo de aseveraciones que entablar una relación de diálogo que permita reconstruir el imaginario y la estructura social a partir de valores, actitudes y conocimientos que enaltezcan el respeto por la diferencia y permitan encontrar soluciones equitativas.

Zulma Palermo define a la Universidad latinoamericana como una consecuencia inmediata de la matriz colonial europea que domina no sólo a los estamentos educativos, económicos y políticos de la sociedad sino que se extiende a todo ámbito cotidiano de colectividades e individuos como por ejemplo el género y la sexualidad a través de la imposición de una forma exclusiva de concebirlos.<sup>224</sup>

La racionalidad que promueve como verdad universal que los hogares homoparentales atentan contra la moralidad pública y la continuidad de la especie

---

<sup>223</sup> Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, 41.

<sup>224</sup> Zulma Palermo, “La Universidad Latinoamericana en la encrucijada decolonial”, *Otros Logos – Revista de Estudios Críticos*, 1 (Buenos Aires: I semestre, 2010), 45- 46.

humana, es una forma de control y subordinación que revela la colonialidad frente al concepto de familia.

Por ello se propone que la cultura universitaria y el conocimiento que ésta promueve, se edifiquen a partir de otros saberes y diversas formas de conocerlos con el fin de decolonizar epistemológica, política y socialmente estructuras inmutables como la familia patriarcal.

Este proceso emancipatorio concebido desde la crítica y la resistencia a asumir el estado de cosas actual, reconocimientos parcializados para las familias homosexuales colombianas, requiere aunar esfuerzos provenientes en principio, de los activistas que propugnan por la igualdad y de los grupos poblacionales que se identifican con ese clamor (homosexuales).

Aunque en la actualidad existan en Colombia colectividades que luchan por este ideal, se requiere su descentralización para gestar así el cambio en todo el territorio. Lo anterior con el fin de que se promuevan y afiancen espacios de diálogo y socialización que permitan conocer su realidad, necesidades y requerimientos que aún faltan en aquellos reconocimientos jurídicos de carácter internacional y nacional en materia de derechos humanos.

Este tipo de visibilización y promoción permitirá un proceso de cambio desde la sociedad e instituciones académicas hacia la política y el aparataje estatal, pues el clamor ya no provendría de un grupo minoritario, focalizado en una ciudad, sino de grandes sectores del territorio.

Sólo así se podría propagar en cada rincón del país la noción de ciudadanía pluricultural,<sup>225</sup> promover una conciencia de democracia integrada<sup>226</sup> que permitirá la

---

<sup>225</sup> *Ibíd*, 145, Este término permitieron en varios países el reconocimiento de la pluralidad de culturas y con ello la consagración de derechos a sectores tradicionalmente marginados por los sistemas jurídicos, como por ejemplo las comunidades indígenas.



elección de verdaderos representantes del pueblo y las minorías<sup>227</sup> en las cúpulas del poder y la creación un ordenamiento jurídico acorde con las necesidades de todos y no sólo de unos cuantos.

De igual forma reinventaría a la mayoría de estructuras tradicionales y conservadoras del Estado colombiano como el Congreso de la República, autoridades administrativas como el ICBF y las posturas tradicionalistas que no permiten un cambio desde la rama judicial. Además se verían efectivizados principios como la dignidad, la igualdad, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, así como la unidad familiar y el interés superior de los menores, pues existiría un consenso y se brindaría legitimidad a las familias conformadas por personas homosexuales para que otorguen a los niños, niñas y adolescentes el desarrollo integral que tanto requieren.

Este tipo de ideales requieren de creatividad y de unión, ya que “por tendencias de la historia, en materia de desarrollo normativo, tenemos entre manos un gran desafío, ser creativos ante las urgencias de la dignidad del ser humano y las exigencias de

---

<sup>226</sup> Ronald Dworkin, “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros el pueblo, en los tribunales”, en *El Canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, eds (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 135. En oposición a los postulados individualistas emanados de una democracia liberal estadística, emerge la democracia comunitaria integrada, la cual solo se materializa en el momento en que los integrantes de la sociedad compartan ciertos ideales y de igual forma restringen al poder mayoritario, con el fin de ampliar en igualdad de condiciones el espectro de protección jurídica y participativa a quienes tradicionalmente se han visto excluidos del proceso democrático representativo.

