

El reconocimiento del modelo familiar homoparental que se desarrolla en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana

Nathalia Beltrán Llano¹
Erik Brayan Rojas Cuellar²

Resumen

El presente artículo traerá consigo una descripción del análisis respectivo, que utilizó la Corte Constitucional Colombiana para reconocer el modelo de familia homoparental, articulados en sus sentencias de Tutela, Constitucionalidad y Unificación, y con esto, resaltar la omisión legislativa que existe en el ordenamiento jurídico colombiano, en el que se proclama la igualdad, la dignidad humana, el derecho a la protección filial y al libre desarrollo de la personalidad dentro de un Estado Social de Derecho, pero se niega el acceso y ejercicio de los mismos a personas homosexuales, para el caso concreto y el desarrollo de este apartado, el derecho a contraer una familia.

Constantemente las personas con tendencia homosexual están interviniendo en las vidas cotidianas, en los trabajos, en los movimientos sociales y políticos, y no es de extrañarse que también intervengan en las relaciones familiares, y que esto permita la transformación a un concepto más moderno de familia, proponiendo así la conformación de hogares donde su cabeza sea una persona con un afinidad sexual diferente a la heterosexual.

¹ Abogada, candidata al título de especialista en Derecho Administrativo y Constitucional

² Abogado especialista en Derechos Humanos, candidato a título de especialista en Derecho Administrativo y Constitucional.

Palabras Clave

Familia / homosexual / Familia Homoparental.

Abstract

The present research work will bring a description of the respective analysis, which the Colombian Constitutional Court used to recognize the homoparental family model, articulated in its sentences of Tutela, Constitutionality and Unification, and with this, highlight the legislative omission that exists in the Colombian legal system, which proclaims equality, human dignity, the right to filial protection and the free development of personality within a Social State of Law, but denied access and exercise to homosexual persons, for the specific case and the development of this work, the right to contract a family.

Consistently people with a homosexual tendency are intervening in everyday lives, in jobs, in social and political movements, and it is not surprising that they also intervene in family relationships, and that this intervention allows the transformation to a more modern concept of family, allowing thus to form homes where his head is a person with a sexual affinity different from the heterosexual one.

Keywords

Family / Homosexual / Homoparental Family

Introducción

Concibiendo que Colombia es un Estado Social de Derecho, en el que en su Carta Magna se proclama la igualdad de sus individuos, el presente artículo busca describir la existencia de familias homoparentales, como una figura no reconocida normativamente en el derecho positivo legislado, pero de creación jurisprudencial, esto como una crítica al sistema, que al presentar falencias desde el momento de la concepción de la norma, vulnera derechos de personas que deberían estar amparadas por la misma.

Las fuentes que dan origen a la creación de este artículo, se sustentan en la evolución y transformación de la familia, ya que, su conformación actual no se basa únicamente en los consanguíneos, sino también en afectivos, emocionales, entre otros, y también de la necesidad que existe dentro de una sociedad, que se protejan estas nuevas formas constitutivas de familia, y para el caso concreto la necesidad que se fundamente y se reconozca la familia homoparental.

Este artículo va dirigido a toda la sociedad con interés de conocer la evolución y concepción legislativa que se tiene de familia homoparental en Colombia, con la finalidad de aportar una descripción desde una perspectiva jurisprudencial, de la misma.

Ahora bien, debido a los cambios que ha sufrido la familia como núcleo de la sociedad, ya no se habla solo de la tradicional, compuesta por padre, madre e hijos, sino que se toman

una serie de modelos nuevos, como la homoparental, compuesta por dos personas que sostienen una relación homosexual; por lo cual hay que re direccionar, a nivel jurídico, el concepto de familia, ya que al no adecuarse las leyes a los nuevos modos emitidos por la sociedad, se generan vacíos jurídicos, que evidencian su necesaria regulación por parte del legislador.

En este orden de ideas, en toda situación las personas han de formarse en el seno de una familia, por ello, esta no deberá entenderse únicamente por los vínculos de sangre y en todo caso, los niños han de tener un desarrollo siempre como hijos, fundado en el compartir que se genere a partir de su protección, calidad de vida, y su entera estructuración personal que nacen de la relación que tienen con las personas a quienes ellos reconocen como padres, de esta situación parte el adagio popular que dice: “padre no es el que engendra si no el que cría”.

