

**ADOPCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO**

**MILENA LARA DE LA HOZ**



**UNIVERSIDAD DE LA COSTA “CUC”**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BARRANQUILLA**

**2018**

**ADOPCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO**

**MILENA LARA DE LA HOZ**

**TUTOR**

**SAHIET MEZA GARCIA**

**MILTON ARRIETA LOPEZ**



**UNIVERSIDAD DE LA COSTA “CUC”**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BARRANQUILLA**

**2018**

## Resumen

La presente investigación es titulada adopción de niños y niñas por parejas del mismo sexo, en la cual la comunidad LGBTI busca que sus derechos le fueran garantizados en aras de construir una familia. El objetivo que se persigue es el interés superior del niño ante el matrimonio igualitario y el derecho de tener un hogar, protección, cuidados y estabilidad de padres o madres; para ello a partir de la constitución de 1991 se ha venido trabajando por la igualdad de condiciones y de género que la sociedad rechazaba o rechaza. Otro ente encargado es la Corte Constitucional que ha regulado derechos para que las personas del mismo género que a la luz de la constitución de 1886 simplemente tenían prohibido, hoy se han tutelado estas prohibiciones cuya finalidad es que el legislador analice las normas que los tratados internacionales le brindan como mecanismos garantistas para que la norma en Colombia se adecue y sea interpretada favorablemente, por medio de jurisprudencias esta clase de derechos sean tenidos en cuenta iniciando por el cambio de nombre con la sentencia T-594/93, reconociendo el Estado que cada persona elige quien quiere ser sin impedimento de los demás de acuerdo al principio del libre desarrollo de la personalidad, con la sentencia T-290/95, se persigue proteger a un menor en estado de indefensión por intermedio de la adopción pero finalmente el fallo fue negado. Por otra parte, para que se acepte el matrimonio igualitario pasaron años tras años y finalmente en nuestro país fue fallado a favor de los homosexuales, luego se demandó la adopción y solo hasta el año 2015 con la sentencia C-683/2015 el legislador dijo que sería habilitada la adopción de niños por parte de las parejas del mismo sexo en virtud del interés superior del niño. Las personas que no están de acuerdo con el fallo comentan que los niños adoptados por homosexuales sufrirán un daño psicológico, moral y que podrían ser iguales que sus padres adoptivos, es por ello que el Estado debe implementar programas, dictar charlas, conferencias para que las personas sean conscientes que no es un daño a la sociedad, sino una protección a un menor y lograr derribar barreras impuestas garantizándole al niño el derecho a tener una familia que lo proteja frente a la sociedad.

*Palabras Clave:* familia, heterosexual, matrimonio, género, derechos.

### Abstract

The present investigation is entitled Adoption of children by same-sex couples, in which the LGBTI community seeks to have their rights guaranteed in order to build a family. The objective pursued is the best interest of the child before equal marriage and the right to have a home, protection, care and stability of parents or mothers; for this, since the constitution of 1991, it has been working for equality of conditions and gender that society rejected or rejected. Another body in charge is the Constitutional Court has regulated rights so that people of the same gender that in the light of the 1886 constitution were simply prohibited, today these prohibitions have been protected whose purpose is for the legislator to analyze the rules that international treaties provide as guarantee mechanisms so that the norm in Colombia is adapted and interpreted favorably, through jurisprudence this kind of rights are taken into account beginning with the change of name with the sentence T-594/93, recognizing the State that each person chooses who wants to be without impediment to others according to the principle of the free development of personality, with the sentence T-290/95, is to protect a child in a state of helplessness through adoption but ultimately the ruling was denied . On the other hand to accept the equal marriage passed years after years and finally in our country was ruled in favor of homosexuals, then the adoption was demanded and only until 2015 with the sentence C-683/2015 the legislator said that The adoption of children by same-sex couples would be enabled by virtue of the best interests of the child. People who do not agree with the ruling comment that children adopted by homosexuals will suffer psychological, moral and that could be the same as their adoptive parents, that is why the State should implement programs, give talks, conferences so that people are aware that it is not a harm to society, but a protection to a minor and to break down imposed barriers guaranteeing the child the right to have a family that protects it against society.

*Keyword:* family, heterosexual, marriage, gender, rights.

## Contenido

INTRODUCCIÓN .....	7
1. El problema.....	10
1.1. Antecedentes .....	10
1.1.1. La adopción en nuestro País .....	12
2. OBJETIVOS .....	16
2.1. Objetivo General .....	16
2.2. Objetivos Específicos.....	16
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TERMINO FAMILIA .....	17
3.1. La familia y el derecho de familia antes de la Constitución Española de 1978 .....	20
3.2. Etapas del Derecho de Familia.....	22
3.3. Concepto de familia desde la Constitución de 1991 .....	23
3.4. Importancia de la familia en el ámbito social .....	27
3.5. Familia como vínculo legal .....	28
3.6. Aplicación del principio del interés superior del niño .....	29
4. ADOPCIÓN.....	32
4.1. Adopción en Colombia.....	32
4.2. La ley 140 de 1960.....	34
4.3. La adopción como institución de protección del menor .....	38
4.4. Adopción plena y adopción simple .....	39
4.5. Regulación de la adopción en Colombia.....	40
4.6. Finalidad.....	41
4.7. Requisitos para adoptar .....	46

4.8.	Prelación para adoptantes colombianos .....	47
4.9.	Como se rige la adopción internacional .....	47
4.10.	Programas de Adopción.....	48
4.11.	Adopción Internacional .....	51
4.12.	Convenio europeo en materia de adopción de menores .....	56
4.13.	Cambios constitucionales que se presentaron con respecto al tema de la adopción ..	59
5.	CONCEPTO DE ADOPCIÓN HOMOPARENTAL .....	64
5.1.	Situación legal o jurídica en el mundo .....	64
5.2.	Jurisprudencias de altas cortes en relación con la adopción de un menor por parejas del mismo sexo.....	64
5.3.	Análisis de sentencias emitidas por la corte constitucional .....	65
5.3.1.	Sentencia T-290 DE 1995 .....	65
5.3.2.	Sentencia C-814 DE 2001.....	66
5.3.3.	Sentencia C-577 DE 2011.....	67
5.3.4.	Sentencia T-276 DE 2012.....	68
5.3.5.	Sentencia SU-617-2014 .....	69
5.3.6.	Sentencia C-071 DE 2015.....	71
5.3.7.	Sentencia C-683 DE 2015.....	72
6.	COMPARACIONES ENTRE JURISPRUDENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO .....	75
7.	DERECHO COMPARADO.....	79
	CONCLUSIONES .....	86
	REFERENCIAS.....	89

## Introducción

La adopción por parte de las parejas homosexuales y la relación que establecen con los niños en estas familias homoparentales, así como la discusión acerca de la adopción que quieren realizar los homosexuales es la controversia que se está viviendo en la actualidad lo cual provoca distintos tipos de reacciones ya que a la luz de la normatividad aún no se tiene claridad de cómo podemos adecuar ciertas leyes en el ámbito jurídico, es por ello que existe la necesidad de establecer un discusión más profunda sobre las impedimentos del tema a tratar, para esto realizaremos un recuento histórico sobre el concepto de familia, adopción, homoparentalidad, homosexualidad desde el punto de vista jurídico y psicológico.

Con la presente monografía se pretende un trabajo de reflexión conforme la noción de interpretación de afrontar la realidad en que estamos viviendo y la forma de debatir con respecto a los nuevos modelos de familia existentes, reflexionando y buscando la manera como se puede aportar a la sociedad para que la pareja homosexual pueda vivir armónicamente sin discriminaciones frente al heterosexualismo.

El hombre para realizarse plenamente necesita ser rodeado de la sociedad, es importante vivir en comunidad ya que nos ayuda a mejorar como personas no importa el sexo ni a que religión pertenezcamos. Los niños necesitan estímulos para poder desarrollarse y crecer como un adulto normal, mantener la unión de familia social como moral no importa si es homosexual o heterosexual y es aquí donde se configura la adopción como figura jurídica la cual se encarga de otorgarle al menor ese grado de protección en estado de desamparo garantizándole el derecho que todo niño debe tener a conformar y compartir con su familia biológica o adoptiva.

Las adopciones de las familias homoparentales son una temática de interés debido a que, a nivel nacional, este tipo adopciones que han realizado las parejas del mismo sexo son escasas, es por ello que se plantea la necesidad de generar nuevos estudios de investigación cuya finalidad es dotar de conocimientos a los profesionales para que al momento de responder dudas que la sociedad aún tiene se encuentren en la capacidad de abordar el tema.

Desde hace algunos años se ha venido trabajando en torno a cambios políticos, sociales y legislativos y vemos que se ha logrado la evolución de nuevos modelos familiares que incluyen las familias monoparentales y homoparentales, esto hace que la sociedad pueda adaptarse a esta nueva realidad.

Los discusiones en torno a la homosexualidad se han dado desde hace décadas, con el transcurrir del tiempo se le han reconocido ciertos derechos a las parejas del mismo género con la finalidad de proteger su condición sexual; la jurisprudencia al legalizar la unión marital de hecho o matrimonio igualitario les abrió la posibilidad de poder adoptar un niño producto de la relación de uno de los dos y se abre un nuevo debate conforme a esta decisión votos a favor, votos en contra, críticas en cuanto a la convivencia del menor, quien será el padre o la madre, como influye este modelo de padres en el desarrollo psicosocial del menor, en fin interrogantes que aún están por resolverse.

De lo antes expuesto esta monografía se define en siete puntos los cuales se basan en:

Primer punto, el problema, donde se destacan los antecedentes, así como la introducción al tema del cual se está planteando. El punto dos se determinan los objetivos de la investigación que abordan esta monografía de grado. El tercer punto se expresa la evolución histórica de la familia y los acontecimientos, decretos, leyes y sentencias que sustentan este capítulo. El cuarto punto se habla de la adopción, sustentando las leyes y decretos que se harán mención a lo largo

de esta investigación. El quinto punto muestra, el concepto de adopción y las definiciones legales. El sexto punto se habla de la comparación entre las jurisprudencias de la corte constitucional en los derechos de las parejas del mismo sexo, en el séptimo punto se logra establecer una diferencia de los diversos ordenamientos jurídicos del Derecho Comparado y luego se presentan las conclusiones de la investigación.

## 1. El Problema

### 1.1. Antecedentes

El origen de la adopción según el Tratadista Belluscio, (1975), se encontraba en las prácticas religiosas de los pueblos antiguos, es una hipótesis bastante considerada que se originó en la India, esta institución fue la que reemplazo el Levirato, institución en la cual la mujer viuda que no tuviera hijos debía unirse sexualmente al pariente más cercano del marido para procrear hijos y que estos a su vez fueran incluidos como hijo del fallecido lo cual le permitía la continuación del culto doméstico, luego siguió evolucionando las costumbres y este acto lo tomaban como repugnante.

En el Derecho antiguo 4000 A.C. existían civilizaciones como Egipto y Sumeria, en la Biblia el libro de Éxodo cuenta la historia de cómo los Egipcios esclavizaban a los Israelitas y dispusieron que cuando una Hebrea pariera y naciera el hijo varón lo mataran y la niña la dejaran viva, pero las parteras no hicieron caso a ley del Rey de Egipto y ellas dejaron vivos a los varones respetando la ley de Dios, luego con el tiempo parejas de la misma tribu Levi contrajeron matrimonio y la mujer embarazada al tener a su hijo vio que era muy hermoso y lo escondió durante tres (3) meses luego lo colocó en una canasta y lo dejó junto al Río, debido a que los Egipcios condenaban a una persona que matara su propio hijo, para los Árabes las niñas que nacieran eran enterradas vivas debido a que eran consideradas un signo fatal para la familia.

En el Derecho Romano se conocieron dos instituciones de adopción: La Arrogación (adrogatio) que era la adopción Sui Juris, institución donde incluían a la familia del adoptante, adoptado y personas sometidas a su potestad, además se transfería el patrimonio al adoptante y la

adopción (Adoptio) que era la *alieni iuris* que salía de su familia de sangre y de la potestad de su pater familias para ingresar en la del adoptante.

En el Derecho Justiniano hizo dos clases de distinción la adopción plena (adoptio plena) que era realizada por un ascendiente el cual no estaba sometido a la patria potestad del “Pater” y adopción menos plena (adoptio minus plena) era la adopción de personas extrañas, había un vínculo personal entre el adoptante y el adoptado su efecto era darle derecho sucesorio abintestato en la sucesión de este, se conserva la patria potestad entre la persona que lo tenía.

El Derecho Germánico, surgió en la Edad Media en pueblos como los Francos, Visigodos, Suevos y Ostrogodos, en la cual el adoptado era introducido en la casa del padre adoptante y este a su vez se convertía en el verdadero padre del niño, posteriormente la iglesia no reconocía esta institución porque fue utilizada para legitimar hijos naturales y extramatrimoniales. Existían tres formas de adoptar; la primera Adoptio in Hereditatem, donde el causante buscaba un futuro heredero para dejarle su patrimonio, pero el heredero seguía bajo la patria potestad del padre biológico y estaba a la espera del proceso de sucesión para heredar bienes de su padre adoptante, la segunda la Fraternidad Artificial se daba el parentesco entre varias personas con fines de ayuda mutua y la tercera el Perfilatio según época medieval tenía dos finalidades; mantener un vínculo artificial de filiación y transferir los bienes al adoptado Miranda (1999).

El código de Napoleón fue más exigente tanto así que exigía que el adoptante tuviera 50 años de edad, 15 años más que el adoptado, que lo hubiera atendido durante su infancia; debido a esto necesitaba que el adoptado lo aceptara o sea que tuviera su consentimiento y que fuera mayor de edad; solo había una excepción en los requisitos de la adopción y era remuneración que daba lugar cuando el adoptado había salvado la vida del adoptante y la otra era la testamentaria sometida al testamento y se requería que el causante lo hubiera tenido por lo menos durante

cinco (5) años, por todo lo anteriormente comentado en este código fue un verdadero fracaso por lo que se excluía a los menores de edad, en el año 1923 todo esto cambió ya se permitió la adopción de menores de edad y se eliminó la remuneración, en la actualidad la adopción es aceptada en casi todos los países tienen programas de adopción Belluscio (1975).

El Derecho Español careció de importancia la adopción y fue reglamentada en el Fuero Real y en Las Siete Partidas bajo la denominación de PROHIJAMIENTO.

Las Siete Partidas fueron escritas entre 1256 y 1263 bajo el Reinado de Alfonso X y el Prohijamiento al ser una ficción legal debía imitar la naturaleza en lo posible.

### **1.1.1. La adopción en nuestro País**

La institución de la adopción en el derecho colombiano ha venido trascendiendo por diferentes periodos a través del fuero real que marcó su concepto de la adopción como un acto solemne por lo tanto eran conjuntos de normas promulgadas por Alfonso X el sabio y las siete partidas que son compilaciones de Roma fue un código promulgado durante el reinado de Alfonso X entre los años 1255 y 1263, llega la adopción con la época de la Colonia Española cuya finalidad era política y sucesoral y que a su vez mencionó la figura del prohijamiento en donde sus fines era lograr la relación de paternidad con la filiación civil entre adoptante y adoptivo.

Periodos marcados en este lapso de tiempo: en la República con la independencia de España, Colombia expide la constitución el día 30 de Agosto de 1821 que en su artículo 80 nos habla de las elecciones del congreso, de ahí que cada estado comenzó a promulgar sus propias

leyes y en su momento las mencionadas leyes españolas decidían en cuanto a la adopción ya que el Congreso no lo resolvía.

El código civil de Cundinamarca es el mismo Código Civil Chileno solo con algunas modificaciones entre ellas el título de la Adopción, que Andrés Bello dejó por fuera en su código por no ser partidario de esta figura jurídica siempre protegiendo al hijo legítimo en comparación a los naturales y adoptivos, pero el estado soberano de Cundinamarca dijo que esa figura si era importante y la incluyeron para que hoy por hoy se le siga otorgando sus derechos.

Luego se expidió el Código Civil de la Unión conforme al de Cundinamarca, Colombia en 1886 se constituyó en República y en 1887 adopto el código civil de 1873, el Código Civil de 1887 (ley 57 de 1887) definió la adopción como el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza. El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado.

A partir de 1887 se ha venido regulando la adopción por intermedio del Código Civil de la Nación, Ley 140 de 1960, Ley 5ª de 1975, Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia).