<sup>227</sup> José Carlos García Ramírez, “Siete tesis sobre la descolonización de los derechos humanos en Karl Marx: Un diagnóstico popular para evaluar la calidad de la democracia en América Latina”, *Tabula Rasa*, 11 (Bogotá: II semestre, 2009, 253-285), 258: <<http://www.revistatabularasa.org/numero-11/10Almanza.pdf>> 282. La noción de pueblo aquí esbozada es aquella que utilizó Karl Marx para referirse a la emancipación de los olvidados de la historia: los pauper, los miserables, los desempleados, los obreros explotados, los niños de la calle, los presos políticos, los ancianos vituperados, el intelectual orgánico o responsable de sus deberes sociales, las mujeres silenciadas, los jóvenes sin futuro, la diversidad sexual estigmatizada...”Lo popular es el pueblo (la plebe como le gusta referirse al pensamiento conservador) con sus múltiples rostros heridos y ofendidos por una clase que ha monopolizado el poder político-económico y ejercido la violencia institucional.”

sociedades donde los excluidos son siempre los que menos derechos gozan...”<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> Idón Moisés Chivi Vargas, *Materiales para la Descolonización de la justicia y del Derecho - Del momento constituyente al momento constitutivo*, 277.

## **Conclusiones**

De la presente investigación dogmática jurídica se logran dar por demostradas las siguientes aseveraciones:

El fenómeno de la discriminación por orientación sexual, al cual deben enfrentarse las parejas conformadas por personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico colombiano, encuentra su origen en las tradiciones conservadoras y moralistas de la sociedad, en donde sus representantes en el poder legislativo han decidido invisibilizar la realidad de este tipo de uniones y por tanto, los efectos jurídicos de protección legal que éstas merecen.

La Constitución Política de 1991 se fundamenta en postulados y axiomas que engrandecen al ser humano, revistiéndolo de dignidad y por tanto de la autonomía suficiente para que éste, emprenda un proyecto de vida de acuerdo a sus convicciones y preferencias sexuales, sin que el Estado y sus autoridades interfieran en dicho plan. Por ello los principios de dignidad, igualdad y la proscripción de no discriminación, imponen a la organización política, judicial y administrativa la obligación de proteger y reconocer jurídicamente tales convicciones.

La jurisprudencia emitida por las corrientes liberales de la Corte Constitucional al concebir que la institución familiar se caracteriza por ser dinámica, fluctuante y que atiende a los cambios socioculturales, transformó su concepción unívoca tradicional entendida como matrimonial y heterosexual, y reconoció numerosas formas de esta institución como la nuclear, monoparental, ensamblada, extensa, de crianza, y la integrada por parejas de personas del mismo sexo.

La relación sentimental entre dos personas del mismo sexo ha sido tema de debate jurídico en Colombia desde la expedición de la Constitución del año 91, sin embargo sólo fue hasta el año 2007 en donde la máxima autoridad judicial: la Corte

Constitucional, les brindó protección y un incipiente reconocimiento en materia patrimonial a través de la sentencia de constitucionalidad C-075, en razón al grave déficit de protección legal en el que aún encuentran.

Hasta antes de la sentencia C-075 del año 2007, este tipo de uniones se las concebía como uniones indignas de ostentar derechos y garantías judiciales ya que el ordenamiento jurídico se encontraba preestablecido para proteger exclusivamente a la familia conformada entre un hombre y una mujer.

Las decisiones en materia de control de constitucionalidad que siguieron al fallo C-075 de 2007 reafirmaron a las parejas homosexuales la categoría de compañeros permanentes, lo que permitió a su vez, el reconocimiento de garantías en materia de seguridad social, tales como: la afiliación en cobertura familiar de salud, la adjudicación al compañero (a) supérstite de la pensión de sobrevivientes; así como un extenso derrotero de deberes y garantías en todo el ordenamiento gracias a la sentencia C-029 del año 2009.