En Colombia ni en la ley ni en la Constitución existe una interpretación amplia, sistemática y teleológica del concepto “familia”, por lo cual se recurre a los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, que interpreta la norma de normas, y que brinda una serie de conceptos nuevos, que se ha evidenciado en la sociedad y no ser tenidos en cuenta, vulnerarían derechos directamente ligados a este concepto, que no es único, como es el caso de los modelos familiares homoparentales.

En razón de lo anteriormente expuesto, se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo se desarrolla en las Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana el nuevo modelo Familiar Homoparental?. Al respecto, el objetivo general es: identificar el desarrollo Jurisprudencial que ha suscitado la Corte Constitucional Colombiana respecto del nuevo modelo Familiar Homoparental. Como objetivos específicos, (i) examinar el contenido de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, respecto a los modelos familiares homoparentales, vía yuxtaposición de modelos filiales construidos desde una vinculación heterosexual; y (ii) indagar la narrativa sociológica que rodea la interpretación del artículo 42 Superior por parte de la Corte Constitucional.

De otro lado, teniendo en cuenta que en este trabajo se plantea el reconocimiento del modelo familiar homoparental, que se articula en las sentencias de la Corte Constitucional, corresponde entonces a un enfoque cualitativo – descriptivo de tipo documental, toda vez que se lleva a cabo un análisis discursivo sobre los pronunciamientos y fallos de la Corte Constitucional para identificar los lineamientos y parámetros bajo los que han tratado a las familias objeto de estudio.

Cabe resaltar, que el presente trabajo tiene un componente normativo, por cuanto para su realización, se cuenta y se citan fuentes normativas de derecho nacional dentro de las sentencias, que son relevantes para el tema objeto de estudio y para el desarrollo y análisis interpretativo del problema de investigación; adicional a esto, también posee un componente factico, ya que, se genera un debate en torno a los modelos familiares y cómo éstos aun estando presentes en la sociedad y siendo reconocidos socialmente no son una

institución protegida por el derecho, y que por medios de interpretación judicial podría extenderse y lograr de algún modo garantizar algunos derechos que a ella son inherentes; por último posee un componente axiológico, debido a que se encuentran interviniendo unos conceptos morales frente a la discriminación de algunos modelos filiales, que son centro de discriminación por parte de criterios que se suponen derivan de una moral heterosexual impuesta, y también de una ideología machista en la cual no se permite a nivel personal, un reconocimiento de unas instituciones familiares, diferentes de la establecida por la moral Cristiana o la heterosexualidad de la ley.

La familia homoparental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Para iniciar la fundamentación jurisprudencial es necesario entrar a determinar cómo la Corte Constitucional, al efectuar su labor de control y protección sobre las garantías fundamentales contempladas en la Constitución Política de Colombia en relación con los derechos concretos establecidos en el mismo, configura construcciones generales aplicables y dirigidas a la protección que se le debe brindar a la familia en general y no únicamente el modelo monolítico heterosexual contemplado en la legislación Colombiana, y cuyo concepto se encuentra consagrado en el artículo 42 superior que cita:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia (...)

Es de anotar que dicho concepto se fundamenta en preceptos que discriminan la orientación sexual diferente a la heterosexual, incluso al momento de garantizar el derecho a conformar una familia, y por ello se torna necesario una interpretación filial amplia; es decir, se impone el examen del conjunto de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional Colombiana, a los efectos de sistematizar los criterios interpretativos generales de protección a la familia, que en sus sentencias puede evidenciarse.

Para iniciar con el análisis jurisprudencial, se hará mención a la sentencia **T-290 de 1995**, con la cual la Corte Constitucional a través del análisis del caso, amplía la concepción de familia y la protección que se le debe a la misma, con ello rompiendo la brecha de la interpretación exegética de dicho concepto, en la sentencia dice:

(...) en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado Colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos naturales o afectivos.