## **1.2. Planteamiento del Problema**

A partir del Siglo XX nuestras leyes colombianas se han venido transformando con la finalidad de ampliar muchos cambios constitucionales y normativos que se han venido dando de manera limitada y a partir de los tratados internacionales se puede observar una mirada hacia un cambio significativo en cuanto a la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo lo cual ha sido un tema de mayor controversia en nuestra sociedad, debido a que las normas ya

existentes han sido interpretadas en sentido amplio y las argumentaciones que ha tomado el legislador han cambiado la concepción que antes se tenía sobre este tipo de familia homoparental.

Uno de los grandes cambios que se está dando es la otorgación de derechos constitucionales entendidos como un proceso que surgió a partir de la Constitución de 1991, debido a ello se comenzó a presentar ciertos cambios en el ordenamiento jurídico en Colombia y es por ello que la familia ya no es interpretada solamente como padre, madre e hijos, hoy en día con las nuevas tendencias ya se puede conversar sobre la unión de hombre con hombre y mujer con mujer que quieren establecer una familia con hijos.

Para este tipo de uniones de parejas homosexuales es donde se aplica la adopción biológica de uno de los dos, la inseminación artificial de donante conocido o determinable.

De conformidad con lo anterior nos resulta de gran importancia dentro del ordenamiento constitucional el concepto de la adopción el cual ha tomado fuerza y vigor con relación a sus derechos sobre los cuales uno de ellos es brindarle la protección al menor en estado de indefensión o por consentimiento mutuo otorgándole el mejoramiento de las condiciones dignas en que pueda vivir el niño, garantizándole una estabilidad en el hogar, un desarrollo armónico e integral con relación a sus derechos fundamentales consagrados en el primer título de la Constitución Política de Colombia y en la ley 1098 de 2006 en su artículo 61.

A lo anteriormente anotado vemos como la Constitución Política de Colombia y la ley 1098 de 2006 tiene una visión mucho más amplia del concepto de adopción además de las múltiples sentencias emitidas por la Corte Constitucional donde priva la protección del niño y les otorga a estas parejas el derecho del cuidado del menor.

¿Cuáles son los argumentos constitucionales y del derecho objetivo que tiene la Constitución o el marco jurídico colombiano para adoptar niños por parejas del mismo sexo?

## **2. Objetivos**

### **2.1. Objetivo General**

Analizar los fundamentos jurídicos en que se desarrolla el proceso de adopción entre parejas del mismo sexo y el interés superior del niño.

### **2.2. Objetivos Específicos**

1. Identificar cuáles son los antecedentes históricos que han dado lugar a la adopción en Colombia.
2. Determinar cuáles son los cambios que se presentarían en el ordenamiento jurídico colombiano en relación con los niños en situación de adoptabilidad.
3. Interpretar la posición que tiene el legislador al garantizar la protección de los derechos del niño frente a parejas del mismo sexo.

### 3. Evolución Histórica del Termino Familia

El estudio de la familia comenzó en 1861 con el Derecho Materno de Bachofen (1992), El autor formula allí las siguientes tesis:

“1) primitivamente los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual, a la que Bachofen da, impropriamente, el nombre de heterismo; 2) tales relaciones excluyen toda posibilidad de establecer con certeza la paternidad, por lo que la filiación sólo podía contarse por línea femenina, según el derecho materno; esto se dio entre todos los pueblos antiguos; 3) a consecuencia de este hecho, las mujeres, como madres, como únicos progenitores conocidos de la joven generación, gozaban de un gran aprecio y respeto, que llegaba, según Bachofen, hasta el dominio femenino absoluto (ginecocracia); 4) el paso a la monogamia, en la que la mujer pertenece a un solo hombre, encerraba la transgresión de una antiquísima ley religiosa (es decir, el derecho inmemorial que los demás hombres tenían sobre aquella mujer), transgresión que debía ser castigada o cuya tolerancia se resarcía con la posesión de la mujer por otros durante determinado período” Revista "Neue Zeit", (1881).

Familia según el tratadista Belluscio (1975) tiene tres significaciones: la primera en sentido amplio es el conjunto de personas con las cuales existe un vínculo jurídico de orden familiar, Fassi (1979) dice que comprende al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales, incluyendo los del cónyuge, incluyendo al cónyuge, aunque no sea pariente.

La segunda en sentido restringido la familia comprende el núcleo paterno-filial o sea la llamada familia conyugal o pequeña familia como lo es padre, madre e hijos que conviven bajo el mismo techo.

Y la tercera es la familia intermedia que son las personas que conviven bajo el mismo techo bajo la autoridad de una sola persona.

Según Vidal (1978). "Familia en derecho argentino es el grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen del matrimonio y de la filiación legítima, ilegítima y adoptiva"; vemos en esta frase que la familia de cierta medida son personas que se unen para formarla y a medida que evoluciona la sociedad surgen nuevos vínculos para establecerla, el matrimonio por ejemplo es un vínculo jurídico y legal en el cual

dos personas se unen para formar una sociedad patrimonial de hecho y también para procrear hijos es aquí donde se le denomina extensión debido a que esos hijos conocerán otras personas y allí la van integrando a la familia.

A partir de este concepto podemos entender como fue la evolución de la familia, lo que anteriormente conocíamos como Endogamia que se podría señalar que eran las relaciones sexuales que sostenían en hombres y mujeres de la misma tribu, luego con el pasar del tiempo se fue reformando la familia y entonces ya los hombres y mujeres sostenían relaciones sexuales con personas de otras tribus a lo que se les denominaban exogamia, luego siguió evolucionando hasta lo que se conoce en la actualidad como monogamia que es la clase de familia de hoy en día aquí ya hubo una organización sexual frente a la sociedad y entonces se impuso un orden sexual donde se daban las relaciones entre esposos y ellos se debían respeto así mismo y fidelidad a la relación sostenida su origen surgió de la familia sindiásmica entre el estado medio y superior de barbarie y señalan a la poligamia como origen del matrimonio monogámico pero no existen tantas definiciones para esta historia, luego a través del tiempo surgieron otros tipos de familias como la monoparental o uniparental que es la familia formada por un sólo padre o cabeza de familia.

Familia extensa o extendida que es la que incluye a padres, hijos, hermanos de los padres con sus propios hijos, abuelos, tíos abuelos, bisabuelos (generaciones ascendentes), puede llegar a abarcar parientes no sanguíneos como por ejemplo, los medio hermanos, los hijos adoptivos o putativos; la familia patriarcal sucede cuando un individuo de sexo masculino asume la responsabilidad de líder del grupo o seno familiar y toma decisiones que afectan el tipo de vida que lleva el grupo, en el caso matriarcal el papel lo asume una mujer, típicamente por su edad o habilidades sociales, el tipo patriarcal es más común en la sociedad occidental donde el hombre

tiene un papel dominante en la toma de decisiones no solo en la familia sino en la sociedad en general, el tipo matriarcal es un poco más escaso pero no inexistente que se llegó a dar en ciertas partes de África, Mesoamérica y Sud oriental y la familia homoparental es la conformada por una pareja gay puede ser de hombres o mujeres a su vez.

La familia colombiana tuvo sus orígenes en la legislación de las siete partidas, el Código Civil no habla de la familia específicamente, el Código francés de 1804 tampoco dedico ningún libro para reglar normatividades con respecto a la familia, pero el Código Civil alemán de 1900, el Suizo de 1912 y el italiano de 1942 si traen normas con respecto al tema.

Las normas del Código Civil con relación a la familia han venido sufriendo modificaciones desde la ley 8° de 1922, ley 70 de 1931 constitución del patrimonio de familia no embargable, ley 28 de 1932 régimen patrimonial en el matrimonio, ley 45 de 1936 filiación natural, ley 83 de 1946 defensa del niño, ley 75 de 1968, normas sobre filiación y se crea el ICBF, decreto 1260 de 1970 estatuto del registro civil de las personas, ley 20 de 1974, aprobación del concordato entre la República de Colombia y la Santa Sede suscrito el 12 de Junio de 1973, Decreto 2820 de 1974, por la cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a mujeres y hombres, ley 5° de 1975 adopción, leyes 1° de 1976 y ley 25 de 1992 sobre divorcio, separación de cuerpos y de bienes de matrimonio civil y católico y cesación de efectos civiles de matrimonio católico, ley 27 de 1977 fijación de la mayoría de edad a los 18 años, Decreto 902 de 1988 se autoriza la liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas ante notario público y se dictan otras disposiciones, Decreto 2737 de 1989 Código del Menor, ley 54 de 1990 unión marital de hecho, ley 57 de 1990 se modifica el artículo 11 de la ley 57 de 1887 matrimonio por poder, ley 25 de 1992, por la cual se desarrollan los incisos 9, 10, 11, 12 y 13 del artículo 42 de la constitución política, ley 82 de 1993 sobre protección a la mujer cabeza de familia, Decreto 158 de 1994

sobre registro civil de ciertos matrimonios, ley 258 de 1996 sobre afectación a vivienda familiar, ley 294 de 1996 normas sobre prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

### **3.1. La familia y el derecho de familia antes de la Constitución Española de 1978**

La familia la definen como una institución natural y social debido a que el Derecho solo la limita, pero no la crea, de tal forma que surge la regulación jurídica que se puede observar desde dos aspectos el primero en sentido crítico y el segundo en sentido exclusivo o extenso.

El primer aspecto hace referencia a la familia nuclear la cual es conformada por el padre y los hijos y el segundo aspecto se refiere a la familia compuesta por tíos, sobrinos, abuelos, cuñados, primos, etc., la cual se habla que el sentido amplio del concepto familia y que se une por el vínculo del parentesco.

De acuerdo a estos conceptos podemos entender que el Derecho Español considera el Derecho de Familia como el ordenamiento jurídico en pro de garantizar esa protección e intereses de la familia en sentido amplio y que recoge normas del Derecho Privado, Civil, Público, Familia entendiéndose este Derecho de Familia como Derecho Público.

En cuanto al modelo constitucional de la Familia en el Artículo 39 de la Constitución Española de 1978 se presentó una gran controversia, ya que con la reforma de la ley 13 de 2005 se introdujo el matrimonio homosexual, que en su artículo 32 dice “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, entonces aquí el constituyente está manifestando la voluntad de contraer matrimonio pero no especifica qué tipo de parejas lo contraerían, aunque algunas interpretaciones comentan que solo es posible el

matrimonio tradicional y otras manifiestan que probablemente los cónyuges pueden ser personas del mismo sexo.

Con esta constitución deben analizarse los artículos 39, 10, 14 y 32 que a su vez guardan relación con esta decisión debido a que estamos analizando el artículo 10 que nos dice el libre desarrollo de la personalidad, el artículo 32 que se relaciona con el matrimonio y la igualdad de derechos de los cónyuges. La Constitución española de 1978 trae consigo una serie de normas que hacen parte del concepto Familia y que sus artículos son claros cuando se habla del ciudadano y sus derechos ante la constitución, aunque 30 años anteriores el mundo no había evolucionado como hoy en día, las normas siempre dejaban esa esfera abierta al futuro para que el legislador pueda interpretar las normas de acuerdo a situaciones de genero de la persona.

De acuerdo con Monroy (2005) la ley 13 de 2005 que modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio y en su anteproyecto presentado solicitan que se permita y se apruebe el matrimonio entre personas del mismo sexo basado en los argumentos del artículo 44 del Código Civil que garantiza *"a) el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo sexo"*.

*"b) La reforma, que contempla algunas recomendaciones del Consejo de Estado, se basa en el mandato constitucional de asegurar la plenitud e igualdad de derechos y libertades"*.

Con esta ley España fue el primer país que estableció la igualdad de matrimonio en parejas del mismo sexo y la adopción, pero siempre hay un limitante, ellos no podrían adoptar niños extranjeros debido a que la ley no se los permitía, solamente podían adoptar parejas heterosexuales.

### **3.2. Etapas de la Evolución de Familia**

En materia de familia Colombia se ha dividido en dos (2) grandes etapas, la primera con el Código Civil de Andrés Bello en Colombia y el segundo cuando los hijos se clasificaban en adúlteros, incestuosos, naturales, legítimos y legitimados.

La primera etapa el Código de Andrés Bello estaba influenciada por las legislaciones romanas, españolas y francesas, la familia era sometida a la autoridad de lo que decía o pensaba el varón, quien era el único que tenía la potestad de trabajar, de llevar el hogar a su mando, la mujer era sometida a su marido. En ese tiempo existía la patria potestad marital quiere decir que una vez la mujer se casara el padre dejaba de llevar el mando e inmediatamente el marido ejercía el dominio sobre la mujer. Este tuvo mayor influencia en Latinoamérica y fue copiado por Colombia y otros países.

La segunda etapa se dio en el año 1922, cuando se promulgaron una serie de leyes que fueron cambiando el concepto de familia, a la mujer se le fueron reconociendo derechos poco a poco, también la protección de los niños, se reconoció el vínculo entre personas del mismo sexo, los hijos que se clasificaban en adúlteros, incestuosos, naturales, legítimos y legitimados y los que no fueran legítimos sin ningún tipo de derechos.

Con la ley 8 de 1922, que se le adiciona al Código Civil que la mujer casada tendrá la administración y el uso de los bienes que estén determinados en las capitulaciones matrimoniales y los bienes de uso personal como por ejemplo los de su profesión, collares, aretes, etc.;

Luego con la ley 70 de 1931 y con reiteración de la ley 495 de 1999, se reconoció la protección a la constitución del patrimonio de familia el cual no se puede embargar y presenta tres características para que ésta pueda ser decretada: la primera que el predio sea de su

propiedad, la segunda que no esté embargado y la tercera que el predio no exceda de 250 SMMV al momento de su constitución.

La ley 28 de 1932 “Régimen Patrimonial en el Matrimonio” dice que cada uno de los cónyuges tendrá la libertad de disponer de sus bienes que pertenezcan antes y después del matrimonio, los cónyuges se harán responsables de las deudas que cada uno contraiga; luego entra en vigencia la ley 45 de 1936 “reformas civiles sobre la filiación natural” que indica que cuando los padres no son casados el hijo sea reconocido como hijo natural; el artículo 2 fue reformado por la ley 75 de 1968 que dictan normas de filiación y se crea el ICBF y manifiesta que el reconocimiento de hijos naturales e irrevocable e indica de qué manera puede hacerse este reconocimiento, luego llega la ley 5 del 10 de enero de 1975 modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones en materia de adopción, la ley 54 de 1990 regula las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes, la cual define la unión marital de hecho conformada entre un hombre y una mujer sin estar legalmente casados, ya en la ley 979 de 2005 se habla de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes como termino más amplio análisis de parejas heterosexuales y homosexuales ya que la legislación así lo dispuso cuando se habla de compañeros permanentes está incluyendo también a personas del mismo sexo.

### **3.3. Concepto de familia desde la Constitución de 1991**

El concepto de familia en Colombia ha sufrido transformaciones desde la entrada en vigencia de la Constitución (1991), debido a que muchas situaciones se presentaban en la historia de nuestro país y aun no eran resueltas; hoy se encuentra el Artículo 42 de nuestra constitución,

este básicamente entra a ser parte de la familia y en especial porque a través del Estado nos brindan la protección que se encuentra planteada así “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de formarla”, es por ello que aquí se consagran dos principios fundamentales: el primero que la familia es núcleo fundamental de la sociedad, y el segundo que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La Corte en este punto de análisis deja atrás ese viejo concepto de que la familia es solo la unión de un hombre y una mujer y entra a mirar más allá debido a las prácticas homosexuales entonces teniendo en cuenta todos los análisis con respecto al Artículo 42 constitucional, queda claro que Familia también es la decisión libre de un hombre con otro hombre y de una mujer con otra mujer, ya que no habla de decisión libre entre un hombre o una mujer como estaría interpretado a la luz del legislador cuando elaboró el Artículo, hoy en día ya no se estaría limitando el concepto de la familia entonces al no decir del sexo opuesto quiere decir que puede ser del mismo sexo.

En cuanto al matrimonio la ley 25 de 1992 entra a desarrollar los incisos 9 de la Constitución del 91 donde habla de las forma, edad y capacidad para contraer matrimonio, inciso 10 los efectos civiles del matrimonio católico, el inciso 11 los efectos civiles cesaran con el divorcio, inciso 12 tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de matrimonio católico, y el inciso 13 que habla sobre el estado civil de las personas, derechos y deberes y la ley 1 de 1976 que entró a regular el divorcio en el matrimonio civil.