Los fallos emitidos a partir de la sentencia C-075 del año 2007 en materia de derechos y garantías para parejas del mismo sexo determinaron la declaración expresa de su estatus de familia en el año 2011. Su reconocimiento se sustentó básicamente en los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, prohibición de discriminación, pluralismo y el derecho a tener una familia; valores que caracterizan un Estado Social y Democrático de Derecho en el que se circunscribe Colombia.

Los derechos y garantías reconocidos a las parejas conformadas por personas del mismo actualmente, abarcan diversos radios de protección legal, en materia constitucional, penal, civil, migratoria, de seguridad social, administrativa, entre otros, lo que demuestra que desde el año 2007 hasta la fecha, el máximo intérprete de la

Constitución ha superado en gran medida el déficit de protección en el cual se encontraban.

La línea argumentativa fomentada por la Corte Constitucional, desde la sentencia C-075 de 2007, al utilizar términos asociados con el concepto de familia, tales como proyecto de vida en común, vínculos afectivos, solidaridad, socorro, ayuda mutua, entre otros, evidencia un reconocimiento implícito de dicho estatus aún antes de su reconocimiento expreso en la sentencia C- 577 de 2011.

Hoy en día las parejas integradas por personas del mismo sexo pueden constituir familia a través de la unión marital de hecho y su condición de compañeros permanentes los legitima para acceder a un numeroso catálogo de garantías, beneficios y cargas jurídicas.

Dentro de la Magistratura colegiada de la Corte Constitucional confluyen ideologías progresistas y al mismo tiempo, corrientes conservadoras, que impiden y estancan, el reconocimiento jurídico pleno del estatus de familia a las parejas conformadas por parejas de personas del mismo sexo, limitándoles los deberes y derechos propios de dicha institución.

La implicación jurídica inmediata del estatus de familia entre personas del mismo sexo, es el acceso a la adopción de menores de edad. En razón de que esta figura jurídica es la única que puede solemnizar el vínculo filial entre los hijos o hijas habidos en la relación de pareja homosexual, a través de las técnicas de reproducción, o la convivencia con los menores de relaciones heterosexuales previas. Además de ser la única herramienta que permite crear lazos jurídicos entre quienes no poseen vínculos de sangre.

El caso de Chandler Burr prueba que los homosexuales pueden ejercer roles de parentalidad en circunstancias similares a las demás formas de familia que ampara el

ordenamiento colombiano y que por ello la orientación sexual no puede condicionar la idoneidad del futuro adoptante, siempre y cuando el interés superior del niño se encuentre acreditado.

La sentencia de unificación SU 614 proferida en el año 2014 confirma el precedente que proscribe toda forma de discriminación en razón de las preferencias sexuales de quienes deciden postularse a un proceso de adopción. Además, representa el primer precedente judicial que permite a las familias integradas por parejas de personas del mismo sexo acceder a la adopción de menores de edad.

Al analizar la experiencia de países como España y Argentina que han avalado a través de su legislación la adopción igualitaria, se puede concluir que el proceso de reconocimiento jurídico es muy diferente con el colombiano, pues las garantías reconocidas a parejas del mismo sexo no provienen del órgano legislativo, que es el facultado para realizar el debate y suplir los niveles de protección requeridos por sectores de la población minoritarios. Éstos tuvieron su origen en la Corte Constitucional, como el máximo intérprete de la Constitución Política, que en aras de mantener la supremacía de la Carta y de la efectividad de los derechos fundamentales ha establecido de forma gradual un estatuto casi completo de su situación jurídica.

Investigaciones sociológicas demuestran que los menores de edad criados en familias integradas por parejas del mismo, también denominadas hogares homoparentales, no poseen diferencias significativas frente a los niños y niñas criados en ambientes tradicionalmente aceptados. Al contrario, los mismos generan una conciencia más diversa de su entorno y reflejan connotaciones mucho más incluyentes e igualitarias.