Esta sentencia se torna importante porque es una de las primeras donde trata un caso de una persona homosexual, la cual reclama su derecho a la familia; si bien la sentencia no tutela su derecho, la Corte por medio de este, reconoce que las personas en general tienen derecho a la familia y que la protección de la misma se extiende a cualquier tipo o modelo; además se lleva a discusión una de las formas constitutivas de la misma como lo es la adopción, sin embargo la Corte no quiso pronunciarse de fondo, lo cual llevo a una aclaración de voto por parte del magistrado Carlos Gaviria Díaz, al considerar:

Pienso que era un deber de la Sala no solo exponer las razones de otro orden, justificativas de la decisión, sino sentar, sin la más mínima vacilación, que el comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño.

Seguidamente se tiene la sentencia **C-814 del 2001**, esta es muy relevante por cuanto aquí la Corte en su análisis se muestra firme en la interpretación exegética de la norma, y de la intención del constituyente al decir que la familia, era fundada por un hombre y una mujer.

La Corte por medio de esta sentencia no se ha permitido hacer un análisis profundo sobre los derechos que a los homosexuales se les debe proteger y dice:

La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual.

Por lo cual los magistrados Cepeda Espinosa, Córdoba Triviño y Montealegre Lynett, salvan su voto y lanzan duras críticas frente a la Corte donde dicen (2001):

A nuestro juicio, cuando la mayoría de los magistrados de la Sala Plena resolvió que no es contraria a la Carta Política del 91 una norma que sólo permite adoptar conjuntamente a las parejas heterosexuales, antes que analizar a fondo el caso, se preocupó por imponerle a toda la sociedad colombiana una concepción de familia monogámica y heterosexual, que según ellos, es la que contempla y defiende la Constitución.

Es importante este salvamento de voto, en tanto que los magistrados anteriormente mencionados trazan una idea que en años posteriores será tenida en cuenta por la Corte para modificar la jurisprudencia, donde plantean:

Según su estructura gramatical, el texto plantea casos distintos en los que se constituye familia, cada uno de ellos precedido por la preposición “por”. Así pues, de la simple lectura de la norma es claro que en ella se contemplan hipótesis diferentes. Una de ellas, por ejemplo, es la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio. Otra distinta es: por la voluntad responsable de conformarla. Voluntad que, aunque puede, no tiene que ser expresada por una pareja heterosexual. Todos los colombianos, sin importar el color de su piel, su clase social, la cultura a la que pertenezcan o si son homosexuales, tienen derecho a conformar una familia por el ejercicio de su voluntad siempre que ésta sea responsable. (...), si en lugar de mirar tan sólo una frase de la Constitución, se hace una lectura sistemática de la Carta Política, esto es, una lectura integradora de todo el texto constitucional, es claro que una concepción amplia de familia coincide con el espíritu pluralista, democrático y respetuoso de la diversidad, que inspira a la Constitución de 1991.

Por su parte, la sentencia **C-029 del 2009** la Corte Constitucional, realiza hacer un amplio análisis sobre qué tanta importancia tiene la protección a las parejas de hecho del mismo sexo, haciendo aclaración a que estas personas que al convivir bajo un mismo lecho y techo y por sus vínculos afectivos, permite entender que estos ya tienen por ello un vínculo familiar, no necesariamente sanguíneo, lo cual ocurre también con las parejas de hecho heterosexuales, donde sus lazos afectivos permiten conformar una familia, esto siendo evidente en las normas que se demandan, adicional a esto, entonces, la Corte indica:

La situación de los integrantes de las parejas homosexuales es asimilable a la de los compañeros permanentes y no se aprecia ninguna razón para establecer una diferencia de trato.

Así, en la medida en que entre los integrantes de parejas del mismo sexo surge un vínculo especial, basado en relaciones de afecto y de apoyo mutuo, y siendo ese el criterio empleado por el legislador en las disposiciones demandadas, la exclusión injustificada de estas personas de entre los destinatarios de tales disposiciones resulta contraria a la Constitución por desconocer el principio de igualdad.