A partir de todas estas reformas se han incluido nuevos tipos de familias como la de unión libre, familia expandida y la monoparental, antes la pareja de unión libre era la que convivía en concubinato unión de un hombre con una mujer, la familia expandida es la originada en el

matrimonio o unión marital de hecho en donde uno de los dos ya traía hijos de otro hogar, la familia Monoparental es la constituida solo por uno de los dos ya sea madre o padre en cuanto a este tipo de familia el código civil protege a la madre o padre y los derechos del niño, tenemos la denominada familia homosexual que es el vínculo establecido entre dos personas del mismo sexo ya sea hombre con hombre o mujer con mujer, de la cual ha sido objeto de controversias constitucionales y fue así como en la sentencia C-075/2007 la Corte dijo que estas parejas tenían derecho al régimen de Unión Marital de Hecho que en la ley 54 de 1990 el cual fue modificada por la ley 979 de 2005 aplicaba solamente para parejas heterosexuales y discriminaba las homosexuales, luego el legislador en sentencia C-577/2011 dijo

“Desde el 20 de junio de 2013 las parejas del mismo sexo pueden formalizar su vínculo marital ante un notario o juez de la República, según lo decidió la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011. Con el fin de unificar criterios jurídicos sobre el sentido y el alcance de aquella decisión, en este artículo se argumentará que la interpretación correcta a la luz de la Constitución es que las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonios civiles”.

Pero la Corte ya en sentencia C-098 de 1996, se había pronunciado con respeto a las uniones maritales de hecho y al régimen patrimonial e informó que estas normas concordaban con los preceptos constitucionales y que no eran objeto de violación y así mismo lo reitero en la C-075/2007. En la C-098/96, la Corte declaró exequibles los Artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, los cuales tienen su normatividad en la unión marital de hecho entre hombres y mujeres y dentro de la demanda dice el demandante que no se ocupó de interpretar la norma para las parejas homosexuales del mismo género, es claro entonces pensar que es el legislador quien debe interpretar la norma, ya que los artículos ya establecidos no lo crearon con este fin, sino de darle a la familia una protección garantista y no pensaron en que las personas del mismo sexo también se les podría dar el derecho a conformar una familia homoparental.

Luego con las reformas constitucionales en la Sentencia C-075/07, declararon la exequibilidad de los artículos 2, 4, 5 y 6 de la Ley 54/1990 que más tarde fue modificada por la ley 979 de 2005 y que ordena que el régimen de protección de derechos también sea extendido a parejas del mismo sexo y esto básicamente las comparaciones que hay entre las aplicaciones analógicas que tienen ambas sentencias.

La Ley 54 de 1990, que fue modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005, declara Exequible la parte que a letra dice "*en el entendido que el régimen de protección en ellas contenido se aplica también a las parejas homosexuales*", que la Corte Constitucional indica mediante Sentencia C-075/07, y dijo que esta decisión se ajusta al régimen legal de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes en el cual se encuentra regulado en la Ley 54 de 1990 y modificado por la Ley 979 de 2005 y que por esta razón no se funda otros regímenes jurídicos."

Antes de la sentencia C-075/07, la pareja producto de la unión del mismo sexo no tenía derechos cuando su pareja o cónyuge moría, y en es esta sentencia que se le otorgaron esos derechos a una sociedad patrimonial aplicando el principio de igualdad conforme a una pareja heterosexual entonces ya en este campo se tratará la igualdad entre ambas parejas y en ese mismo año la Corte dijo en sentencia C-811/07 que el Artículo 163 de la Ley 100 de 1993, establecía y ampliaba la Cobertura para que la pareja del mismo tuviera derecho al Plan Obligatorio de Salud POS, que estuviera afiliado al régimen de Salud y que pudiera afiliarse a su cónyuge o compañero (a) permanente.

### **3.4. Importancia de la familia en el ámbito social**

La importancia que tiene la familia frente a la sociedad y el Estado es indiscutible ya que es ahí donde desarrolla su propia personalidad transmitiéndole a sus semejantes esas costumbres sociales, religiosas, morales y culturales en las que se va formando su entorno familiar.

La familia es el grupo más importante de la vida en sociedad. El tratadista Mazeaud comenta “No solamente constituye la familia, para los cónyuges y para los hijos”, la familia asegura la protección del individuo, la familia es lo que une la relación entre hombres y mujeres Spota (1995).

Levi-Strauss (1995), en su documento Humanitas, Revista de Antropología y Culturas Cristianas, nos dice que el fenómeno universal era la unión socialmente aprobada por el hombre, mujer e hijos y dice que esa forma es la que constituye la Familia, como símbolo de pertenencia y constituye la sociedad primaria que es la unión y permanencia de la unión de un hombre y una mujer así como la familia en general que la conforman, abuelos, tíos, sobrinos, primos, etc., y esto es lo que hace que la forma social de la familia sea muy diferente a la forma sexual que solo se da entre la pareja para conformar una unidad de vida.

Igualmente, la identidad de la persona está sujeta en la presencia que genera la vida de la persona y las generaciones que conforman la familia, de ahí que puedo decir que de acuerdo a los comportamientos sociales, morales y psicológicos de la familia es donde el niño o niña va desarrollando su propia identidad y de poder saber con claridad si realmente está conforme a su sexo o si siente que su identidad no es esa.

### **3.5. Familia como vínculo legal**

Lo anteriormente expuesto es un análisis del concepto básico que se ha venido trabajando en Colombia con respecto a la Adopción, pero la legislación se quedó corta al decir que la familia es el vínculo natural o jurídico por decisión libre de un hombre y una mujer cuya normatividad la encontramos en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia debido a que el mundo evoluciona y el derecho es cambiante.

Con el tiempo ya este concepto de Familia la Corte Constitucional por intermedio de sus sentencias lo ha venido ampliando y hasta el punto de dar a conocer sus argumentos constitucionales en cuanto al concepto de Adopción de niños en parejas del mismo sexo que es tema objeto de este proyecto de grado.

Para abarcar este tema presentamos ciertos pronunciamientos en relación al tema en comento teniendo en cuenta que a medida que va evolucionando el mundo, los países subdesarrollados tienen mucho más garantías constitucionales no importa el sexo, raza, religión y esta problemática planteada en este trabajo se ha venido presentando y casi todos los países del mundo y de hecho se ha venido trabajando análisis jurisprudenciales para otorgarle una serie de derecho a las parejas del mismo sexo que en el siglo XX no la tenían y que estas personas no podían solicitarlas legalmente porque era algo absurdo y la ley no les iba a otorgar esa clase de derechos ya que en Colombia solo era válido la unión de un hombre con una mujer y fue a partir de jurisprudencias que el Estado cambio esa percepción tan limitada que tenía sobre el ser humano, entonces las parejas del mismo sexo se atrevieron a demandar y a reclamar sus derechos dado que la constitución de 1991 trajo una serie de garantías sin embargo el código civil el cual

está contenido en la Ley 57 de 1887, se quedó corto ya que nunca pensaron en la evolución histórica que se avecinaba del mundo contemporáneo.

Luego este tema de la adopción fue reformado mediante la Ley 5 del 1975 Diario Oficial No. 34.244 del 28 de enero de 1975, que modificó el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones.

### **3.6. Aplicación del principio del interés superior del niño**

La primera referencia la encontramos en la Convención de los Derechos del Niño (1989) y esta es reconocida por casi todos los países del mundo, para que cada Estado aplique la norma de este principio, Colombia hace parte de ello cuando entró en vigencia la ley 1098 de 2006 con el fin de proteger los derechos del niño que aún se encuentran en estado de vulneración, es así que hoy en día la infancia ha sido expuesta a un gran número de peligros ante la sociedad y es aquí básicamente por intermedio de esta norma donde el Estado les brinda y les garantiza sus derechos fundamentales a fin de que logren llevar una vida digna de acuerdo a los preceptos constitucionales con lo indica el art. 1 de la Constitución Política de Colombia como bien es sabido la dignidad humana es el trato especial que se le debe de dar a toda persona por el hecho de existir y además es un derecho que debe exigir con el fin de ser respetado y que además implica un mínimo vital inherente a la condición humana López (1999).

La sentencia T-543 de 2004 nos dice que el niño tiene derecho a tener una familia, el artículo 5º de la Carta Magna dispone que el Estado “ampara a la familia como institución básica de la sociedad” y que el artículo 42 reconoce a la familia como “el núcleo básico fundamental de la sociedad” y que les imponga al Estado y a la sociedad el imperativo de

garantizarle protección integral, con esta normatividad es claro decir que la familia es el núcleo esencial de la sociedad y que debemos proteger al menor y cuando no se cumplen esos roles el niño se encuentra en situación de peligro y abandono es ahí donde el Estado entra a proteger esos constitucionales por intermedio de sus entidades encargadas para la protección del menor cumpliendo a cabalidad con sus funciones y su compromiso con el fin de restablecerle sus derechos al menor y es precisamente donde entra la figura de adopción a cumplir los preceptos de la norma para que esos niños tengan una vida digna, protección y amparo de sus derechos, gocen de un ambiente sano fuera de la familia biológica y entre a hacer parte de una nueva familia que busca la protección y el cuidado del niño en estado de indefensión.

La convención de los derechos del niño (1989) en su artículo 2º define: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares, y su artículo 8º define: 1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras

a restablecer rápidamente su identidad. Lo presente a fin de garantizar los derechos del menor en todos los países que se acogieron a la presente convención y que lo fundamental es que los niños no se encuentren amenazados por la población que los rodea y hasta por sus padres biológicos, es por ello que el artículo 44° de la carta magna (1991) nos comenta cuales son los derechos fundamentales a los que el menor tiene derecho y quienes hacen valer esos derechos para lograr el desarrollo armónico e integral.

Debido a lo relacionado en el presente artículo la Corte Constitucional de Colombia expresa que a través de estos derechos el niño puede lograr el acceso al cuidado, amor y protección.

## 4. Adopción

La palabra adopción viene del latín “adoptio” y adoptar de adoptare, de ad, a y optare, desear (acción de adoptar o prohiar). Es decir, se recibe al adoptado como hijo, pero no porque lo fuera naturalmente, sino que se trata de una creación técnica del derecho, con la finalidad de proteger a los menores desvalidos y también contribuir al robustecimiento de la familia, que permite la continuación de la especie.

Esto da a entender que la adopción es un acto jurídico con el fin de proteger los derechos del menor lo cual incluye a los discapacitados, y también brinda la mayor certeza al menor al saber que sus padres adoptantes le brindaran esa seguridad y protección que el necesita para su vida.

### 4.1. Adopción en Colombia

Son muchos los conceptos que los autores nos dan con respecto al tema de la Adopción como el concepto dado por Hernán Gómez, “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”; Sea lo primero observar, que antes que una medida de protección, es una Institución Jurídica. Gómez (1992).

Para Mazeaud (1959), la adopción es definida como: “un acto voluntario y libre que crea, fuera de los vínculos de la sangre, un vínculo de filiación entre dos personas”.

El Doctor Jorge Antonio Giammattei (1996), define a la Adopción, como: “el acto jurídico que crea un vínculo de filiación entre dos personas llamadas adoptante y adoptado, respectivamente”. Falcón (2003), al definir a la adopción dice: “la Adopción es la constitución de un estado filiatorio, el que se logra a través de un proceso especial”.

Sara Montero, con respecto a La Adopción, la define de la siguiente manera: “Es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente ni por afinidad, progenitor e hijo”.

Son definiciones que cada autor abona a este tema realmente amplio y siguiendo la cadena de conceptos, Corral (2007), siguiendo a varios autores, define la adopción como “la constitución por sentencia judicial o pacto solemne de un vínculo jurídico entre una o dos personas llamadas adoptante o adoptantes y otra denominada adoptado que resulta análoga en sus presupuestos y efectos a la relación que existe entre padres e hijos, y que extingue o se superpone a la relación del adoptado con sus progenitores biológicos”.

La podemos distinguir de varias etapas y diferentes puntos de vista:

La adopción desde la expedición del Código Civil hasta la ley 140 de 1960.

Varios códigos civiles acogieron la adopción haciendo recopilaciones de la legislación española, cuando se expidió el código civil tomo la adopción del Estado de Cundinamarca que decía que era un contrato solemne que se tramitaba ante el Juez, notario o dos testigos, si el adoptado era menor de edad debía tener el consentimiento de la persona que lo tenía a su cargo entonces se daba un contrato entre adoptante y adoptado de acuerdo a la ley y dichas condiciones eran 1) que no estuviera bajo la potestad de otra persona, según el C.C. art. 270, excluían a los menores de edad, interdictos, prodigalidad, sordomudez, la mujer casada y su cónyuge podían adoptar y lo podía hacer ella sola con consentimiento del esposo y si era mayor de 21 años

conforme lo ordenaba el CC Arts. 270, 274 y 275; 2) el adoptante debía ser mayor de edad; 3) el adoptante debía tener 15 años más que el adoptado; 4) el adoptante no podía tener descendientes legítimos, 5) el adoptante debía ser del mismo sexo que el adoptado, no era permitido la adopción conjunta entre cónyuges; 6) si el tutor o curador deseaba adoptar al pupilo que estaba bajo su cuidado este pupilo debía ser mayor de 18 años y que el guardador se encontrare a paz y salvo con su administración.

La adopción terminaba por muerte de adoptante, por revocación, o por descendencia legítima.

#### **4.2. La ley 140 de 1960**

El Art. 270 decía que para adoptar se requería que el adoptante fuera capaz y 15 años mayor que el adoptivo. El Artículo 272 comenta que el hijo natural reconocido no puede ser adoptado por su padre o por su madre, este artículo sufrió modificaciones en la ley 75 de 1968 en su artículo 27 que decía así *“El hijo natural podrá ser adoptado por su padre o madre conjuntamente con el otro cónyuge, pero en la sucesión de su progenitor adoptante solo tendrá los derechos de hijo natural”*, y que fue derogado por el artículo 13 de la Ley 5 de 1975 y este a su vez fue derogado por el artículo 353 del Decreto 2737 de 1989> Derogase la Ley 140 de 1960, los artículos 27 y 28 de la Ley 75 de 1968, el artículo 24 del Decreto 1260 de 1970 y demás disposiciones contrarias a la presente Ley.

Según el artículo 285 de la ley 140 de 1960, la adopción puede terminar por mutuo acuerdo de los interesados capaces o con aprobación judicial y siempre que concurran las causales que autorizan el desheredamiento de que habla el artículo 1266 del Código Civil, si alguno fuere

incapaz. El padre puede también revocarla por las mismas causas del desheredamiento probadas judicialmente, la revocación debe hacerse por escritura pública registrada, la adopción sólo establece relaciones de parentesco entre el adoptante y el adoptado, el adoptivo continuará formando parte de su familia de origen, conservando en ella sus derechos y obligaciones, la adopción no fenece sino en los casos previstos en las anteriores disposiciones.

Con esta ley se dieron muchos cambios entre ellos que ya no se oponían a la adopción y que si ese adoptado llegase a tener hijos naturales o legítimos, los naturales que hubieren sido reconocidos no podía ser adoptado por sus padres, esta adopción solo se daba con el consentimiento del adoptado cuando era capaz, caso contrario la persona que lo tuviese a su cargo debía buscar una licencia judicial que le otorgaría la escritura de adopción debidamente autorizada por el Notario y firmada por el adoptante, adoptado y en su defecto la persona que lo tuviese a su cargo.

En cuanto a la herencia el adoptado concurre con sus hijos legítimos y este heredaría la mitad de lo que le corresponde a un hijo legítimo, sino hay hijos legítimos llegarían los naturales y heredarían en igual de condiciones.