A pesar de los esfuerzos realizados por las posturas progresistas de la Corte Constitucional para materializar el principio de igualdad y proscribir la discriminación

en razón de la orientación sexual del individuo. En materia del acceso a la figura de la adopción aún existe un trato jurídico diferenciado que resulta injustificado, pues el estatus jurídico de las familias de parejas de personas del mismo sexo no parece suficiente para poder acceder a todos los casos que suscita la adopción de un niño y niña consagrados en la Ley de Infancia y Adolescencia. En este caso la renuencia del legislador para proferir un estatuto que así lo contemple resulta discriminatorio.

La sentencia C-071 de 2015 promovida por el bloque conservador de la Corte Constitucional reafirma con efecto erga omnes la adopción consentida, lo que pone en evidencia el temor de la Corporación por erradicar la discriminación, ante el el impacto que una decisión incluyente tendría en la sociedad.

A pesar de lo anterior, este tipo de familias deberán seguir sujetas a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, lo que las inferioriza frente a las demás tipologías de relaciones familiares, y hasta pone en tela de duda su humanización porque al parecer en todos los ámbitos de interacción jurídica no son concebidas como sujetos de derechos.

Este tipo de situación que impide la colaboración armónica entre las ramas del poder público en Colombia, se encuentra enraizada en la concepción legalista, patriarcal y hetero-sexista del derecho de familia en los funcionarios públicos, lo que hace parte del legado español y que truncan los reconocimientos progresistas en materia de derechos humanos en beneficio de las minorías por opción sexual.

Con el fin de superar esta concepción conservadora y colonial de la familia, se hace necesario movilizar a todos aquellos sectores marginados por la violencia simbólica de la heteronormatividad para generar un proceso emancipatorio que permita erradicar la discriminación en razón de las preferencias sexuales de los integrantes de las uniones. Tal proceso debe iniciarse en las calles con la movilización de los actores, para que

pasen por las aulas de clase y espacios académicos de socialización y diálogo, que terminará con la elección de verdaderos representantes que procuren salvaguardar los intereses de todos los sectores poblacionales del país. Por ello se requiere el emprendimiento de un proceso intercultural que promueva este tipo de diálogos y sobre todo el respeto por la diferencia y la pluralidad en las relaciones familiares.



## Bibliografía

- Abolafio, Estrella y María Jesús Rubio Gutiérrez. “Adopción y parejas de hecho”.  
*Portularia: Revista de Trabajo Social*, No 4 (I semestre de 2004): 231 -238.  
<<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/171/b1513457x.pdf?sequence>>
- Aguirre Román, Javier Orlando y Ana Patricia Pabón Mantilla, “El derecho como un campo según Pierre Bourdieu: el caso del precedente constitucional sobre protección laboral a la maternidad. Posibilidades y límites del activismo constitucional.” *Prologuémonos. Derechos y Valores*, No 20 (II semestre de 2007) 149-159. < <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602009.pdf>>
- Albarracín, Mauricio y otros. *Derechos humanos: de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007 / Investigación y textos*. Bogotá: Colombia Diversa, 2008.
- Alexy, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Álvarez, Marco Antonio, “Avances jurisprudenciales en las nuevas tipologías familiares en Colombia – Perspectiva Judicial en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Humana,  
<[http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecas/Archivos/01\\_Documentos/avancesJurisprudenciales.pdf](http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecas/Archivos/01_Documentos/avancesJurisprudenciales.pdf)>
- Amato, María Inés. *Víctimas de la violencia. Abandono y adopción*. Buenos Aires: La Roca, 2006.
- Arbeláez, Natalia. “El irrespeto del ordenamiento jurídico en Colombia no es una cuestión de normas sino de voluntad política”. Tesis de maestría, Universidad