También la sentencia **C-886 de 2010**, por medio de la cual se trató de que la Corte Constitucional se pronunciara sobre el matrimonio como forma de conformar una familia; siendo así la corte analiza y dice:

(...) ha existido una interpretación errada del artículo 2° de la ley 294 de 1996, que desarrolla el artículo 42 de la Constitución, ya que no es cierto que la familia siempre esté integrada o tenga en su base a un hombre y a una mujer. Se debe entender que la “o” que se usa entre la hipótesis matrimonial y la de voluntad responsable de conformarla, hace referencia a formas optativas de constituir una familia que pueden o no estar relacionadas entre ellas. Tratándose de un estado social y democrático de derecho no se puede afirmar la heterosexualidad sea requisito sine qua non en todas las clases de familias existentes en el marco de la sociedad las cuales se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución y qué, con base en ello, se pueda vulnerar el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio y conformar una familia en pro de las creencias particulares de un grupo mayoritario pues, con esos mismos argumentos, otras prácticas discriminatorias como el racismo y el sexismo se han abierto campo en nuestra sociedad

(...) el matrimonio es una de las formas de constituir la familia, sin embargo no siempre la familia se constituye por el matrimonio.

Sin embargo al finalizar el análisis respectivo del caso la Corte se declara inhibida y concluye que:

El demandante optó por esbozar de manera general y contundente una aspiración particular de ver que el Estado Colombiano permita el matrimonio de parejas homosexuales.

En razón a ello, algunos de los magistrados consideran que si debió realizarse un pronunciamiento de fondo respecto a la demanda puesto que se trata de un grupo minoritario altamente discriminado, por lo que esta sentencia podría garantizar la protección a sus derechos, al analizar una norma fundada en preceptos netamente heterosexuales y que evidentemente es discriminatoria; los magistrados que salvaron su voto se encuentran los Magistrados Vargas Silva, Calle Correa, Henao Pérez, Palacio Palacio y Vargas Silva, y dicen:

(...) existían suficientes presupuestos para adoptar una decisión de mérito, la cual hubiera sido particularmente relevante habida consideración de la trascendencia y complejidad de la materia objeto de debate. No obstante, la mayoría decidió eludir tal discusión (...)
para los Magistrados que salvamos el voto, en este caso, un grupo tradicionalmente discriminado y excluido en la sociedad, vino por justicia y salió discriminado.

La interpretación del artículo 42 superior por parte de los magistrados que salvan el voto, evidencia una clara tendencia a una interpretación flexible del concepto de familia y el matrimonio como una de las formas de constituirse, con lo cual ellos aseveran que:

El texto constitucional no prohíbe los matrimonios entre personas del mismo sexo. Es cierto que la norma constitucional establece que una de las formas de constituir familia, es mediante “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”. Pero tal sentido en modo alguno puede ser leído como una prohibición. Por el contrario, considerar que la norma excluye el matrimonio a personas del mismo sexo es lo que es una mera opinión, que no surge de la estricta lectura del texto. Para llegar a tal conclusión se tiene que dejar el texto de lado y empezar a construir criterios adicionales.

Dando así una fuerte crítica, pues las parejas del mismo sexo, según la misma jurisprudencia de la Corte se encuentran en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales a esto los magistrados dicen:

¿Por qué la Corte considera que las parejas de personas del mismo sexo y las de distinto sexo no son comparables cuando en efecto la jurisprudencia así lo ha hecho?”
“La mayoría de la Sala Plena de la Corte desconoció los propios precedentes de su jurisprudencia, sin siquiera insinuar por qué se podría asumir una posición jurisprudencial diferente en el presente asunto.

Como conclusión de los magistrados se plantea:

Los magistrados que salvamos el voto esperamos que en un futuro próximo la Corte Constitucional considere los derechos de las parejas de personas del mismo sexo, así como los cambios sociales que se han dado en la institución familiar (...)

La mayoría de la Sala, deliberadamente, resolvió negarles el acceso a la justicia, inhibiéndose de conocer su reclamo con base en criterios de admisibilidad notoriamente estrictos, que no se aplican a las demás personas. En especial si se trata de grupos histórica y tradicionalmente discriminados y marginados, y de distinciones que se fundan en criterios sospechosos. Por eso, se insiste, los demandantes pidieron

dejar de ser discriminados y la mayoría de la Sala Plena resolvió discriminarlos y ni siquiera oír su reclamo. Ojalá nunca más pase algo similar.