Con la ley 5 de 1975 que fue derogada por el Decreto 2737 de 1989 en su artículo 353, en esta reforma se encuentra que no se definió la adopción con un concepto valido solamente se emitieron los requisitos para adoptar y se dijo entre ellos el adoptante debía ser 15 años mayor que el adoptivo, se le permitió adoptar hijos legítimos al adoptante, a la mujer y el hombre se les permitió adoptar conjuntamente cuando uno de ellos tuviera más de 25 años el cónyuge que no estuviese divorciado podía adoptar con consentimiento de la pareja, no era necesaria la identidad de género, el guardador podía adoptar a su pupilo, pero con cuentas claras de los bienes que administraba, debía haber consentimiento de uno de los padres adoptables de acuerdo al Decreto

2820 de 1974 en su artículo 3º, se anuló la escritura pública y se exige una sentencia judicial, se hizo énfasis en la diferencia de la adopción simple y la plena y se dijo que en la adopción simple el adoptivo seguía siendo parte de la familia de consanguínea por lo tanto seguía teniendo deberes y derechos mientras que en la adopción plena ya dejaba de pertenecer a la familia consanguínea. Con esta ley también se permitió la adopción para aquellos menores que eran abandonados por sus padres de acuerdo al Decreto 1818 de 1964.

El artículo 2º, Ley derogada por el artículo 353 del Decreto 2737 de 1989 dice que el juez de menores del domicilio del adoptable conoce de los procesos de adopción con intervención forzosa del defensor de menores. Entonces de acuerdo a esta regla es claro que el Defensor de Menores tiene un interés y es salvaguardar los derechos del menor y estar atento que el proceso se lleve conforme a la ley y estar atento de aportar las pruebas necesarias para una legítima defensa, interviniendo e interponiendo los recursos que sean necesarios para garantizar un debido proceso.

El artículo 3º de la ley 5 de 1975 derogada por el artículo 353 del Decreto 2737 de 1989 determina los requisitos que debe contener la demanda de adopción como son el nombre, edad, domicilio o residencia del demandante y el artículo 4º establece que se deben anexar tales documentos como son la edad del adoptante y adoptable, prueba del matrimonio cuando el hombre y la mujer deseen adoptar, ahora bien hay que tener claridad que estas son las condiciones que se debe tener para ajustarse al margen jurídico de la adopción, ahora el artículo 269 y 280 trae como elementos del derecho de acción el interés, calidad y capacidad en un proceso de adopción simple o plena quien radica en cabeza del adoptante. En cuanto a la capacidad para ser parte el artículo 269 del C.C., dice que podrá adoptar la persona que se crea capaz dice el Morales (1992) “Que la capacidad para ser parte es un sujeto de derechos y

obligaciones” cuando se habla de capacidad para ser parte y capacidad para comparecer en juicio estamos refiriéndonos a un mismo sujeto procesal que así lo manifiesta el derecho civil, una persona capaz puede comparecer ante un juicio y actuar dentro del proceso.

En el artículo 274 C.C. incorporado en la ley 5ª de 1975, el Defensor de Familia debe dar la respectiva autorización cuando falten los padres del menor, cuando hay intervención forzosa el Defensor de Familia debe cumplir a cabalidad el trámite judicial y notificar personalmente las decisiones del juez y la sentencia que afirma o niega las pretensiones.

La competencia la tenía los jueces de menores del domicilio del adoptable cuando eran menores de edad y si eran mayores de edad les correspondía a los jueces civiles del circuito, el Defensor actuaba como agente del Ministerio Público y del menor.

El Decreto 752 de 1975, reformó parcialmente la ley 5ª y el Consejo de Estado declaró la anulación de entrevista personal del adoptante. En cuanto a la sentencia judicial de adopción simple y plena esta podía apelarse ante el Tribunal Superior y cuando quedará en firme la sentencia debía inscribirse en la oficina de Registro de Estado Civil.

La ley 7ª de 1979 por la cual se dictan normas para la protección de la Niñez, se establece el Sistema nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones en su artículo 21 numeral 14 indica “desarrollar programas de adopción”; que se define como el conjunto de actividades que giran en torno a la protección del menor en estado de indefensa o abandono, o que reposa en un centro asistencial del ICBF, o que los padres lo hayan entregado para que sea adoptado.

El Decreto 2388 de 1979 se aprobó con la finalidad de presentar las demandas de adopción ante el juez competente y este decreto es aparte de la ley 5ª de 1979 las cuales contiene normas de carácter sustantivo y procesales que se aplican para los procesos de adopción.

El Decreto 2737 de 1989 en su artículo 88 establecía que la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través del cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”

La expresión “de manera irrevocable fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 13 de Junio de 1991 y fue así como la Corte en su análisis jurisprudencial dijo que el menor debía establecer la nueva relación con sus padres adoptantes y quedar bajo la patria potestad de esta, es aquí donde se rompe el vínculo filial de naturaleza, y en su artículo 89 nos dice los requisitos para adoptar lo cual es una persona capaz y que haya cumplido 25 años de edad y que tenga 15 años más que el adoptable y que garantice al menor un hogar estable basada en la economía, en la armonía y lo social y también decía la norma que el adoptante que estuviera casado y que no estuviera separado de cuerpo solo podría adoptar con la autorización de su cónyuge.

Hoy se encuentra en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 con el mismo concepto del Código del Menor y es decretada a través de sentencia judicial en los juzgados de familia y debidamente ejecutoriada, establece la relación paterno - filial.

#### **4.3. La adopción como institución de protección del menor**

En los pueblos primitivos la adopción se daba cuando los jefes y patriarcas no tenían descendencia, o sea que el hijo adoptivo era sucesor por su religión se les rendía el culto a sus antepasados con el pasar del tiempo se otorgaba con el fin de obtener sus riquezas y socorrer al

más necesitado, actualmente se define la adopción como el modo de proteger al menor y brindarle una familia.

Según los tratadistas Sajón y Calvento (1977) existen dos sistemas de adopción donde los países se dividen en dos grandes grupos así: Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú regulan la adopción como General donde predomina la naturaleza contractual, donde no existe la incorporación del adoptado a la familia adoptiva.

Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Uruguay y Venezuela regulan la adopción Clásica donde la adopción cumple un papel fundamental y es proteger al niño desamparado, mediante el proceso de adopción y posterior familia adoptante.

#### **4.4. Adopción plena y adopción simple**

Según el expediente D-9990 concepto 5441 de la Procuraduría General de la Nación, la adopción simple se encontraba regulada en el Art. 277 del Código Civil que fue reformado por la Ley 5ª de 1975, esta ley trajo las dos clases de adopciones y argumenta que el adoptivo seguía siendo parte de la familia consanguínea y debido a ello seguía adquiriendo derechos y obligaciones.

Esta forma de adopción fue derogada por el Artículo 353 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, el artículo 101. “Las adopciones realizadas de acuerdo con la Ley 5ª de 1975, que no hubieren tenido la calidad de plenas, continuarán teniendo, bajo el imperio de este código, los mismos efectos que aquélla otorgaba a las calificadas de simples, pero la patria potestad sobre quienes fueron prohijados mediante adopción simple corresponderá al adoptante o adoptantes”.

En la adopción simple no se pierde el vínculo con la familia de origen y solo hay parentesco entre el adoptante y adoptivo y entre los hijos de este, mientras que en la adopción plena si hay relación de parentesco entre el adoptante y adoptivo y los parientes consanguíneos y aquí se rompe el vínculo familiar de origen y al adoptante se le registra con los apellidos de los padres adoptivos y tienen derecho a la herencia.

Las legislaciones actuales únicamente permiten la adopción plena quedando eliminada de nuestro ordenamiento jurídico la adopción simple con el fin de brindarle una mayor protección al menor infante y que además los padres e hijos mantengan esa relación familiar y establezcan un parentesco civil y una filiación adoptiva.

#### **4.5. Regulación de la adopción en Colombia**

Vemos que el tema de Adopción en Colombia se encuentra regulado en la Constitución Política de Colombia (1991) en el Artículo 42 y en el Derecho de Familia en el Artículo 61 de la ley 1098 de 2006, para lo cual esta normatividad tiene como fin obtener la adopción de un niño de una manera legal ante las autoridades competentes con respecto a sus normas, leyes, decreto que regulan la materia.

El legislador en la Sentencia C 740-2008 que dice que el Art. 45 de la Constitución Política nos dice que el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral y que el Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Si bien sabemos que la constitución se hizo para garantizar esos derechos que anteriormente no estaban establecidos y que se violaban por desconocimiento de la norma,

entonces la protección es una garantía constitucional y por ende el Estado debe velar en pro de que ello se cumpla, para tal efecto el Estado y la sociedad le brindan esas garantías para que los jóvenes actúen en los organismos públicos y privados pero como así, por ejemplo en los colegios el Rector está a cargo de los alumnos y él debe velar por la protección mientras se encuentren en las aulas de clase; para un mayor progreso de este país los jóvenes deben participar en políticas de participación ciudadana para que tengan un lugar de entretención y una mejor calidad de vida.

En relación con la protección constitucional a los adolescentes, la Corte Constitucional ha considerado que ellos están comprendidos en el concepto amplio de “niños” de que trata el Art. 44 de la Constitución y por tanto gozan de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado y son titulares de los derechos fundamentales en él consagrados, que prevalecen sobre los derechos de los demás. Los derechos de los niños prevalecen ante los demás para ello es necesario que el Estado por medio de sus programas de Salud, Educación, el ICBF el cual se encarga de proteger al menor que se encuentre en estado de vulnerabilidad, ejemplo la Defensoría del Pueblo divulga, protege y defiende los derechos humanos, de manera que el globalmente defiende a los niños, adolescentes y personas mayores, Policía Nacional brinda protección integral a niños, niñas y adolescentes, a través de su cuerpo de investigaciones de infancia y adolescencia, UNICEF, protege los derechos del niño a nivel mundial.

#### **4.6. Finalidad**

La finalidad de la adopción es

“la de crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por los lazos de la sangre Sentencia C-562 de 1995”.

El propósito principal de la adopción dentro del principio universal del interés superior del niño, es el de dar protección al menor garantizándole un hogar adecuado y estable en el que se pueda desarrollar de manera armónica e integral, el fin de la adopción de acuerdo a la Corte no es solamente la transmisión del apellido y del patrimonio sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos de lazos de sangre. La adopción persigue un fin específico y que el cuidado no puede ser de los padres biológicos ya que debe entrar en otro núcleo familiar para que se pueda dar la figura jurídica.

La procedencia de la adopción se da en tres casos, el primero dice que se puede adoptar los menores de 18 años es estado de adoptabilidad, los menores cuya adopción hubiere sido consentida previamente por sus padres, si el menor tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores, según el artículo 63° de la ley 1098 de 2006; el segundo es la adopción de mayores el artículo 69° ordena que podrá adoptarse al mayor de edad, cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho (18) años. La adopción de mayores de edad procede por el sólo consentimiento entre el adoptante y el adoptivo. Para estos eventos el proceso se adelantará ante un Juez de Familia; y tercera adopción del niño, niña o adolescente indígena, el artículo 70° dice así: Atendiendo las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas, la adopción de un niño, una niña o un adolescente indígena cuando los adoptantes sean miembros de su propia comunidad procederá de acuerdo con sus usos y costumbres.

Cuando los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad del niño, niña o adolescente indígena, la adopción procederá mediante consulta previa y con el concepto

favorable de las autoridades de la comunidad de origen y se realizará de acuerdo con lo establecido en el presente Código.

La declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia, conforme lo dispone el artículo 98 de la ley 1098 de 2006 y cuando hubiere oposición en cualquiera de las etapas administrativas conforme al artículo 100 el defensor de familia debe remitir el expediente al juez de familia para su homologación y esta declaración produce para los padres la terminación de la patria potestad del niño y solicitar inscripción en el libro de varios y en el registro civil, la registraduría debe inscribir la anotación en un término de 10 días una vez inscrito el defensor de familia lo remitirá al comité de adopciones en un término de diez días, artículo 8 de la ley 1878 de 2018.

Además, el artículo 75° del indica que todos los documentos, actuaciones administrativas y judiciales tienen una reserva 20 años a partir de la ejecutoria de la sentencia. De ellos sólo se podrá expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieron directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

En el artículo 64° de la ley 1098 de 2006 se encuentran los efectos jurídicos de la adopción así:

1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.

2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.
3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio
4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140 del Código Civil.
5. Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

El artículo 65° establece las acciones de reclamación así: Nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo. Sin embargo, el adoptivo podrá promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil que le corresponda respecto de sus padres biológicos, únicamente para demostrar que quienes pasaban por tales, al momento de la adopción, no lo eran en realidad.

La prosperidad de las pretensiones del adoptivo en este caso, no extinguirá los efectos de la adopción, salvo declaración judicial que la ordene y previo el consentimiento del adoptivo. El adoptante deberá ser oído en el proceso.

El artículo 66 define el consentimiento así: El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo

constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible. A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente

artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

#### **4.7. Requisitos para adoptar**

Aunada estas dos definiciones vemos que en desarrollo del concepto la adopción según la Ley 1098 de 2006 es definida como un tema meramente familiar donde los requisitos para adoptar se encuentran en el Artículo 68. “Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Esto no se aplica en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto

del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

#### **4.8. Prelación para adoptantes colombianos**

El artículo 71° de la ley 1098 de 2006 dice que si una familia colombiana reside en Colombia o en el exterior y una extranjera, se le da la prioridad a la familia colombiana y hay dos familias extranjeras en Estados diferentes y un Estado hace parte de la Haya y el otro no, se le da el privilegio a la del Estado que tenga el convenio.

#### **4.9. Como se rige la adopción internacional**

Esta se rige por los tratados para los cuales Colombia hace parte.

El ICBF es la autoridad principal quien está en plenas facultades para autorizar a las entidades acreditadas y las agencias internacionales y los convenios internaciones ratificados por Colombia. El Ministerio del Interior y Justicia reconocerá personería jurídica e inscribe a los representantes de cada organismo, estas entidades deberán renovar las autorizaciones ante el ICBF cada dos años conforme lo indica el artículo 72 de la ley 1098 de 2006.

#### **4.10. Programas de Adopción**

El artículo 73 de la ley 1098 de 2006, define que es un programa de adopción de la siguiente manera: por programa de adopción se entiende el conjunto de actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (1968) a través del Comité de Adopción en cada Regional y Agencia y las Instituciones Autorizadas por este para desarrollar el Programa de adopción a través de su Comité de Adopción serán la instancia responsable de la selección de las familias colombianas y extranjeras adoptantes y de la asignación de los niños, niñas y adolescentes adoptables.

PARÁGRAFO 1o. Las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción garantizarán plenamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes susceptibles de ser adoptados, mientras permanezcan bajo su cuidado y no podrán entregarlos a persona alguna sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Código.

PARÁGRAFO 2o. Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible, Integración de los comités de adopciones. Los Comités de Adopciones del ICBF y de las instituciones autorizadas, estarán integrados por el Director Regional del ICBF o su delegado, el director de la institución o su delegado, un trabajador social, un psicólogo y por las demás personas que designen, según sea el caso, el ICBF o las juntas directivas de las instituciones.

PARÁGRAFO 3o. Los Requisitos de Acreditación para agencias o instituciones que presten servicios de adopción internacional deberán incluir la presentación de pruebas que indiquen una sólida situación financiera y un sistema efectivo de control financiero interno, así como auditoría externa. Se exigirá a estas entidades que mantengan estados contables, para ser

sometidas a supervisión de la autoridad, incluyendo una declaración detallada de los costes y gastos promedio asociados a las distintas categorías de adopciones.

La información concerniente a los costes, gastos y honorarios que cobren las agencias o instituciones por la provisión de servicios de adopción internacional deberá ser puesta a disposición del público.

Según el artículo 74° está prohibido cancelar dinero por concepto de retribuciones o donaciones a la entidad ICBF o entidades autorizadas en el proceso de trámite de adopción de niños, tampoco se puede recompensar a los padres biológicos del niño y el artículo 76 dice que todo adoptado tiene derecho a conocer su familia biológica y por qué fue dado en adopción.

PARÁGRAFO 1o. El adoptado, no obstante, podrá acudir ante el Tribunal Superior correspondiente, mediante apoderado o asistido por el Defensor de Familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

PARÁGRAFO 2o. El funcionario que viole la reserva, permita el acceso o expida copia a personas no autorizadas, incurrirá en causal de mala conducta.

El artículo 76° Derecho del adoptado a conocer familia y origen. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar. Los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información.

Artículo 77°. Sistema de información de restablecimiento de derechos dice: Créase el sistema de información de restablecimiento de derechos a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que tiene como finalidad llevar el registro de los niños, las niñas y los adolescentes cuyos derechos se denuncian como amenazados o vulnerados. Dicho registro

incluirá la medida de restablecimiento adoptada, el funcionario que adelantó la actuación y el término de duración del proceso.