- Nacional de Colombia, Bogotá, 2012. <  
<http://www.bdigital.unal.edu.co/10190/1/nataliaarbelaezjaramillo.2012.pdf> >
- Beck Gernsheim, Elisabeth. *La reinención de la familia: en busca de nuevas formas de convivencia*. Madrid: Paidós, 2003.
- Belluscio, Augusto César. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- Bohórquez, Viviana y Mauricio Albarracín Caballero. “Orden sin libertad: abusos policiales contra lesbianas, gay, bisexuales y personas trans”. *Impunidad sin fin – Informe de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia 2010-2011*. Bogotá: Colombia Diversa, 2013.
- Bonilla Daniel e Isabel Cristina Jaramillo. *Ronald Dworkin - La Comunidad Liberal*. Bogotá: Siglo de los Hombres Editores, 1996.
- Borouse, Marie Heléne. “Un neologismo de actualidad: la parentalidad”. En Torres Mónica, comp. *Uniones del mismo sexo: diferencia, invención y sexuación*. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2010.
- Bustamante, Walter. *Invisibles en Antioquia 1886-1936: una arqueología de los discursos sobre la homosexualidad*. Medellín: La Caneta Editores, 2001.
- Centeno, Rafael. *Las personas GLBTT y derecho de familia*. Quito: Abya- Yala y Corporación Editora Nacional, 2009.
- Colombia. Superintendencia de Notariado y Registro. *Disminuye número de matrimonios en primer trimestre de 2013*. Bogotá, 22 de mayo de 2013. <  
<https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/boletines2013/boletin22mayo2013divorcior.pdf>>
- Donati, Pierpaolo. *Manual de Sociología de la familia*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2003.

- Chiani, Laura. “Cuando el niño reclama...”. Tesis de Especialización, Universidad de la Plata, Argentina, 2013, <<http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.870/te.870.pdf>>
- Chivi Vargas, Idón Moisés. *Materiales para la Descolonización de la justicia y del Derecho - Del momento constituyente al momento constitutivo*. Bolivia: 2012.
- De Sousa Santos, Boaventura. *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social Colección En Clave de Sur*. Bogotá: ILSA, 2003.
- Dworkin, Ronald. “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros el pueblo, en los tribunales”. En Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo. *El Canon neoconstitucional*, eds. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Fanon, Frantz. *Piel Negra, Máscara Blancas*. Madrid: Akal, 2010.
- Faur, Eleonor. “Género, masculinidades y políticas de conciliación familia – trabajo”. En Ávila, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valleres. *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNIFEM, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- García, José Carlos. “Siete tesis sobre la descolonización de los derechos humanos en Karl Marx: Un diagnóstico popular para evaluar la calidad de la democracia en América Latina”. *Tabula Rasa*. Bogotá, n°11, enero-junio, 2009. <<http://www.revistatabularasa.org/numero-11/10Almanza.pdf>>
- Gimeno Collado, Adelina. *La familia el desafío de la diversidad*. Barcelona: Ariel, 1999.
- Grosfoguel, Ramón “De la crítica poscolonial a la crítica descolonial, similitudes y diferencias entre las dos perspectivas”. Ponencia, *Seminario de Pensamiento Contemporáneo*, Popayán 23 de octubre de 2014.
- Grossman, Cecilia y otros. *Familias ensambladas*. Buenos Aires: Universidad, 2000.

- Gutiérrez de Pineda, Virginia. "Familia ayer y hoy". En Tovar Rojas, Patricia, edit. *Familia, género y antropología - Desafíos y transformaciones*. Bogotá: Icanh, 2003.
- Gutiérrez de Pineda, Virginia. *Familia y cultura en Colombia*. Bogotá: Universidad de Antioquia, 1975.
- Herrera Mora, Camilo y Centro de Estudios Culturales. *Nuestra Identidad Estudio Colombiano de Valores*. Bogotá: Radda, Cenec, McCann Erickson, 2006.
- Lamas, Marta. "Cuerpo e identidad". En Arango, Luz Gabriela y otros, comp. *Género, identidad, ensayos sobre lo femenino y lo masculino*. Bogotá: TM Editores Uniandes, 1995.
- Lemaitre, Julieta. *Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: casi una narrativa de progreso*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005.
- Malgesini, Graciela y Carlos Giménez. "Pluralismo cultural". En *Guía de conceptos, racismo e interculturalidad*. Madrid: Los libros de la Catarata, 2000.
- Montoya, Angélica Montes y Hugo Busso. "Entrevista a Ramón Grosfoguel". *Polis*, No 18, (I semestre de 2007): 2-11. < <http://polis.revues.org/4040>; DOI: 10.4000/polis.4040 >
- Montoya Pérez, Guillermo y Marta Elena, Montoya Osorio. *Las personas en el derecho civil*. Colombia: Leyer, 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *El derecho del niño y la niña a la familia – Cuidado alternativo poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. Relatoría de los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013. <<http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>>