En el año 2011 la sentencia **C – 577** representó un gran cambio; mediante esta sentencia, la Corte Constitucional realizó la inclusión de las parejas del mismo sexo dentro del mundo jurídico, reconociéndoles derechos patrimoniales, dentro del ordenamiento jurídico, demostrando así un gran avance respecto de la protección de los derechos de los homosexuales, en cuanto a su defensa, constituyendo un reto importante para la legislación, pues se reconoce una forma asociativa diferente a la del concepto de familia consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política.

El camino recorrido por esta población de homosexuales, no ha sido nada fácil, tanto que la Corte Constitucional ha tenido que emitir varios pronunciamientos, acerca de sus derechos, en los que se ha logrado una protección casi integral.

La Corte en la sentencia objeto de análisis hizo claro énfasis que entre las variadas formas de familia, se encuentra la familia homosexual, además aclaró que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, circunscrito al vínculo matrimonial, sino en concordancia con el principio de pluralismo” (pág. 4). La sentencia reconoce que en los últimos años ha cambiado la interpretación tradicional del primer inciso del artículo 42 de la Constitución, que instituye a la familia como núcleo esencial de la sociedad y reconoce el concepto de familia diversa.

Así las cosas, no es admisible que el único vínculo jurídico que da lugar a la familia sea el matrimonio entre heterosexuales, pues la voluntad responsable de conformarla también tiene la capacidad de formar vínculos familiares jurídicos o naturales. Toda vez que:

reiteradamente la Corporación ha afirmado que la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”, lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y de la diferencia entre la unión marital y el matrimonio, fincada en que mientras la primera de las mencionadas formas “corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad, la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges”.

Concluyendo así que la inclusión de las parejas del mismo sexo, dentro del ordenamiento jurídico, y por tanto la posibilidad de poder conformar una familia, entre otros derechos patrimoniales, sociales, penales y personales, han sido reconocidos por vía jurisprudencial, a través de la acción de tutela o acción de inconstitucionalidad, donde la Corte Constitucional verificó la vulneración de derechos fundamentales.

Posteriormente se da a conocer la sentencia **T-276 del 2012**

En esta sentencia los magistrados hacen un pronunciamiento y un debate extenso con el cual se da a conocer que no únicamente los intereses superiores del menor deben tenerse en cuenta, sino también la protección y la garantía Constitucional a proteger la familia, a la cual los menores pertenecen y reconocen, por ello la Corte dice lo siguiente “*el niño tiene*

derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar”, cuando la Corte hace referencia a “*el niño tiene derecho a vivir con ella*” hace referencia a la familia y al derecho que posee el menor en cuanto a no ser separado de su seno filial. Las relaciones afectivas que se generan por el compartir de sus integrantes es lo que permite el reconocimiento de tal institución filiar, la protección que se genera y se deriva de la jurisprudencia se centra en la protección de dichos lazos, reconociendo que las personas homosexuales, puede conformar una familia, siendo ésta protegida de todas las maneras, a pesar de que se aleje de la procreación de una manera tradicional, es decir, mediante el coito entre un hombre y una mujer.

Esto se evidencia en el caso concreto, cuando la Corte menciona que los menores al ser adoptados, y que ya reconocían al tutelante que los había adoptado como su padre, y que la actuación de la Defensora de Familia demandada al adoptar decisiones injustificadas y desproporcionadas que constituyen una vía de hecho administrativa, lesionaron los derechos fundamentales de los peticionarios al debido proceso y a la unidad familiar, se debe tener en cuenta que a raíz de esto, se puede entender que no se necesita un vínculo consanguíneo para poder entender una conformación de una familia.

Con ello reconociendo que la forma para conformar una familia, en este caso una familia homoparental, se da también por medio de una adopción, por una persona con una orientación sexual diferente a la heterosexual; en la sentencia mencionada entonces una persona homosexual, que ya conformo familia bien sea por ser adoptante solo, de

igual manera se le debe protección por parte del Estado, y que cualquier arbitrariedad cometida contra esta, no solo ataca a la unidad familiar y la protección que esta merece, si no también vulnera los intereses superiores del menor, puesto que, en el caso concreto, los menores al reconocer al tutelante como su padre ya constituyen lasos filiales y se encuentran en ese momento garantizados todos los derechos que de la conformación de la familia emanan para con los menores.