Este sistema tendrá un registro especial para el desarrollo del programa de adopción.

Artículo 78° Requisitos de Acreditación. Los requisitos de acreditación para organismos o agencias internacionales que presten servicios de adopción internacional deberán incluir la presentación de pruebas que indiquen una sólida situación financiera y un sistema efectivo de control financiero interno, así como auditoría externa. Se exigirá a los organismos acreditados y agencias internacionales que mantengan estados contables actualizados, para ser sometidos a la supervisión de la autoridad central tanto del Estado Receptor, como del Estado de Origen”.

Los artículos 124, 125, 126, 127, 128 y 129 nos informa como debe ser un proceso de adopción de acuerdo a la normatividad vigente legal de esta forma el artículo 124° indica quien es el competente para conocer de la demanda de adopción y los documentos que se deben aportar. El artículo 125 informa que cuando el adoptante sea extranjero y que no viva en Colombia debe aportar una documentación para que se pueda postular al proceso de adopción y estos deben presentarse debidamente autenticados conforme lo indica el código civil, cuando el documento se presente en un idioma diferente al Colombiano deberán presentarse con la traducción al idioma del país donde se está tramitando el proceso por la entidad Ministerio de Relaciones Exteriores; el artículo 126 establece el procedimiento judicial en que debe presentar la demanda y sus diferentes etapas procesales hasta llegar a la sentencia que decrete o no la adopción, adicional a esto el artículo 127 dice que el padre o madre de un adoptante tendrán derecho a disfrutar y a que se les cancele la licencia de maternidad conforme lo establece el numeral 4° del artículo 34 de la ley 50 de 1990 y demás normas concordantes y la licencia de paternidad establecida en la ley 755 de 2002, que incluye el pago de la licencia de padres

adoptantes y el menor una vez sea entregado a la familia adoptante por parte de la entidad ICBF tendrá derecho a que se le afilie en una EPS O ARS. El menor solo podrá salir del país una vez se le entregue la sentencia ejecutoriada que decreta la adopción ya que emigración solicita la copia para efectos legales artículo 128º ley 1068 de 2006.

#### **4.11. Adopción Internacional**

La adopción es un acto jurídico que crea entre el adoptante y el adoptado un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas Pina (1973). La adopción internacional o adopción entre países está basada en que adoptantes y adoptivos no viven en el mismo país, no tienen la misma nacionalidad y lógicamente domicilios diferentes.

El doctor Ubaldino (2005), argumenta sus razones por las cuales un niño es dado en adopción y dice que los países desarrollados y de baja natalidad siempre se interesan por adoptar niños de escasos recursos donde hay niños abandonados, niños en hogares sustitutos y es ahí donde la adopción internacional puede ser un mecanismo idóneo para proteger el interés superior del niño.

Se considera que la adopción es internacional cuando existe relación jurídica internacional ya que los elementos que constituyen ese vínculo son de orden jurídico nacional y para que haya conexión en la adopción se necesita que haya residencia habitual del adoptado y del adoptante, porque hay dos modalidades; la primera es cuando el niño es adoptado y tenga que salir de su país de origen, pero no se tiene en cuenta la nacionalidad de los padres adoptivos y la segunda es cuando padres adoptivos y adoptante tienen diferentes nacionalidades y no se tiene en cuenta si

los padres residen o no en el país habitual del menor, cumpliéndose el protocolo de la adopción internacional se da origen a una relación jurídica extranacional como lo indica Alfonsín él explica que la relación jurídica es nacional cuando sus elementos son de orden nacional pero cuando a estos elementos les hace falta un complemento se presume que extranacional y hay que elevarlos a una sociedad Estatal Innocent Digest (1999).

Una adopción internacional trae distintas situaciones jurídicas con el menor dependiendo del país, debido a que algunas legislaciones no reconocen la adopción celebrada en el país de origen, hay leyes que aun todavía no han sido reformadas otras parcialmente entonces hay que ajustarlas de acuerdo a la situación que se presenta en el momento, en cuanto al entorno social es posible que se presente un inconveniente con el niño en cuanto al idioma ya que tanto padres como hijo hablen un idioma diferente y a partir de esta situación se enfrentan problemas de religión, de integración y esto les puede impedir un poco la relación afectiva como nueva familia que se está conformando.

Esta adopción también tiene sus antecedentes para lo cual en la década de la Segunda Guerra Mundial fue donde surgió este fenómeno cuando quedaron miles de niños huérfanos, desplazados por la guerra que se vivió en esa época y es la razón por la cual familias de Estados que no estuvieran en conflictos tomaban la iniciativa de adoptar un niño víctima del conflicto armado y que por circunstancias de la vida había perdido a su familia biológica, estas adopciones se dieron en Europa y Estados Unidos, para esa época fue como un acto de humanidad que las familias hacían por los niños y que a su vez la mayor razón era el bienestar y protección del niño, en Japón y China también hubieron niños adoptados por los Estados Unidos, con la recuperación de Europa la adopción de niños disminuyó, luego fue Corea el que entró en conflicto y los niños

volvieron a quedar desamparados entonces nuevamente volvieron las familias de buena posición económica y sin problemas en su país a adoptar aquellos niños en estado de crisis y vulneración.

En 1950 se presentaron problemas socioeconómicos y problemas en la adopción interracial y es en este periodo donde surgen las agencias especializadas en las cuales se multiplicaron estas organizaciones para la década siguiente, nuevamente en el año 60 se dio el conflicto con Asia y los niños tuvieron que ser adoptados por Europa y Norteamérica, pero por estos conflictos que se presentaron surgieron varios interrogantes ya que era un problema político social y que el niño era el más afectado entonces se preguntaban cuál era el marco legal de la adopción internacional.

Ante varios interrogantes entra las convenciones y tratados a resolver el dilema mientras que Corea promulgo la ley extraordinaria de adopción para huérfanos en 1961 y está sancionó la adopción internacional y se preguntaba si el niño de un país no desarrollado se podía adoptar a un país desarrollado en su nuevo entorno, entonces los expertos realizaron un estudio y para los años 1960-1970 fue caracterizado este periodo para la realización de determinados eventos en el cual se realizó el Seminario Europeo sobre Adopción Internacional en Leysin, Suiza, en 1960 y la Conferencia Mundial sobre Adopción, basado en todo lo anterior ya se crearon principios fundamentales para la adopción internacional que más tarde las Naciones Unidas comenzaron a trabajar sobre estas adopciones, para los años 70 ya la adopción internacional adquiere un carácter internacional y otros países se unieron a esta noble causa cuyo fin era proteger el interés del niño y según encuestas realizadas para estos años se elaboraron campañas para mejorar el método de anticonceptivos y evitar traer niños al mundo cuando la posición económica de los padres no es la mejor, como por ejemplo en Suecia. Personas que residían en los Estados Unidos buscaban en países como la India, Sri Lanka, Filipinas e Indonesia a niños con el deseo de adoptarlos.

En 1976 entra América Latina a participar en los procesos de adopción Perú, Colombia, Chile, Ecuador y El Salvador, pero fueron muy bajas estas adopciones para el año 1980 llegó a un 80%, en Guatemala se presentó tráfico de menores debido a que hubo contrataciones de mujeres para que quedaran embarazadas y una vez naciera el niño era vendido en países occidentales.

El 24 de mayo de 1984 se firmó en la paz Bolivia la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores durante la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional (CIDIP III) y entró en vigor el 26 de mayo de 1988, conforme al artículo 26 de la Convención fue ratificada por Colombia mediante la ley 471/1987 y por México el 12 de junio de 1987. Ratifican esta Convención cuatro países: México, Colombia, Brasil y Bolivia. En el año 1986, se expide la Declaración de Naciones Unidas para vigilar la protección y los derechos del niño referente a la adopción, en el año 1989 fue adoptada la Convención de los derechos del niño, para lo cual estas normas fueron aceptadas por el Bienestar de infancia en sus artículos 20 y 21 con disposiciones específicas para la adopción nacional e internacional; la convención de los derechos del niño en su artículo 21° encontramos la referencia expresa de la adopción en la Convención y en éste se establece que en los Estados que reconocen y/o permiten la adopción se cuidará de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y de que estén reunidas todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción es admisible, así como las autorizaciones de las autoridades competentes.

Este texto sufrió modificaciones debido a que señalaba la obligación de los Estados, el texto final quedó así: El texto final del artículo 21 señala expresamente: Los Estados que

reconocen y/o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las cuales determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y tutores, y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción por personas que residan en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño objeto de adopción en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción por personas que residan en el mismo país;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción por personas que residan en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales, o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Vemos que internacionalmente se está protegiendo el interés superior del niño que se encuentra en estado de indefensión, que es puesto a disposición del ICBF para que sea protegido

en un hogar sustituto y de esta manera así garantizarse sus derechos , pero la Declaración Universal de los Derechos del niño no establece con claridad el derecho que tiene el menor a tener una familia que es un derecho fundamental y que establece que el niño debe crecer bajo el cuidado de sus padres quienes tienen la responsabilidad en la seguridad del menor. El Estado es quien se encarga de brindarle las medidas necesarias para que ese niño disfrute de su infancia y pueda vivir en un ambiente sano lleno de amor y seguridad moral y material.

Por medio de la Convención de los Derechos del Niño países como Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Perú, República Dominicana, Paraguay y Nicaragua, comienzan a hacer su proceso de reformas en materia de adopción lo cual permitió regular estas adopciones en América Latina.

Estudios realizados por sociólogos han llegado a concluir que existe un problema socio-cultural entre los países debido a que países industrializados adoptan niños provenientes de otros países pobres y entonces se presenta una contradicción ya que en los países pobres hay abundancia de niños y en los países ricos hay hogares sin niños.

En relación con lo anteriormente expuesto y realizado un análisis nos podemos dar cuenta que Estados Unidos y Suecia son los países que reciben más niños extranjeros en adopción Pilotti (2001).

#### **4.12. Convenio europeo en materia de adopción de menores**

España firmó convenio europeo en materia de adopción de menores en 2008, cuyo objetivo es crear un procedimiento de adopción internacional para aquellos estados de Europa, este fue una actualización del anterior convenio de 1967, ya que desde la fecha se han venido muchos

cambios jurídicos y sociales y completar algunas disposiciones del Convenio de la Haya y la Cooperación en adopción internacional del año 1993, establece garantías con respecto al interés superior del niño y los derechos fundamentales que son reconocidos en el Derecho Internacional. Este convenio se rige por el interés superior del niño con el fin de que el procedimiento sea eficaz, transparente, este convenio fue hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y fue firmado el 30 de noviembre de 2009 Domingo (2005).

Este convenio se aplica cuando el solicitante no cuenta con 18 años, que este soltero, que no registre unión de hecho y que no haya sido emancipado, esto solo se refiere a instituciones jurídicas que establecen vínculos de filiación, cada Estado aplica sus reglas y normas según disponga la ley, para que sea válida la adopción debe ser declarada por el Tribunal o autoridad administrativa según el artículo 176 del código civil, se declara cuando se está protegiendo el interés superior del niño, para que haya consentimiento debe otorgarlo padre y madre a falta de estas personas o entidad facultada, el menor debe dar su consentimiento cuando cuente con 14 años de edad, la autoridad competente puede obviar este consentimiento solo excepcionalmente la madre dará el consentimiento para adopción de su hijo cumplido las 6 semanas después del parto.

Artículo 177° código civil: Condiciones de la adopción,

1. La ley permite la adopción de un menor:
  - a. por dos personas de sexo diferente:
    1. que hubieren contraído matrimonio entre sí o,
    2. que constituyan, en los casos que exista esa institución, una pareja de hecho registrada;
  - b. por una sola persona.

2. Los Estados tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas homosexuales que hubieren contraído matrimonio o registradas como parejas de hecho. Igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas heterosexuales y homosexuales que vivan juntas en el marco de una relación estable.

La adopción homoparental es un derecho reconocido en Andorra, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Guam, Islandia, Israel, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Uruguay y en ciertos territorios de Australia y Estados Unidos. En Alemania, Finlandia y Francia es legal la adopción del hijo del otro miembro de una pareja de hecho o unión civil. Se contempla la adopción homoparental desde la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. Anteriormente, diversas Comunidades Autónomas ya permitían la adopción conjunta a las parejas de hecho.

España fue el primer país que estableció la igualdad del matrimonio entre parejas del mismo sexo y la adopción de menores por las mismas parejas.

La ley 13 de 2005 reformó el Código Civil Español, en cuanto a contraer matrimonio y sustituyó las expresiones marido y mujer por cónyuges y padre y madre por progenitores, dado esta reforma dos hombres o dos mujeres pueden contraer matrimonio con los mismos requisitos y efectos que el de una pareja heterosexual, esta regla es solo para parejas casadas.

El artículo 175.4 C.C., comenta sobre el derecho que tiene el matrimonio homoparental para adoptar. El Artículo 44° C.C. dice que tanto el hombre como la mujer tienen los mismos derechos así los contrayentes sean del mismo sexo o no; esta adopción está permitida en España sin ninguna restricción.

El artículo 1° de la ley 5 de 2003 parejas de hecho en Canarias, se aplica esta ley para aquellas personas que conviven de manera ininterrumpida por el término de 12 meses. Artículo

175° C.C., dice que el adoptante sea mayor de 25 años y que tenga por lo menos 14 años más que el adoptado.

#### **4.13. Cambios constitucionales que se presentaron con respecto al tema de la adopción**

Lo primero que se hizo fue demandar los artículos 54, 66 y 68 de la Ley 1098 del 2006, mediante la cual se expidió el Código de Infancia y Adolescencia.

Artículo 54 Ley 1098 de 2006, Amonestación. La medida de amonestación consiste en la conminación a los padres o a las personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente sobre el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden o que la ley les impone.

Comprende la orden perentoria de que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, con la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez, a cargo de la Defensoría del Pueblo, so pena de multa convertible en arresto.

Artículo 66 Ley 1098 de 2006. Del consentimiento. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.

2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

Artículo 68. Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física,

mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

El profesor antioqueño Sergio Estrada Vélez entro en una lucha por defender los derechos de las personas gay con el fin de que el Legislador proteja los derechos del menor a conformar una familia con padres del mismo sexo y a que se aplicara el principio de igualdad conforme lo establece el artículo 13 de nuestra constitución de 1991; este docente presentó dos acciones de las cuales la primera fue un fallo emitido en el año 2012, mediante sentencia C 710 del 2012 donde el demandante demanda la expresión “Moral” regida bajo el artículo 68 de la ley 1098 de 2006 sin tener en cuenta otras expresiones con mucho mas fundamento para lograr que la ley avalara los derechos que tiene el niño de tener una familia homosexual y es por esa razón que el

legislador declara la demanda inhibitoria porque carece de argumentos jurídicos mucho más factibles que el Magistrado pueda analizar con respecto a la norma demandada.

“El objeto de la demanda es, por tanto, la unidad normativa que, a juicio de los demandantes, se conforma entre (i) la expresión “moral” contenida en el artículo 68 de la ley 1098 y (ii) la interpretación que le dio la Corte Constitucional a la misma expresión contenida en el artículo 89 del Código del Menor el cual los actores afirman reprodujo el enunciado normativo del artículo 68 de la ley 1098 en la sentencia C-814 de 2001”.

La Magistrada María Victoria Calle, explico mediante rueda de prensa que los artículos a que hace referencia la Adopción en la Ley 1098 de 2006 tienen como fundamento jurídico el que la Corte decida y acepte que las parejas homosexuales puedan adoptar niños pero no cualquier niño debe ser hijo biológico de una de las dos personas que conforman una unión marital de hecho que hoy en día es la conformada entre compañeros (as) permanente según la ley 979 de 2005, la que modificó parcialmente la ley 54 de 1990 donde la sociedad patrimonial está declarada entre compañeros permanentes y entonces la Corte entra a analizar los derechos que tienen los niños para conformar su propia familia debido a que es un derecho que no se les puede negar y en esa demanda se analizaba jurisprudencialmente la norma que sustentaba el caso y la cual tenía un gran argumento jurídico con respecto al interés de proteger y garantizarse los derechos del niño desde una mirada del bloque de constitucionalidad en donde los tratados internacionales han aportado a las normas nacionales para que ya no sea una limitación con lo consagraba las normas que he venido mencionando a lo largo de la investigación dado que en países subdesarrollados ya existe desde hace muchos años estas normas y la legislación las está dando sus fallos para la protección de derechos del menor.

