

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS EN COLOMBIA, EN EL CASO DE LA ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJAS HOMOPARENTALES

María Clemencia Rojas Pizarro*

RESUMEN

Este artículo, presenta los resultados de la exploración de los elementos jurídicos ocurridos en la vulneración de los derechos fundamentales que reglamentan la adopción de los niños, niñas y adolescentes por parte de parejas homoparentales; originando la reflexión, en qué medida se pueden vulnerar los derechos fundamentales para garantizar el derecho a tener una familia y su protección integral.

El objetivo es identificar y especificar los antecedentes históricos y cambios importantes en el ordenamiento jurídico en Colombia. Esta es una indagación de tipo documental con un enfoque tipo básica, para interpretar los planteamientos de los doctrinantes, con procedimientos históricos – descriptivos; en donde se equilibra la vulneración de los derechos fundamentales en el proceso de adopción, se determina el desarrollo jurisprudencial desde la perspectiva del marco legal colombiano. Las técnicas de recolección de información utilizadas fueron de naturaleza documental o bibliográfica.

Los hallazgos revelan que hay una desavenencia entre lo que se piensa, el estigma social y la transformación en el ámbito jurídico colombiano respecto a los derechos de los niños, niñas, adolescentes y sobre todo de las medidas para restablecer sus derechos. Finalmente la comprensión, explicación del discurso, que sustenta y da significado a la adoptabilidad homoparental en Colombia.

*Psicóloga Universidad de Manizales. Esp. en Pedagogía y Docencia Universitaria y Esp. en Informática y Telemática de la Fundación Universitaria del Área Andina. Mg. en Educación y Desarrollo Humano CINDE - Universidad de Manizales. Estudiante X semestre de Derecho y Aspirante título de grado de la Especialización en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina. mcrojas@areandina.edu.co.

Palabras claves: Vulneración, derechos fundamentales, familia, proceso de adopción, parejas homoparentales, interés superior.

I. INTRODUCCIÓN

La vulneración de los derechos fundamentales de los niños y niñas en Colombia en el proceso de adopción por parte de parejas homoparentales, se ha centrado más en la existencia de problemas sociales dirigidos a contrarrestar las condiciones sociales, económicas y culturales que generan discriminación y desigualdad, más no en la importancia de los derechos de la protección integral del niño. Se presenta una omisión legislativa que desconoce la igualdad, el interés prevalente de los niños en los procesos de adopción según el Artículo 7° del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), consagra el principio de protección integral como el reconocimiento de los derechos de los NNA*.

La Sentencia C-683-2015[†] (adopción por parejas del mismo sexo), plantea la vulneración del principio de igualdad por falta de protección al interés prevalente del menor en situación de adoptabilidad, representado en su derecho a tener una familia. (C.P., arts. 13, 42 y 44); en su concepto, no existe un criterio objetivo y razonable para restringir en los niños el derecho a tener una familia solamente conformada por una pareja heterosexual. En este marco, la indagación pretendió identificar y especificar si los elementos jurídicos en el proceso de adopción por parte de parejas homoparentales conllevan a una vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en Colombia; al respecto, se contrastó los antecedentes histórico – jurídicos, el desarrollo de la jurisprudencia, cambios importantes en el ordenamiento jurídico relevantes.

La investigación parte de la posición de los derechos fundamentales que tienen los niños a ser adoptados bajo los parámetros del interés superior, entendido como “(...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (Ley 1098 de 2006). En este sentido, la ley tiene exclusiva notabilidad por su atribución a los derechos

1. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

fundamentales en relación a que a los niños se les debe dar un trato preferente acorde con su determinación jurídica, en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.

En consecuencia, el análisis se enfocó en la interpretación del desarrollo de los antecedentes jurídicos, las posiciones frente a los derechos fundamentales en el proceso de adopción de los niños y niñas por parte de parejas homoparentales. La concepción sobre los derechos fundamentales de los niños y niñas tiene dos orígenes: familia (adopción) e interés superior del niño, la figura de la adopción es suministrar la posibilidad de tener una familia, el Estado es quien tiene que abogar por que se cumplan estos derechos; específicamente se desconoce la diversidad y el desarrollo de la identidad como derecho humano, contrariando cualquier forma alternativa de pertenecer a una familia.

La Corte Constitucional, en su Sentencia C-814-2001[‡] (adopción), considera que el constituyente protege es la familia heterosexual y monogámica; se concentra en defender la concepción de familia única y excluyente posición que vulnera el interés superior del niño, no se piensa en la defensa de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989) y el desarrollo holístico del mismo, siendo estas normas que se deben hacer cumplir para garantizar el bienestar psicológico, emocional y jurídico en cualquier sociedad o nación. En este marco, se pretendió conocer e interpretar la normatividad entendida como los derechos de los niños, que forman parte fundamental para el crecimiento y la construcción de una mejor sociedad en el futuro.