- Ortiz Gutiérrez, Julio César. “El Código Civil y la reciente evolución jurisprudencial en la constitución colombiana”. En *Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Palermo, Zulma. “La Universidad Latinoamericana en la encrucijada decolonial”. *Otros Logos – Revista de Estudios Críticos*, No 1 (I semestre de 2010): 43-65.
- Patiño, Daniel Mauricio. “La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, No 119 (I semestre de 2013): 655 -703.  
<<http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2361/2104>>
- Pelaz, Valeria. “Colombia: mucho legalismo y poca inclusión - Un ensayo de reflexión a partir de la obra de Ferdinand Lassalle.” *Revista de Semilleros de Investigación Cultura Investigativa* (II semestre de 2012): 52-57.  
<<http://revistaci.blogspot.com/2012/08/colombia-mucho-legalismo-y-poca.html>>
- Pichardo Galán, José Ignacio. *Entender la diversidad familiar - Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*. Barcelona: Bellaterra, 2009.
- Pichardo Galán, José Ignacio. “(Homo) sexualidad y familia: cambios y continuidades al inicio del tercer milenio (Same-sex) sexuality and family: changes andcontinuities in thebeginning of thethirdmillennium”. *Política y Sociedad: Revista Científica*, No 1 y 2 (I semestre de 2009): 143-160.  
<<https://www.google.com.co/#q=pichardo+homosexualidad+y+familia+2009>>
- Pineda, Javier Armando. “Familia Postmoderna Popular, Masculinidades y Economía de Cuidado”. *Revista latinoamericana de estudios familiares*, No 2 (I y II semestre de 2010): 51-78  
<[http://revlatinofamilia.ucaldas.edu.co/downloads/Rlef2\\_3.pdf](http://revlatinofamilia.ucaldas.edu.co/downloads/Rlef2_3.pdf)>

- Quijano, Aníbal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. Lima: Centro de Investigaciones sociales, 2010.
- Roudinesco, Elisabeth. *La familia en desorden*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2003.
- Salgado Álvarez, Judith. *Entre la reproducción y el cuestionamiento de la concepción heteronormativa de familia. El caso Karen Atala*, Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- Taborda, Iván Darío. “Problemática probatoria frente al tema de las uniones maritales de hecho”. *Revista Vía Iuris*, No 9 (II semestre de 2010): 109-120: <Dialnet-Problemática Probatoria FrenteAlTemaDeLasUnionesMari-3432181.pdf>
- Tovar Rojas, Patricia. *Familia, género y antropología - Desafíos y transformaciones*. Bogotá: Icanh, 2003.
- Uprimny, Rodrigo y Mauricio García Villegas. “Corte Constitucional y emancipación en Colombia”. En Boaventura de Sousa Santos, coord. *Democratizar la democracia*. España: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Van Dijk, Teun A. “Discursos de las élites y racismo institucional”. En Bastida, Manuel Lario, coord. *Medios de Comunicación e Inmigración*, CAM: 2006.
- Walsh, Catherine. *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2009.
- Weston, Kath. *Las familias que elegimos: lesbianas, gays y parentesco*. Barcelona: Bellaterra, 2003.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”. En César Rodríguez Garavito, coord. *El derecho en América Latina un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2011.