De igual manera Colombia no es la excepción los Magistrados de la Corte Constitucional han analizado que en aras de proteger los derechos del niño ha tomado la decisión de que uno de los cónyuges o compañero permanente pueda adoptar el hijo de su pareja para lo cual debe ser biológico requisito que así lo ha tasado el legislador en sus fallos jurisprudenciales.

En cuanto a la pregunta si un niño puede o no tener trastorno psicológico, mental o afectivo con este tipo de decisiones. La Corte ha dicho no, porque literalmente el menor es un niño que conoce a su padre en caso que la relación sea de dos hombres o su madre en caso que la relación de dos mujeres y la orientación sexual que puedan tener sus padres no los excluye para el querer o poder formar una familia; en ese hogar el niño va a sentir que tiene amor, cariño, respeto, buena formación moral y sobre todo autoestima para el tomar sus propias decisiones y entender que sucede en su entorno familiar.

## **5. Concepto de adopción homoparental**

La adopción homoparental es la adopción de un niño por parte de una persona o una pareja de personas homosexuales. En lo que respecta a la regulación dentro del derecho civil, la adopción por personas del mismo género consiste en que un niño pueda ser adoptado y así, legalmente sea hijo de los dos miembros de una pareja compuesta por dos personas del mismo sexo, aunque no es término válido en la mayoría de las legislaciones Carrasco (2007).

### **5.1. Situación legal o jurídica en el mundo**

Actualmente son 27 países en los que se ha permitido la adopción homoparental entre ellos tenemos a Colombia en donde la Corte Constitucional y reafirmo los derechos de las personas LGBT y dentro de sus fallos anunció la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo el día 28 de Abril de 2016 y dijo también que las personas que tuvieran 2 años de convivencia ininterrumpida también pueden acceder a las uniones maritales de hecho.

### **5.2. Jurisprudencias de altas cortes en relación con la adopción de un menor por parejas del mismo sexo**

Según Ponencia presentada por el magistrado Jorge Iván Palacio, se manifestó que se debe garantizar el interés superior del niño. "La ley debe entenderse como neutra al sexo de las parejas y a la orientación sexual de quienes la conforman"

Al hacer un estudio se determinó que no existía afectación alguna en que un niño conviviera con dos personas del mismo sexo y así mismo la Corte dijo que las normas del código de infancia y adolescencia seguían vigentes debido a que esta no afecta los derechos del niño, y es por eso que la orientación sexual que tiene una persona no puede ser impedimento para obtener la adopción de un niño que es biológicamente hijo de su pareja.

Esta redacción se hizo el 4 de noviembre de 2015 por el periódico el Espectador.

### **5.3. Análisis de sentencias emitidas por la corte constitucional**

#### **5.3.1. Sentencia T-290 DE 1995**

El señor Córdoba (Homosexual) se hizo cargo de la manutención de una menor cuando fue abandonada por sus padres biológicos en un inquilinato y madre lo ayudaba a atenderla, al inscribirla en el registro de nacimiento se dirigió al ICBF para solicitar la custodia de la niña y esta entidad realizó la visita y se dieron cuenta que las condiciones sanitarias no eran las mejores, recomendaron cambiar de vivienda, y así lo hizo pero lo notificó, en el año 1994 se presentó una visita de Procuraduría a un inquilinato de prostitución y se dieron cuenta que la niña vivía allí de hecho habían varios menores viviendo en el mismo lugar, cuando el ICBF reabre la investigación ya la niña estaba viviendo con su hermana, en la declaración del ICBF hicieron mención a que la niña no podía vivir con él, debido a sus condiciones en el hogar y también la Defensoría presentó una denuncia en contra del señor Córdoba por cuanto registró a la niña como su hija con su apellido y el de su compañero sentimental, es por esta razón que se solicitó anulación de su

registro civil. Finalmente, este instituto se hizo cargo de la niña y ahora convive con una familia heterosexual y rodeada de otros niños.

Finalmente, los jueces negaron la tutela ya que no era el mecanismo idóneo, el señor Córdoba debió irse por la vía contenciosa administrativa y sin embargo el actor cuenta con otros medios de defensa para atacar los actos administrativos y resoluciones que fueron proferidas en el presente caso.

### **5.3.2. Sentencia C-814 de 2001**

Se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 parcialmente del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), por el contenido de la palabra moral contenida en su artículo 89 y en su artículo 90 donde indica que solo pueden adoptar la unión conformada por el hombre y la mujer con tres (3) años de convivencia ininterrumpida, ya que el actor dice que se tenía como requisito para adoptar que la pareja demostrada idoneidad y moral para la crianza del adoptante y comenta que este concepto no puede ser objeto de restricción para llevar a cabo el objetivo de la adopción.

En cuanto al artículo 90 existe una discriminación por cuanto el contenido de esta norma no permite adoptar a las personas homosexuales en conjunto con el artículo 42 de la Carta Política ya que la orientación sexual hace parte de la dignidad humana que es reconocida en esta norma, el problema jurídico consiste en el término idoneidad moral y dice que es inconstitucional porque cada persona es libre es de escoger que tipo de moral es conveniente para su vida.

La demanda en su artículo 89° se da en la idoneidad moral que constituye violación al espíritu pluralista y liberal, la constitución no impone ninguna clase de moral al ciudadano, esta condición moral no puede ser objeto de restricción para el matrimonio, para conformar una pareja o para adoptar. En su artículo 90° se da una discriminación para las parejas del mismo sexo al no permitírseles adoptar y dice que la opción sexual hace del espectro de la dignidad humana.

El problema jurídico se presenta en el término idoneidad moral, la relación de idoneidad moral con la condición sexual del adoptante, escoger su libre desarrollo de la personalidad y como antecedentes jurídicos tenemos la sentencia C-244/94 y C-404/98. Finalmente declara exequible la expresión “Moral” del art. 89 y expresión “La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años” del art. 90.

### **5.3.3. Análisis de la Sentencia C-577 de 2011**

La Corte en esta sentencia explica el alcance del Art. 42 de la Constitución Política de Colombia y dice que el término familia también aplica para las parejas homosexuales pues ellos también están en protegidos constitucionalmente para formar una familia y la constitución no puede desconocer sus derechos, al aceptar anteriormente la unión marital de hecho con el fin de que se le reconocieran ciertos derechos también había una desprotección legal ahí, es a partir de esta sentencia donde el legislador dijo pero hay que reconocerle a las parejas del mismo sexo ese derecho para disponer de una representación legal que les permita acceder a toda esa clase de derechos y a que ellos puedan conformar una familia pero para lograr este nivel deben tener la protección del Estado entonces se les notifica a todos los jueces y notarios del país a que

cumplan este fallo y realicen ceremonias de carácter civil con el fin de que se unan en el sagrado rito del matrimonio igualitario civil las parejas homosexuales las cuales quedan en protección de la constitución desde el año 2013 con el fallo de esta sentencia en cuanto a la vida personal de la pareja, porque ya han venido bajo la protección de la constitución como uniones maritales de hecho, para obtener el derecho a la salud, a la sociedad patrimonial de hecho, a la pensión de sobreviviente, derecho a obtener alimentos por parte de su cónyuge, beneficios del subsidio familiar, derecho a los seguros obligatorios, y demás tendientes beneficios todo esto logrado bajo numerosas sentencias que han llegado a la Corte Constitucional.

#### **5.3.4. Sentencia T-276 de 2012**

Se trata de una acción de tutela de restablecimiento de derechos de dos niños contra el ICBF, el ciudadano Estadounidense acudió al Bienestar para un proceso de adopción de dos (2) menores hermanos colombianos de nacimiento y por sentencia emitida de un juez de familia le otorgaron la calidad de adoptante de los dos menores, antes de su viaje a los Estados Unidos decidió ir al ICBF a despedirse de los funcionarios que le llevaron su caso y manifestó a la Subdirectora su condición de homosexual, al llegar a la embajada con los niños les fue negada su visa para salir del país debido a que ICBF impidió la salida de los niños del país y solicitó el restablecimiento de derechos, una vez le nombraron una casa sustituta solo podía comunicarse con sus hijos por medios virtuales y en determinadas ocasiones; todo lo ocasionado fue a raíz de no comunicar a la entidad su orientación sexual.

El actor manifiesta dentro de sus pretensiones que el ICBF desconoció su derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, desconociendo el derecho

que tienen los niños a vivir en un núcleo familiar, también solicitó el cese del restablecimiento de derechos, que se ordene nuevamente la salida del país de los niños y que se abstengan de realizar trámites administrativos en procesos discriminatorios debido a su orientación sexual.

El fallo de primera instancia fue negado por considerar el juez que no hubo violación al debido proceso ya que la orientación sexual no fue manifestada al realizar el trámite de adopción, en cuanto al restablecimiento de derechos fue el trámite que debió realizar el ICBF para salvaguardar el interés superior del niño y comenta que el demandante cuenta con otros recursos para ejercer su legítima defensa que podían ser ejercidos mientras se encontraba la medida de restablecimiento de derechos en curso, al no estar de acuerdo solicitó se impugnara el presente fallo. En segunda instancia el juez dice que violó el principio de buena fe por cuanto ocultó su orientación sexual durante el tiempo del proceso de adopción como padre soltero, al llegar a la Corte se hicieron varios análisis de normas y se consultaron varias sentencias con respecto al proceso de restablecimiento de derechos e interés superior del niño y se llegó a la conclusión que en Estados Unidos no se puede interrogar a una persona de su orientación sexual cuando solicita a un niño en adopción y que muy a pesar de haber ocultado su homosexualismo a los niños eso no les afecta en su desarrollo integral, pero si hay cierta afectación el no poder convivir con su padre adoptivo debido a que ellos ya habían viajado y compartido momentos con él. Se le ordenó a la Subdirectora del ICBF, levantar la medida de protección del hogar sustituto y permitir que los niños viajen con su padre adoptivo a los Estados Unidos.

#### **5.3.5. Sentencia SU-617-2014**

Se presenta el caso de dos mujeres que conviven bajo el mismo techo desde el 1 de Julio de 2005 sin registro alguno, el 27 de Febrero de 2007 formalizan un acuerdo respecto del futuro

sobre la futura hija de Turandot el día 27 de Febrero de 2007 desde ciudad de Nüremberg (Alemania), dado que el feto sería engendrado por inseminación artificial con espermatozoides donados por una persona conocida cuyo padre renuncia a la patria potestad desde el mismo instante en que acepta el acuerdo de voluntades, la unión permanente entre Turandot y Fedora se consolidó el día 15 de marzo de 2008 en la Notaría Sexta del Circulo de Medellín y declararon que convivían de forma permanente desde el 01 de Julio de 2005, cuyo nacimiento de la niña fue el 4 de Febrero de 2008 al solicitar la Adopción ante la Defensoría de Familia de Rionegro esta fue totalmente negada dando razones válidas debido a que la norma así lo establecía con el Art. 42 de la Constitución (1991) y el Art. 68 de la ley 1098 de 2006 donde no se permitía adopciones por personas del mismo sexo, basada también en la sentencia C-814 de 2001, donde no se autorizaba este tipo de adopciones, pero a su vez se desconocían los derechos del menor a tener una familia, educación, salud, libre desarrollo a la personalidad, derecho a la igualdad, vivienda, vestuario, recreación, etc.

En acción de tutela incoada se solicitó que no se violara el interés superior del niño previsto en el Art. 44 de nuestra constitución (1991).

En sentencia de primera instancia el Juzgado Primero Penal ordenó al ICBF regional Antioquia, seguir con el trámite administrativo de la adopción de acuerdo al debido proceso, el interés superior del niño y el derecho a la igualdad, debido a que incurrió en cuatro irregularidades y no se analizó los requisitos de fondo 1) No tuvo en cuenta el vínculo filial, 2) Error de material probatorio debido a que la entidad tomó el tiempo desde que formalizó la unión permanente en documentos y no el tiempo que ellos plasmaron desde el año 2005. 3) La improcedencia no debió darle el ICBF sino el comité de adopciones. 4) El fallo debieron darlo mediante acto administrativo y no un simple comunicado como fue expedido.

En el trámite de segunda instancia se resolvió la impugnación y sigue el trámite administrativo de acuerdo a la primera instancia inclinándose en que el ICBF desconoció el trámite del debido proceso, pero la Corte aclara

“En cuanto a la vulneración del derecho al debido proceso, la Corte encuentra que no se presentaron las irregularidades alegadas por las demandantes, por las siguientes razones: De una parte, en la medida en que según la ley las autoridades se encuentran facultadas para terminar anticipadamente los trámites de adopción cuando advierten el incumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales, el acto por medio del cual la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro declaró la improcedencia de la solicitud de adopción, no desconoció el procedimiento administrativo. La razón de ello radica en que, si de antemano la autoridad administrativa tiene certeza sobre el incumplimiento de los presupuestos de la adopción, carece de todo sentido y utilidad adelantar todo el trámite, en perjuicio de los propios adultos interesados en la conformación del vínculo y de la administración pública”.

Finalmente, la Corte resuelve conceder el amparo del Derecho fundamental de la menor Lakmé a tener una familia y ordenar a la Defensoría de Familia de Rionegro a continuar con el trámite administrativo de adopción.

### **5.3.6. Sentencia C-071 de 2015**

En esta sentencia aprobó la adopción consentida entre parejas del mismo sexo siempre y cuando el hijo o hija sea biológica de uno (a) de los(as) dos, decisión que fue tomada en Agosto de 2014 cuando al estudiar el caso de las madres lesbianas de Medellín se determinó que si se podían adoptar niños de parejas del mismo sexo. Este fallo ha sido el resultado de una lucha por dejar presente que no se puede menoscabar el principio de igualdad y desconocimiento de derechos.

La Corte decidió fallar en este caso de acuerdo a la Ley 12 de 1991 de la Convención de Derechos del Niño donde se indica que para adoptar no es necesario el sexo de los padres y a partir de este concepto que amplía la toma de decisiones del legislador se realiza una análisis y se llega a la decisión que si bien analizamos los derechos del niños estos privan ante cualquier

decisión lo cual se objetó de debate porque se analiza porque las parejas homoparentales no pueden adoptar si los tratados internacionales dejan la puerta abierta para que se decida sobre el futuro del niño Wray (1991).

Básicamente el fallo fue tenido en cuenta en cuanto a dos análisis que hizo la Corte, el primero fue el derecho a la igualdad y el segundo fue a la familia que desea conformar la pareja del mismo sexo, pero no fue pronunciado en este aparte los derechos del niño desde el punto de vista constitucional consagrado en el artículo 44, entonces como la demanda estaba basada en estos dos puntos.

La Corte al realizar su análisis de fondo tomó en cuenta los análisis científicos y se llegó a la conclusión que la convivencia de parejas del mismo género en nada afecta el desarrollo integral del niño; en cuanto a la falta de idoneidad moral, física o mental dice la Sala plena los tratados internacionales, la misma constitución, los fallos que ha emitido la Corte y la orientación sexual de una persona no es una causal de falta de moral, así mismo no se podría restringir al niño a que tenga una familia y se estaría contrariando el art. 44 de la constitución que protege los derechos del menor, entonces la Corte decide otorgarle esos derechos a las parejas homoparentales.

Finalmente, la Corte precisó que para cualquier proceso de adopción siempre va a estar por encima de todo el interés superior del niño y restablecimiento de derechos.

### **5.3.7. Sentencia C-683 de 2015**

En esta sentencia la Corte habilita la adopción de niños entre parejas del mismo sexo puesto que considera que en el interés superior del niño también está establecida la familia

homoparental y de acuerdo a los estudios científicos que se han dado a conocer en reiteradas sentencias se llega a la conclusión que el niño no tiene ningún tipo de afectación integral en la convivencia de padres del mismo género y decide modificar la ley 1098 de 2006 en sus artículos 64, 66, 68 en materia de adopción y la ley 54 de 1990 en cuanto a las uniones maritales de hecho.