Cabe resaltar que el hecho más contundente de esta sentencia, es referente en cuanto la persona que conformó la familia por medio de la adopción, es decir el accionante, es una persona homosexual y que por ello, el ICBF al negarle la posibilidad de conformar su familia por vía de la adopción, violento no solo los derechos de esta persona a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, si no también, la protección a la familia, y los intereses superiores del menor en cuanto estos fueron separados de su seno filial.

Si bien en esta sentencia no hace mención a una familia homoparental concretamente, si es pertinente aclarar y debatir que si bien a una persona homosexual puede conformar una familia y que esta familia debe ser protegida, esto también se podría extender a la conformación de una familia homoparental, en cuanto ya es considerada una institución filial, no clásica derivada de la evolución sociológica del entorno, y por consiguiente debería brindársele protección al igual que la otras familias reconocidas por la Corte constitucional y que no se encuentran expresas en la

Constitución que en sí, en su escrito no permite otra forma interpretativa de familia, más que la clásica heterosexual conformada por medio de un matrimonio.

Esto se puede evidenciar en otros pronunciamientos, que si bien no son de la Corte Constitucional, si son de sentencias de tribunales inferiores a esta, por cuanto cabe mencionar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia, donde le dan protección a una familia conformada por dos madres Lesbianas, donde la una quiere adoptar a la hija de su compañera, y les es concedido.

Para ultimar se hará mención a la sentencia **SU-617 del 2014**. Esta sentencia es importantísima, ya que por medio de esta se analiza el caso de dos madres lesbianas, a las cuales la Corte Constitucional concede la posibilidad de iniciar y adelantar el trámite de adopción consentida ante el ICBF, el cual por medio de sus funcionarios han impedido la continuidad del proceso, haciendo evidente la discriminación por razón de orientación sexual, denegando así la adopción de una menor, que fácticamente ya convive con las dos madres, por medio de esta se aclara implícitamente que la familia constituida por dos personas del mismo sexo no puede ser objeto de discriminación por parte de las autoridades, y menos en el evento de entrar a analizar la conveniencia de un menor a que este tenga otra madre, que de igual manera ya se encuentra ejerciendo por su continua convivencia, además, se reitera la hipótesis planteada, donde la Corte está articulando nuevos modelos de familia y reconociendo la homoparental, dotándola de protección.

Finalmente la Corte se expresa claramente al respecto y dice que la orientación sexual, no debe ser objeto para negar a dos personas del mismo sexo a iniciar un trámite de adopción consentida por parte de una de las “madres” de la menor, puesto que esta misma por el hecho fáctico ya se encuentra en plena convivencia con la menor, y esta última la reconoce como una persona integrante de su familia.

Interpretación Sociológica del concepto de familia homoparental

En el año 2016 la discusión se centró en el interés superior del niño, niña o adolescente, se debate que si este, está ligado a la garantía constitucional de tener una familia, se le puede garantizar inclusive si dos personas homosexuales, siendo pareja y queriendo conformar una familia pueden adoptar, esto según lo contemplado en el artículo 44 de la Constitución que estipula:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella (...)

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Algunos sectores de la sociedad rechazan dicha idea, y respaldados por movimientos políticos pretendieron modificar la constitución por medio de un referendo expresando y limitando la adopción como forma de constituir familia para las parejas del mismo sexo; la ex senadora Vivian Morales presentó el texto en el que se pretendía incluir en la constitución lo siguiente:

La adopción como medio de protección de los niños, niñas y adolescentes que no tienen familia busca garantizarles el derecho a tener una constituida por una persona heterosexual en los términos explícitos del artículo 42 de esta Constitución, es decir, por un hombre y una mujer unidos entre sí en matrimonio o unión marital de hecho, con el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la ley.