Zambrano, Elizabeth, “Parentalidades ‘impensáveis: país/mães homossexuai, travestis e transexuais”. En *Horizontes antropológicos. Direitos sexuais*. Porto Alegre: Universida de Federal do Rio Grande Do Sul, 2006.

### Artículos de prensa

“Adopción un derecho dentro del matrimonio igualitario”. *Partido de los Trabajadores Socialistas PTS*, (Madrid), 5 de agosto de 2010. <  
<http://www.pts.org.ar/Adopcion-un-derecho-dentro-del-matrimonio-igualitario>>

Ámbito Jurídico, *Técnicas de reproducción humana asistida en Colombia: ¿evolución jurídica al ritmo de la ciencia?*, (Bogotá), 28 de Mayo de 2014.  
<[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-142805-02tecnicas\\_de\\_reproduccion\\_humana\\_asistida\\_en\\_colombia/noti-142805-02tecnicas\\_de\\_reproduccion\\_humana\\_asistida\\_en\\_colombia.asp?Miga=1](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-142805-02tecnicas_de_reproduccion_humana_asistida_en_colombia/noti-142805-02tecnicas_de_reproduccion_humana_asistida_en_colombia.asp?Miga=1)>

“Buscan que todas las parejas del mismo sexo puedan adoptar”. *El Tiempo* (Bogotá), 15 de septiembre de 2014. <<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/adopcion-homosexual-buscan-que-todas-las-parejas-puedan-adoptar/14538075?hootPostID=de48e0c5929676d2c5677c33bf4f38f5>>

Castro, José Francisco. “Discriminación en las relaciones laborales”. *Boletín Dirección del Trabajo*, (Chile) 2001. < [http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles-65173\\_recurso\\_1.pdf](http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf) >

“El cuento LGBTI para preescolares que desata polémica en Chile “. *El Espectador*, (Bogotá), 24 de octubre de 2014. <  
<http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/el-cuento-lgbti-preescolares-desata-polemica-chile-articulo-523989>>

“Gobierno felicitó a la Corte tras fallo sobre adopción”. *Noticiero de la F.m.* (Bogotá), agosto 28 de 2014. < <http://www.lafm.com.co/noticias/gobierno-felicito-la-corte-167204>>

“Gobierno se compromete en política pública para LGBT – Ministro Cristo dice que debe estar lista para antes de finalizar este año”. *El Tiempo* (Bogotá), 3 de septiembre de 2014. < <http://www.eltiempo.com/politica/congreso/gobierno-se-compromete-en-politica-publica-para-lgbt/14480017?hootPostID=be90eac0d04a79508afa282414d27124>>

“Hay padres gay mediocres, así como hay heterosexuales mediocres”. *Semana* (Bogotá), 8 de septiembre de 2014. <<http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/david-brodzinsky-habla-sobre-la-adopcion-en-parejas-del-mismo-sexo/402080-3>>

“Matrimonio Igualitario se hunde en Senado”, *El Espectador* (Bogotá), 24 de abril de 2013. <<http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-418160-matrimonio-igualitario-se-hunde-senado>>

“Pedirán boda gay en Uruguay y ya se habla de ‘efecto dominó’”. *DiariodeCuyo.com.ar*. <[http://www.diariodecuyo.com.ar/home/new\\_noticia.php?noticia\\_id=411829](http://www.diariodecuyo.com.ar/home/new_noticia.php?noticia_id=411829)>.

“Radican Reforma para prohibir la adopción de menores por parte de homosexuales”, *El Espectador*, (Bogotá) 10 de septiembre de 2014. <<http://www.elespectador.com/noticias/politica/radican-reforma-prohibir-adopcion-de-menores-parte-de-h-articulo-515856>>



## **Legislación**

Argentina. Senado y Cámara de Diputados. *Ley N° 26.618*, sancionada el 15 de julio de 2010 y promulgada el 21 de Julio de 2010.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente de 1991. *Constitución Política de 1991*

Colombia. Congreso de la República. *Ley 1232*, publicada en el Diario Oficial 47.053 de julio 17 de 2008.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 54 de 1990*. Diario Oficial 39615, entrada en vigencia 31 de diciembre de 1990.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 979 de 2005*, Diario Oficial 45982 de junio 27 de 2005, 27 de Julio de 2005.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 1098 de 2006*, Diario Oficial 46446 de noviembre 08 de 2006, Bogotá, entrada en vigencia: 8 de junio de 2007.