### **5.3.8. Sentencia SU-696 de 2015**

La sentencia trata de dos hombres colombianos que tienen su lugar de residencia en Estados Unidos y que están unidos por el vínculo contractual en su país, deciden tener hijos y para ello procedieron a realizar una fertilización in vitro en la cual una mujer fue fertilizada por los espermatozoides de ambos y posteriormente nacen gemelos los registran allá ante la Agencia de Servicios de Salud de la ciudad de San Diego, luego se les expiden los pasaportes a los niños y al presentarse al consulado colombiano en los Ángeles solicitando que se les expidieran los registros civiles de nacimiento a los niños por ser hijos de padres colombianos como lo establece el artículo 96 de nuestra constitución, no obtuvieron respuesta, decidieron viajar a Colombia en Abril del 2014 con los niños como turistas, visitaron varias notarias en Medellín, Bogotá, e inclusive llegaron a la Registraduría Municipal de Medellín diciendo estas la misma versión negando el derecho que tienen los niños a tener una identidad por el simple hecho de ser hijos solamente de padres del mismo género porque ellos dentro de sus argumentos jurídicos comentan que no existe norma ni ley que les indique que ellos deban registrar este tipo de niños, pero se olvidaron de proteger el interés superior del niño, del derecho a la igualdad, a la dignidad

humana y omitieron el registro de nacimiento que la agencia de Estados Unidos expidió legalmente para obtener los niños su identidad.

Caso resuelto en el la Sala Cuarta de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín cuando al accionante se le ampara sus derechos y de sus hijos, escuchada la versión de las notarías donde el accionante toco puertas y de la Registraduria anteriormente mencionada, el Tribunal ordenó a esta a realizar el registro de nacimiento en el término de 48 horas a partir de que sus padres entregaran los documentos de los niños.

Así mismo comentó la aptitud negligente en que incurrieron los funcionarios de todas las entidades donde se presentaron los ciudadanos colombianos a tramitar el registro de nacimiento de sus hijos, y ordenó al ICBF vigilar este procedimiento y proceder a restablecerles el derecho a los niños hijos de padres colombianos.

Como es menester si una norma tiene vacíos legales las entidades deben remitirse a una norma de carácter general que llene ese vacío normativo es por ello que la ley colombiana y la internacional protege toda clase de derechos que puedan tener los niños para que de esta manera no se le sigan violando sus derechos constitucionales.

## **6. Comparaciones entre jurisprudencias de la corte constitucional en los derechos de las parejas del mismo sexo**

Con la Sentencia C-577 de 2011 la perspectiva de las parejas del mismo sexo cambio con la inclusión de los derechos que así le deben reconocer debido a las nuevas uniones permanentes que es una realidad que se debe vivir frente a la sociedad y en estos reconocimientos jurídicos que la Corte manifiesta en sus jurisprudencias se encuentran los derechos fundamentales y a través de estos planteamientos jurídicos se analizan las normas que ha hecho el máximo tribunal, con el fin de que la sociedad conozca cuáles son esos derechos reconocidos que tienen las PMS (parejas del mismo sexo).

La constitución del 91 trajo cambios circunstanciales lo cual ha servido de base para nuestro ordenamiento jurídico entre ellos tenemos; el primero la adopción del Estado Social de Derecho en su artículo 1° para la organización del Estado, el segundo la creación de la acción de tutela en su artículo 86° como medio de proteger los derechos fundamentales y el tercero la guarda de la integridad y supremacía de la constitución en su artículo 241° de la Constitución Política de Colombia.

Dentro del primer artículo de la constitución de 1.991 se encuentra la dignidad humana que es entendida como el conjunto de derechos que se le reconocen al ser humano lo que demuestra que cada persona debe ser tratada con respeto. Los derechos de beneficios de la dignidad humano dentro del Estado Social de Derecho en carencia al ejercicio del libre desarrollo a la personalidad y orientación sexual pueden ser unidos con personas del mismo sexo, con relación a estas personas gozarán de iguales condiciones ante la ley que una pareja heterosexual.

Pero las uniones de PMS, todavía sufren sometimiento a la discriminación y violaciones, aun en la actualidad se les niegan sus derechos fundamentales y por eso que acuden a instancias judiciales para que así se les reconozca su derecho y es así como este tipo de acciones llegan hasta la Corte Constitucional que es la máxima instancia procesal de ahí que el artículo 86° indica que toda persona puede instaurar tutelas ante los jueces cuando considere que un derecho ha sido vulnerado o amenazado por cualquier autoridad pública.

La Corte Constitucional ha venido logrando un avance positivo salvaguardando los derechos fundamentales de las PMS cuya finalidad es la pretensión del principio de la dignidad humana que se cumpla en el Estado Social de Derecho, para ello se ha venido trabajando desde la década de los 90. El profesor Castillo Gómez (2006) en su tesis doctoral señala que Colombia es un Estado multicultural y pluriétnico debido a que grupos sociales han sido marginados mediante la violencia y la expropiación, así mismo la Nación toma en olvido lo que históricamente se vivió no solo en Colombia si no en diferentes partes del mundo, con el reconocimiento de las minorías se ha venido transformando la sociedad y hoy por hoy este grupo de minorías están constituidas por cualquier grupo pequeño de personas que han sido incluidas para garantizarles sus derechos incluso a las PMS.

Esta manifestación pluriétnica y multicultural trae nuevos elementos al Estado Social de Derecho como la aceptación sexual y la igualdad de derechos para las personas homosexuales.

Este estudio es muy polémico debido a que la sociedad no acepta la complejidad sexual y no podemos desconocer que la Corte Constitucional ha venido reconociendo muchos derechos y acoplándolos a nuestro ordenamiento jurídico como se explica en la sentencia C-481 de 1998.

En Colombia las parejas del mismo sexo han solicitado que se aplique el Estado Social de Derecho en búsqueda de la dignidad humana como forma de proteger sus derechos y

reconocimiento a las uniones maritales de hecho jurídicamente, ¿pero ¿cuáles serían esos derechos que se han venido reconociendo por la Corte Constitucional?

En Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda que son países de Europa el reconocimiento de las PMS se da la total igualdad a las uniones de homosexuales y al matrimonio como una excepción el proceso de adopción y patria potestad compartida. La ley danesa, noruega, sueca, holandesa permite el reconocimiento de las parejas del mismo sexo con restricción a la adopción de niños.

A mediados de los años 80 ningún país contaba con un instrumento jurídico que le reconociera sus derechos a las parejas del mismo sexo, en la actualidad el continente europeo cuenta con esas herramientas jurídicas para concederles ese tipo de derechos que estas parejas buscan para lograr vivir en sociedad sin ningún tipo de discriminación. En Colombia son reconocidos a través de jurisprudencias emitidas por la Corte Constitucional, estas interpretaciones del máximo tribunal son recopilaciones de normas nacionales e internacionales que su vez al ser interpretadas son tenidas en cuenta para otorgar ciertos derechos a las personas con orientaciones sexuales del mismo género. Así mismo la Corte Constitucional ha tenido dos momentos el prudente y el progresista donde el primero se entiende desde el año 1992 hasta el 2001 y el segundo desde el año 2002 hasta nuestros días.

El periodo prudente está establecido por fallos negativos y ambiguos para los cuales las siguientes sentencias hicieron parte de estos pronunciamientos T097 de 1994, T539 de 1994, T569 de 1994, T290 de 1995, T037 de 1995, T277 de 1996, C098 de 1996, T101 de 1998, T268 de 2000, C481 de 1998, C507 de 1999, T268 de 2000, T618 de 2000, T999 de 2000 y T1426 de 2000.

El periodo progresista es el establecido por fallos reconocedores de derechos, pero también hay sentencias donde no reconocen a las parejas del mismo sexo como familia entre ellas tenemos SU623 de 2001, C814 de 2001, T435 de 2002, C373 de 2002, C1094 de 2003, T301 de 2004, T 439 de 2006, C075 de 2007, C811 de 2007, T 856 de 2007, C336 de 2008, C798 de 2008, C029 de 2009, C886 de 2010, C051 de 2010, T-062 de 2011, C-283 de 2011 y C577 de 2011.

Mediante auto 143 de 2011 se encuentran los derechos a las personas del mismo sexo mediante sentencias hito como las siguientes: Sentencia C075 de 2007, por la cual la Corte declaró condicionalmente exequibles algunas normas de la Ley 54 de 1990 sobre la unión marital de hecho, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas PMS u homosexuales.

Sentencia C-811 de 2007, que las PMS tienen derecho a la inclusión como grupo familiar en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud.

Sentencia C-336 de 2008, que asimismo declaró condicionalmente exequibles los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, precisando que las normas que regulan la pensión de sobrevivientes entre compañeros permanentes son aplicables también para el caso de parejas PMS. Sentencia C-798 de 2008, sobre tipificación del delito de inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes del mismo sexo.

Sentencia C-029 de 2009, sobre la aplicación a las PMS de más de 20 distintas normas legales de muy diverso contenido, incluyendo disposiciones sobre obligaciones de asistencia recíproca, tipos penales, inhabilidades para el acceso a cargos públicos o para celebrar contratos con el Estado, normas sobre beneficios sociales, etc. Sentencia C-577 de 2011, reconoce que dentro de las parejas del mismo sexo hay familia.

## 7. Derecho comparado

La adopción en Colombia ha sido uno de los temas más polémicos y con mayores controversias y siempre nos hemos preguntado; si las personas del mismo género cumplen con los requisitos de una persona heterosexual o monogamia para adoptar un niño, es necesario realizar un estudio comparativo entre las sentencias que han sido emitidas de las altas Cortes entre países y como la estructura entre estados y reformas constitucionales han dado un giro de cambios sociales, políticos y culturales, con esta serie de cambios ha permitido que el sistema judicial haya tenido una serie de interpretaciones de normas, leyes y decretos, es por esta razón que se ha logrado que a los homosexuales se les garantice sus derechos y principios consagrados en la constitución de cada país.

La ley 153 de 1887 contiene dos disposiciones de las fuentes formales del Derecho las cuales dice así

"Art. 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho", y la segunda dice "Art. 13. La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".

La Constitución como rango superior a todas las normas en la encargada de aclarar vacío normativo y le da forma de interpretación al caso en comento con estos cambios constitucionales se fortaleció la rama judicial encargada de dirimir conflictos y darle solución a la misma.

Se le atribuyeron facultades para garantizar la protección de derechos y controlar abusos; además se crearon nuevos órganos autónomos fortaleciendo la división de poderes como es las tres ramas: judicial, ejecutiva y legislativa, esto se realizó con el fin de la máxima autoridad- Presidente de la República no tenga todo el poder autoritario para gobernar un país, sino que

existan otros órganos gubernamentales que puedan ejercer esas facultades sin mayores impedimentos.

Brasil, Colombia y México se acogieron al estado social de derecho y adoptaron el principio de supremacía de la constitución y la creación de mecanismos judiciales que permite amparar la integridad y derechos consagrados en la constitución. Con los cambios sociales, culturales y políticos que han cambiado en nuestro país, se hace una revisión de normas debido a que el juez es el encargado de interpretar y argumentar para dar un fallo razonable.

Existen dos figuras como medio de protección de derechos y es la acción de tutela y la acción de inconstitucionalidad, los cuales son mecanismos que permiten ejercer control de constitucionalidad y quien lo ejerce es la Corte Constitucional de Colombia, lo suprema Corte de Justicia de la Nación de México y el Tribunal Superior Federal de Brasil.

Estos órganos judiciales son elegidos por el congreso mediante ternas en el caso de Colombia por el Presidente de la Republica, la Corte Suprema de Justicia y el Congreso de Estado y en México y Brasil por el Presidente, estos funcionarios son los encargados de llevar a cabo el cumplimiento y aplicación de la constitución y controlar los 3 órganos judiciales, para que no se excedan de las funciones que le da el poder.

Entonces si analizamos encontramos grandes diferencias respecto a la organización política y territorial entre Estados para el caso de Colombia que estamos frente a una república unitaria las decisiones que toma la corte con respecto a la inconstitucionalidad, permite la expulsión del sistema normativo de normas contrarias a la constitución. Brasil y México como Estado federado tienen limitaciones y muy probablemente pudieron proponer nueva línea jurisprudencial, por cuanto Colombia no lo podría hacer dado que la Corte Constitucional no podría tomar decisiones ya que se vería afectado por su orden nacional.

Con estas controversias lo que se busca es mostrar cual es el reconocimiento jurídico por vía judicial del derecho de adopción por parejas homoparentales; dado que Colombia para el año 2013, aun no admitía que se le reconocieran estos derechos a los L.G.B.T.I.

En Colombia los medios de comunicaciones existentes realizaron un estudio y publicaron cada uno sus artículos tomando opiniones públicas y fallos de la Corte Constitucional. Al entrar en vigencia la Constitución del 1.991, la familia L.G.B.T.I. inicio su proceso de lucha jurídica cuyo fin era que se le protegieran sus derechos como a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad y a partir de ese momento la Corte Constitucional se ha pronunciado en varios fallos de tutela.

En el año 2007 mediante Sentencias C-075 de 2007 la Corte reconoció el derecho a declarar la Unión Marital de Hecho y la Sociedad Patrimonial para las personas del mismo sexo y es cuando la Doctora Rodríguez (2007), Senadora del partido de la U se opone a la decisión, pero básicamente la Corte lo que hizo fue reglamentar esa garantía institucional; con esta negatividad queda claro que muchos se oponen a las decisiones constitucionales y entonces surge la pregunta ¿Si los partidos se opondrán a ciertas decisiones que la Corte considere justa para respaldar un derecho fundamental?.

Pero finalmente son las altas Cortes quienes emiten sus fallos por medio de jurisprudencias. La iglesia por su parte siempre ha intervenido en las decisiones del legislador e hizo una crítica y dijo que estos fallos positivos para proteger un derecho eran inmorales ya que van a contra de la naturaleza y fuimos creados para tener una familia heterosexual. La revista semana en el año 2013 publicó un documento en el que el Presidente del Senado ROY BARRERAS y la congregación “MISION PAZ A LAS NACIONES” se comprometerían a no apoyar el matrimonio entre homosexuales y la adopción de niños entre las mismas, entonces es

claro que una vez más la Iglesia se tomó atribuciones políticas que no le corresponden u expandiendo sus decisiones al territorio nacional , decisión que la comunidad L.G.B.T.I no está de acuerdo; lucha que se ha venido presentando desde hace décadas con el fin de proteger sus derechos y que solo fueron incluidos en la constitución del 91 con el derecho a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad, ser homosexual no significa no ser católico ni reconocer el valor de la familia.

Para la comunidad L.G.B.T.I protege el bienestar del niño es lo fundamental debido a que el menor necesita amor, cariño, cuidado y una estabilidad de padres; la Iglesia obviamente no está de acuerdo. Son muchos los doctrinantes que han investigado con respecto al tema y opinan que las sentencias de la Corte Constitucional no han tenido el suficiente progreso debido a que no se ha establecido la igualdad entre heterosexuales y homosexuales, por el contrario, es una decisión condicionada a ciertos intereses para proteger derechos a personas del mismo sexo.

En México se protege el interés superior del niño y muchos doctrinantes han dado sus opiniones y el Presidente de la comunidad L.G.B.T.I. explica que para criar a un niño basta con el amor que se le pueda dar y enseñarles que aun vivan en un hogar gay no quiere decir que el niño debe ser igual a ellos, el menor debe decidir que genero quiere ser y como enfrentarse al mundo y de qué manera. Ellos buscan tener los mismos derechos que los heterosexuales y que sus hijos no sean discriminados por la sociedad, pero la Iglesia tampoco está de acuerdo porque comentan que el niño sufre un daño psicológico y moral.

La posición de la Procuraduría General de la República es no estar de acuerdo con la adopción homoparental porque atenta contra el derecho de los menores, la Suprema Corte se pronunció de la demanda el 16 de agosto del 2010, donde no compartió la opinión del procurador y reconoció el derecho de la adopción homoparental, este fallo trajo muchas opiniones

encontradas ya que para muchos sectores la decisión de máximo tribunal de la nación no está ajustada a derecho si no para fines políticos para la comunidad L.G.B.T.I fue un gran avance debido a que habían conseguido la constitucionalidad del matrimonio en todos los estados de la república y la adaptación en el distrito federal.

En Brasil la comunidad L.G.B.T.I comenta que la adaptación favorece al menor debido a que ese hogar se le brindara acceso a la educación, amor y salud para lo cual que en el lugar biológico quizás no lo va a tener; en esta posición también la iglesia rechaza a las parejas del mismo sexo porque no están no están de acuerdo con esta ideología, pero la constitución de Brasil en su artículo 3º dice que ni había discriminación y al no haberla no podemos dejar por afuera la orientación sexual de una persona , entonces los brasileros optan por adoptar como personas solteras evitando los requisitos que el sistema requiere.