La discriminación dada a una minoría, por el simple hecho de pensar diferente; de estudiarse el tema a fondo, es de entender que dicho texto es discriminatorio en su totalidad, pues en él se encuentra marcada una diferenciación entre las personas y no brinda garantías de igualdad, preceptos en los cuales se fundamenta la Constitución.

La Corte se pronunció mediante la sentencia **C-683 del 2015**, por medio de la cual se permite la adopción por parte de parejas homosexuales, reconociendo que esta condición no puedes ser objeto de discriminación y no existe ningún estudio científico concluyente que permita vislumbrar que estas personas puedan ser mejores o peores padres, la Corte cita:

La Corte encuentra que no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia.

(...) en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

Sin embargo en la sociedad colombiana aún se evidenciaba el vacío normativo en cuanto a la protección de la familia y de otras maneras de constituir la, por ello y por medio de la sentencia **SU-696 del 2015** la Corte reitera su jurisprudencia donde manifiesta:

(...) la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. De esta manera, en su conformación, la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros.

En otras palabras, mientras el concepto de familia se ha ampliado de manera progresiva, la regla de respeto absoluto por los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separado de la misma se ha mantenido incólume con el paso del tiempo. Sin importar el tipo de hogar, los derechos de los niños prevalecen y las grandes garantías que el régimen constitucional reconoce para su protección no cambian en lo más mínimo.

Finalmente se tiene entonces el último pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto a la forma del constituir familia por medio del matrimonio, por ello a través de la sentencia **SU-214 del 2016** finalmente se reconoció este derecho a las personas homosexuales diciendo:

La democracia no puede entenderse, exclusivamente, como el conjunto de reglas que adoptan los representantes mayoritarios del pueblo en el Congreso de la República, por cuanto esta visión podría excluir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política. El sistema democrático constitucional impone límites en el ejercicio del poder público a las mayorías, con el fin de asegurar derechos inherentes a la dignidad humana, que actúan como “precondiciones” de aquél.

Conclusiones

La conformación de la familia, en principio fue considerada como la unión entre un hombre y una mujer, señalado así por todos los ordenamientos jurídicos, y siendo esta la base de la institución familiar; pero este principio ha ido cambiando a medida del tiempo, evidenciándose su evolución y transformación, por esto ante el Derecho, se debe ajustar para no generar vacíos Jurídicos.

La familia conformada por personas homosexuales, da paso a una nueva forma filial, que debe regular y proteger el derecho; debido a la corta trayectoria jurídica, posee un sin número de defectos y vacíos, generando así la necesidad de regular el tema para una

correcta aplicación, y sobre todo el reconocimiento de derechos a todas las personas, sin importar su orientación sexual.

Para que las personas homosexuales se reconozcan por medio de los instrumentos que trae la ley, y se incluyan dentro del ordenamiento jurídico, se necesita de la configuración de una comunidad de vida permanente y singular, donde se respeten los principios de cohabitación propios de este tipo de uniones, y el principal garante de esto debe de ser el Estado.

El Congreso ha evadido su responsabilidad política para con la sociedad frente a este tema y le ha dejado la responsabilidad al poder judicial; cuestión no deseable, empero también posible en el entendido que cuando un poder no actúa, entra otro a ocupar ese espacio, siempre que se dé dentro del principio de colaboración armónica, de que trata el artículo 113 de la carta magna. Sin perder de vista que el escenario natural y democrático por excelencia para estos asuntos es el poder legislativo.

Referencias

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-814 del 2001. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-814-01.html>

_ (2005). Sentencia T-290 de 1995. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-290-95.htm>

_ (2009). Sentencia C-029 del 2009. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>

_ (2010). Sentencia C-886 del 2010. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-886-10.htm>

_ (2011). Sentencia C-577 del 2011. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>

_ (2011). Sentencia T-276 del 2011. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>

_ (2014). Sentencia SU-617 del 2014. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU617-14.htm>

_ (2015). Sentencia C-683 del 2015. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm>

_ (2015). Sentencia SU-696 del 2015. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>

_ (2016). Sentencia SU-214 del 2016. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>

_ La Sociología Jurídica y El Derecho, Jorge Carvajal, 13 de abril del 2011.