Colombia. Ministerio de la Protección Social. *Resolución N° 3748 06 de septiembre de 2010 - Por la cual se expide el Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia*, Bogotá, septiembre de 2010.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 16 de 1972*, entrada en vigencia en diciembre 30 de 1972.

Colombia. Ministerio del Interior de la República. Decreto 1726, Diario Oficial No. 42.040, Bogotá: 06 de Octubre de 1995.

Colombia. Ministerio de la Protección Social. *Resolución N° 3748 06 de septiembre de 2010 - Por la cual se expide el Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia*, Bogotá: 6 de septiembre de 2010, 13:  
<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Transparencia/NormativaSUIT/Resolucion/AnexoResolucion3748LINEAMIENTOADOPCION.pdf>

Colombia. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Concepto 6 de 2013, Bogotá:  
enero 6 de 2013

España. Cortes Generales. *Ley 13 de 2005*:  
<<http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf> >

Organización de Estados Americanos, Conferencia Especializada Interamericana sobre  
Derechos Humanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, San José,  
Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención sobre los  
Derechos del Niño*, 20 de Noviembre de 1959.

Organizaciones de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Pacto de Derechos Civiles  
y Políticos*, 16 de diciembre de 1966

Organizaciones de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Pacto Internacional de  
Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966

## **Jurisprudencia**

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-034*, Alfredo Beltrán Sierra, Bogotá:  
1999:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-034-99.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-141*, Humberto Antonio Sierra Porto,  
Bogotá: 2010: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>>.

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-283*, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,  
Bogotá: 2011: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-283-11.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-459*, Jaime Araujo Rentería, Bogotá:  
2004:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-459-04.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-326*, Antonio Barrera Carbonell, Bogotá: 1993: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-326-93.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-572*, Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá: 2009: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-572-09.htm> >

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-722*, Rodrigo Escobar Gil, Bogotá:2004:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-722-04.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-047*, Jorge Arango Mejía, Bogotá: 1994

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-577*, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá: 2011.

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-292*, Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá: 2004.

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-288*, Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá: 2012:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-288-12.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-481 de 1998*, Alejandro Martínez Caballero, Bogotá: 1998: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-229*, Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá: 2011: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-229-11.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-098*, Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá: 1996.

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-075*, Rodrigo Escobar Gil, Bogotá:2007:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-594*, Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá: 1993.

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-570*, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,  
Bogotá: 2012:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-570-12.htm> >

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-811*, Marco Gerardo Monroy Cabra,  
Bogotá: 2007:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-811-07.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-814*, Marco Gerardo Monroy Cabra,  
Bogotá: 2001:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-814-01.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-840*, Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá:  
2010:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-840-10.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-276*, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,  
Bogotá:2012:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Comunicado N°35 de Agosto de 28 de 2014 - Sentencia SU 617*, Luis Guillermo Guerrero Pérez,  
Bogotá:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2035%20comunicado%2028%20de%20agosto%20de%202014.pdf>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1195*, Manuel José Cepeda Espinosa,  
Bogotá: 2001: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>> ,

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-836*, Marco Gerardo Monroy Cabra,  
Bogotá: 2004: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-836-04.htm>> ,

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1290*, Álvaro Tafur Galvis, Bogotá: 2001:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1290-01.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-415*, Mauricio González Cuervo, Bogotá: 2012:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-415-12.htm>>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-1306*, Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá: 2001: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1306-01.htm>>

Colombia, Consejo de Estado - Sección Tercera, *Sentencia 19001233100020010075701 (31252)*, Enrique Gil, Bogotá: julio 11 de 2013

Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*, Fondo Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)>

Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 16 de 1999*.Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva N°17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva No.18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentado*.