En Colombia los avances han sido mínimos y los logros obtenidos se han dado por jurisprudencias emitidas por Magistrados de la Corte Constitucional porque así han interpretado las normas de nuestro ordenamiento jurídico con el fin de lograr que la comunidad L.G.T.B.I le sean reconocidos sus derechos. Este estudio comparado ha sido aprobado por países latinoamericanos como Argentina, Estados Federales de la Ciudad de México como Campeche, Tolima, Coahuila, Michoacan y Morelos de México, Brasil, Uruguay y Colombia, en el caso de nuestro país solo se dio su reconocimiento a través de la sentencia C-683 de 2015 permitiendo que las parejas del mismo sexo puedan adoptar niños, estos cambios han sido significativos porque a través de ellos se están protegiendo sus derechos y el interés superior del niño al tener una familia y son protegidos por ellos.

En los países latinoamericanos aun todavía existen diferentes formas de discriminación a la comunidad L.G.B.T.I y este grupo es más mayoritario que minoritario, es por ello que el

legislador al analizar las razones por las cuales se está presentando este tipo de discriminación le ha dado nuevos derechos con el fin de proporcionar nuevos desafíos; al darle la legislación esta clase de derechos a las parejas del mismo sexo se ha elaborado un estudio comparativo entre países que así le han reconocido buscando mecanismos estructurales para que las normas hagan parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En Colombia los grupos minoritarios y la comunidad L.G.B.T.I ha instaurado una serie de demandas donde han acudido a los principios constitucionales para interpretar la norma y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido objeto de pronunciamientos favorables en favor de esta comunidad cuando el ex Procurador General de la Nación ALEJANDRO ORDOÑEZ estando en su Cargo y sus facultades legales dio su opinión y siempre fue negativa ante este tema contradiciendo los principios constitucionales emanados de la Constitución de 1.991.

Ante este estudio se hizo un análisis de leyes y jurisprudencia en cinco (5) países, con códigos civiles, casos y sentencias, se hizo un breve reconocimiento histórico de jurisprudencia desde la primera vez que se solicitó la protección constitucional y esta fue negada hasta nuestros días cuando la norma ha sido interpretada de diferentes formas pero la constitución es la misma, hubo cambios legislativos que fueron introducidos al ordenamiento jurídico en los países mencionados de América Latina y debido a esto fue que se tomó la decisión de aprobar la adopción homoparental; luego se hizo un análisis de normas jurisprudencia y que la sentencia C-683 de 2015 lo que garantizó el reconocimiento para adoptar, pero la adaptación homoparental también fue aprobada en otros países como Suecia y Sudáfrica en el año 2002, España en el año 2005, Bélgica e Islandia en el año 2006, Noruega en el año 2009, en el año 2016 los países como Argentina, Estados Federales de México, Coahuila, Michoacan, Campeche, Tolima y Morelos, México y Uruguay; se dio la aprobación de niños en parejas del mismo sexo con una ley que

aprobó el matrimonio igualitario y como resultado de estas aprobaciones entonces hubo que modificar códigos civiles.

Brasil es un país donde la ley se ha quedado igual y todavía no se ha aprobado el matrimonio igualitario y mucho menos la adopción entre parejas del mismo sexo, entonces para solucionar el Tribunal Supremo Federal tuvo que hacerlo a través de sentencias judiciales.

## Conclusiones

El presente trabajo es amparado por la Constitución de 1991 y tratados internacionales para lo cual Colombia hace parte; en relación a la adopción por parejas del mismo sexo, lo cual nos conlleva a analizar esos fundamentos jurídicos que tiene la ley para que una pareja del mismo sexo pueda lograr adoptar niños en situación de vulnerabilidad o abandono por alguno de sus padres biológicos buscando analizar situaciones reales para lo cual el legislador ha protegido sus derechos mediante el interés superior del niño, figura que la constitución así lo ha establecido.

Al entrar en vigencia la Constitución del 91 la persona tiene la garantía de protección del derecho a la libertad y a la igualdad de condiciones, mecanismo garante para que el individuo elija quien quiere ser, definir su igualdad al género y como afecta en nuestra sociedad a niños y niñas, la Corte Constitucional colombiano ha interpretado muchos fallos que nos permiten entender el artículo 42 de la carta magna basado la protección que se tiene de parte del Estado; la adopción le permite al menor garantizar el derecho a tener una familia y a que esos derechos no le sean vulnerados como los de la salud, educación, alimentación entre otros, aplicando el desarrollo del interés superior del niño tal como lo manifiesta el mencionado artículo en concordancia con la Sentencia C-804/2009 donde la Corte reconoce que los niños tienen protección constitucional reforzada, logrando así carácter superior de derechos y es así como este principio tiene prevalencia por cuanto las autoridades o toda entidad particular se encuentra en la obligación de mejorar las condiciones de vida en que se encuentra el menor.

Es así como la adopción se relaciona con el interés superior del niño dado su carácter de protección al niño garantizándole un hogar, armonía y estabilidad; para la Corte la finalidad como fundamento jurídico es el establecimiento de una familia como la que se pueda dar por

lazos de sangre otorgándole deberes y derechos, los requisitos los encontramos en el artículo 68 de la ley 1098 de 2006.

La medida del interés superior del niño no se le otorga a la pareja del mismo sexo, se le extiende al menor para lograr la efectividad y protección de derechos establecidos en la Constitución dado que la adopción es el conjunto de valores, reglas, requisitos que se encuentran en el ordenamiento jurídico y que se beneficiaran solo los heterosexuales discriminando a los homosexuales.

Históricamente son grandes los logros que se tienen entorno a la evolución que han tenido las leyes desde la Constitución de 1886 y cada día se perfeccionan logrando el desarrollo contextual jurisprudencial argumentando la forma de interpretación de las normas y teniendo en cuenta los principios y requisitos de las normas que hacen parte de este tema, es por ello que para la Corte Constitucional el interés superior del niño es fundamental debido a que se resuelven todos estos procesos donde los niños son los más afectados por el abandono, entonces el legislador es ahí donde opta por las medidas de protección para que este principio sea eficaz.

Anteriormente el menor era adoptado para que obtuviera bienes patrimoniales y derechos sucesorales pretendiendo brindarle un hogar como fuente garantista, es por esta razón que con la ley 1098 de 2006 con la figura de restablecimiento de derechos la finalidad es lograr brindarle una familia que lo apoye en todas las etapas de su vida no importa su igualdad de género. Existe prevalencia en los derechos del niño donde taxativamente en la Constitución Política de Colombia señala que estos prevalecen ante los demás derechos, entonces el legislador quiso darle un lugar primordial para que aquellos menores que se encontraron en situación de vulnerabilidad e indefensión tengan un especial cuidado por parte de la nueva familia y del Estado los cuales son los obligados a proteger al niño garantizándole su desarrollo integral y armónico pero

siempre prevalente, el interés superior del niño es un principio orientador para aplicar e interpretar. Uno de los cambios que trajo el artículo 44 constitucional fue el proceso de custodia que también conforman las normas del bloque de constitucionalidad y tratados internacionales, aquí el código de infancia y adolescencia señala que el niño en lo posible no será separado de su familia, pero tiene una excepción y es que cuando su familia no le garantice ese mecanismo de protección es cuando las autoridades entran a separar al menor de ella.

El principio del interés superior del niño es un principio que se encuentra asociado a otro principio llamado *pro infans* que consiste en interpretar disposiciones normativas, donde se señala que cuando los derechos del niño queden en segundo plano para proteger otro, este debe dársele prioridad al primero y que aquellos enunciados normativos que integran el derecho internacional debe interpretarse garantizando tales derechos y además ordena proteger al niño de toda discriminación como deber del Estado y de los particulares asegurando que el niño crezca en una sociedad donde no sea rechazado, ya que sus padres tienen una orientación sexual diferente a la de los demás.

Finalmente el legislador en sus reiteradas sentencias ha manifestado que el concepto de familia ya no puede ser limitado a ser la conformación de hombre y mujer, teniendo en cuenta que las parejas del mismo sexo se les ha dado la facultad para que establezcan una unión como compañeros permanentes que va más allá de lo que indican las normas tasadas antes de la constitución del 91 y que muy a pesar de que el Procurador siempre ha criticado la posición de los magistrados de las altas cortes, ya en esta generación estas personas se les ha otorgado ciertos derechos y también obligaciones que la sociedad aun no lo acepta, pero que a futuro así será por generaciones de cambios el mundo avanza y la familia debe contener un concepto amplio y no restringido.

## Referencias

- Alfonsín, Q. (1961). Sistema de derecho civil internacional. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Bachofen, J. J. (1992). Mito, religión y derecho de madre: escritos seleccionados de JJ Bachofen (n. ° 84). Princeton University Press.
- Belluscio, A. C. (1975). Manual de derecho de familia (Vol. 2). Depalma.
- Beltrán Cristancho, M. (2008). Una visión sociológica del derecho de familia en Colombia. Radicalismo-1945. Estudios Socio-Jurídicos, 10 (2), 129-158.
- Bustamente, A. (1922). La investigación de la paternidad. Tip. Sánchez.
- Calvento, U. (1995). Legislación atinente a la niñez en las Américas. Ediciones Depalma.
- Cantero, G. G. (1954). Las uniones meramente civiles, contraídas al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932, ¿deben disolverse? Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Civil.
- Carrasco, A. M. (2007). Adopción homoparental. Rotenberg, E., Agrest Wainer, B.(Comp.). Homoparentalidades: nuevas familias, 71-75.
- Congreso de Colombia. (1992). Ley 25 de 1992. Recuperado de:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30900>
- Corral Talciani, H. (2007). La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista chilena de derecho, 34(1), 23-40.
- Corte Constitucional. (02 de agosto de 2001). Sentencia C-814/01 (MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Corte Constitucional. (03 de octubre de 2007). Sentencia C-811/2007 (MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Corte Constitucional. (04 de noviembre de 2015). Sentencia C-683/15 (MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio)

Corte Constitucional. (05 de julio de 1995). Sentencia T-290/1995 (MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz)

Corte Constitucional. (07 de febrero de 2007). Sentencia C-075/2007 (MP Dr. Jaime Córdoba Triviño)

Corte Constitucional. (07 de marzo de 1996). Sentencia C-098/96 (MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional. (11 de abril de 2012). Sentencia T-276/12 (MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Corte Constitucional. (12 de Noviembre de 2015). Sentencia SU-696/15 (MP. Dr. Gloria Estela Ortiz Delgado)

Corte Constitucional. (18 de febrero de 2015). Sentencia C-071/15 (MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio)

Corte Constitucional. (26 de julio de 2011). Sentencia C-577/2011 (MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Corte Constitucional. (28 de agosto De 2014). Sentencia SU617/14 (MP Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Corte Constitucional. (28 de mayo de 2004). Sentencia T-543/04 (MP Dr. Jaime Córdoba Triviño).

De Colombia, C. P. (1991). Presidencia de la República. Santa Fé de Bogotá.

- de la Fuente, M. L. (2005). Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, (2), 411-438.
- Domingo, J. O. (2005). La adopción internacional en España. Papers: revista de sociología, (77), 205-218.
- Duprez, L. (1976). Educación sexual y desarrollo social, Estocolmo, 1976, p. 16, citado por Pilotti, Francisco, op. cit., nota 6.
- Echeverri, E. B. (1937). Patrimonio de familia no embargable: pequeños comentarios de algunos artículos de la ley 70 de 1931.
- Espín, D. (1964). Manual de derecho civil español (Vol. 23). Editorial Revista de derecho privado.
- Falcón, E. (2003). Derecho Procesal Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo. Tomo II, Primera Edición, Edit. Rubinzal-Culzóni Editores, Buenos Aires, Argentina, Pág. 259.
- Giammattei, J. (1996). Fundamentos Constitucionales e Internacionales del Derecho de Familia en Centroamérica, Managua, Nicaragua, Centroamérica, Septiembre 1996, Pág. 32
- Gómez, J. (2009). El efecto de las limitaciones financieras, la capacidad de absorción y las complementariedades en la adopción de tecnologías de procesos múltiples. Política de investigación, 38 (1), 106-119.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (1968). Ley 1098 de 2006. Recuperado de: [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0007\\_1979.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0007_1979.htm).
- Lévi-Strauss, C. (1987). Antropología estructural: mito, sociedad, humanidades. Siglo XXI.
- Ley 08 de 1922. Código Civil, Congreso de Colombia, febrero 18 de 1922.

Ley 1098 de 2006. Alcaldía Mayor de Bogotá. República de Colombia, noviembre 08 de 2006.

Ley 13 de 2005. Código Civil. Julio 02 de 2005.

Ley 140 de 1960. Código Civil. Congreso de Colombia, Bogotá diciembre 30 de 1960.

Ley 25 de 1992. Secretaría Jurídica Distrital. Diciembre 17 de 1992.

Ley 28 de 1932. República de Colombia, Bogotá noviembre 17 de 1932.

Ley 495 de 1999. Secretaría Jurídica Distrital. Febrero 08 de 1999.

Ley 54 de 1990, Unión Marital de Hecho.

Ley 54 de 1990. Secretaria Jurídica Distrital de la Alcaldía de Bogotá, diciembre 28 de 1990.

Ley 70 de 1931. Secretaria Jurídica Distrital. Mayo 28 de 1931.

Ley 979 de 2005. Secretaria Jurídica Distrital de la Alcaldía de Bogotá, Julio 26 de 2005.

López, R. (1999). Lecciones de derecho civil: la familia.

Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Mazeaud, J. (1959). Lecciones de derecho civil: la familia.

Constitución de la familia. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Miranda, J. (1999). La adopción como institución jurídica y medida de protección por excelencia. Universidad Javeriana. Recuperado de:

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS01.pdf>.

Molina, H. M. (1992). Técnica de casación civil. Ediciones Lerner Internacionales.

Monroy, P. (2005). Matrimonio, familia y cultura. Universidad Católica de Colombia.

Piazuelo, I. T. (2011). La nueva familia y el nuevo derecho de familia español. Nuevo Derecho, 7(9), 79-92.

Piedrahita, H. G. (1992). Derecho de familia. Editorial Temis.

Pilotti, F. J. (2001). Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto. Cepal.

Pina, Rafael (1973). Diccionario de derecho, 3a. ed., México, Porrúa, p. 38.

Ramírez, É. A. G. (2017). Estado jurisdiccional y bien común. *Verba Iuris*, 36(36), 13-26.

Revista "Neue Zeit", (1881). Entorno a la historia de la familia primitiva.

Rico, C. E. O. (1978). Filiación natural, adopción y desarrollo jurídico de un proceso. Ediciones Jurídicas Wilches.

Sajon, R. y Ubaldino Calvento. (1977). Legislación atinente a menores en las Américas, Montevideo. p. 29.

Sandoval, O. (2014). Uniones maritales de hecho en Colombia, una mirada jurisprudencial. Recuperado de <http://revistascientificas.cuc.edu.co>

Santiago C. Fassi (1979). La familia, en revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral, 3º época, año 21, núms 98-99, Buenos Aires, 1959, p. 77.

Silva, P. R. (2016). La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2015: la discriminación por razón de la orientación sexual. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (20), 565-588.

Solar, L. C. (1992). Explicaciones de derecho civil chileno y comparado (Vol. 2). Editorial jurídica de Chile.

Spota, A (1995). Familia y parentesco, en J. A., 1955, t. II. p. 161.

Spota, A. (1995). El derecho a los niños a vivir con su familia de origen. Universidad Nacional de Luján. Buenos Aires.

Taquini, C. H. V. (1978). Régimen de bienes en el matrimonio: derecho de familia. Editorial Astrea.

Torres, N. S., & Orozco, C. A. M. (2010). Colombia y sus Compromisos con la Primera Infancia. *Palabra: Palabra que obra*, (12), 236-249.

Unicef. (1989). Convención de los derechos del niño.

Valencia, M. C., & Ordóñez, S. (2013). Adopción por parejas homosexuales: de la realidad social hacia el reconocimiento judicial. Precedente. *Revista Jurídica*, 2, 227-288.

Vidal, M. (1978). *La familia posmoderna*. Editorial Verbo Divino.

Wray, A., García, E., & Larenas, R. (1991). *El menor ante la ley* (Vol. 6). Corporación Editora Nacional.