En la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el Artículo 3.1, se plantea como principio rector de políticas públicas de un Estado “Todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Así mismo, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) afirma en los artículos 61 a 78, 107, 108 y 123 a 127, que no existe el derecho a adoptar, sino el derecho fundamental del niño, niña o adolescente a tener una familia; lo primordial es garantizar los derechos fundamentales como sujetos de especial protección constitucional y además, la motivación de los adoptantes debe ser

2. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

pensada en pro del restablecimiento de los derechos de los niños, mas no desde la perspectiva del deseo de ser padres. Estas concepciones son construcciones que se han hecho a partir de las transformaciones de la jurisprudencia, su desarrollo histórico – jurídico, la normatividad, la promulgación de la Constitución Política de 1991, diferentes convenios y tratados internacionales que mediante la reflexión integral y social adquieren vigencia en el momento de abordar el tema de la adopción homoparental como medio efectivo para protección de los niños y niñas y el derecho fundamental a tener una familia.

Ahora bien, es claro que el Artículo 44 Superior, consagra el deber de la familia, la sociedad y el Estado de garantizar el desarrollo integral de los niños y niñas; de éste se deriva el derecho al desarrollo adecuado en términos físicos, mentales, espirituales y sociales, según lo dictado en el Artículo 25 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989) y el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) respectivamente.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales se constituyen en representaciones de la realidad, gracias a las cuales los niños y niñas no sólo dan cuenta del mundo en el cual viven, sino del entorno en el que crece; es por ello que las personas encargadas de los contextos físicos y emocionales de ese entorno deben brindar los más adecuadas para su desarrollo integral; se resalta el concepto de interés superior del niño, niña y adolescente, que describe las condiciones exclusivas en un ambiente específico, que tiene derecho a la integridad física, psíquica y a su identidad. Sí se retoma el derecho a la identidad contiene el derecho a la familia, que es un reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos, responsabilidades y al mismo tiempo, expresa la pertenencia a un Estado o sociedad, naturaleza esencial para el apropiado y libre desarrollo de la personalidad.

En la jurisprudencia colombiana, según la Carta de 1991 (art. 44), el concepto de adopción como derecho fundamental para garantizar el a tener una familia y como núcleo de la sociedad, (Constitución Política 1991, art. 5, 42); deben prevalecer los derechos fundamentales del niño como principio y el proceso de adopción por parte de parejas homoparentales como derecho; la Constitución de 1991 resalta que el proceso de adopción debe entenderse desde un contexto social, proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad en un ambiente de amor y comprensión.

II. METODOLOGÍA

Esta es una investigación cualitativa de corte histórico descriptiva, utilizando el método analítico; pretende conocer e interpretar las concepciones sobre los planteamientos de la legislación colombiana en la vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en el caso de la adopción por parte de parejas homoparentales; las concepciones se analizan en las normatividad, jurisprudencia, leyes y tratados, que abordan los derechos fundamentales y corresponden a un principio rector enfocada en la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con relación al concepto de interés superior, como medio de protección y la familia /adopción, como el entorno más idóneo para proteger sus intereses, encontrando que estas se contraponen constantemente en la opinión de los doctrinantes.

La técnica implicó tres momentos o fases: identificación, determinación e ilustración. En la **identificación** se exploró cada una de las condiciones de análisis como fueron las garantías de los derechos fundamentales de los niños sobre el proceso de adopción homoparentales en Colombia, en relación al concepto de familia y el desarrollo de la jurisprudencia.

En la fase de **determinación** se realizó un análisis de la vulneración de los derechos fundamentales, opinión de los doctrinantes, concepto, consideraciones generales desde la perspectiva del marco legal, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; esta descripción denota un punto de vista constituida en ideologías sociales, perjuicios personales, que se alejan del piso de la especial protección a los derechos fundamentales de los niños con el derecho a la adoptabilidad, a hacer parte de una familia independiente de su orientación sexual.

Una vez se determinó el desarrollo de la jurisprudencia, se desprende la fase de **ilustración** de las limitaciones, necesidades y cambios importantes, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico Colombiano y las diversas perspectivas teóricas de los doctrinantes; desde este aspecto, el estudio constitucional de la Corte debe identificar que en Colombia el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, a recibir cuidado, amor, y el derecho a la no discriminación, en la posibilidad de ser adoptados, debe fundar un equilibrio entre la vulneración de derechos y la interpretación de las normas a partir del Artículo 44 de la Constitución, el Artículo 22 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley

1098 de 2006) y La sentencia C-577-2011[§] (vinculo marital entre parejas del mismo sexo), se registra el derecho de los niños a tener una familia y da un giro significativo a interpretaciones en sentencias anteriores, reconociendo la relación de las parejas homoparentales que pueden constituir familia, como una forma al derecho a la protección constitucional de los niños.

Para la recolección de la información se realizó revisión documental y análisis de sentencias de la Corte Constitucional, artículos científicos e investigaciones, en las cuales se resalta que los derechos fundamentales de los niños, niñas, tienen importancia y relevancia dentro del sistema normativo colombiano; son sujetos que gozan de especial protección en sus derechos por parte del Estado, dada su condición de persona; por otra parte, en el marco jurídico colombiano existe el derecho a ser adoptado en virtud del principio del interés superior, es así como la Corte Constitucional, ha precisado que con el proceso de adopción se está dando especial protección a los derechos fundamentales de los niños, niñas al ser hacer parte de una familia en el Artículo 10 de la Ley 1098 de 2006, se entiende que la sociedad, la familia y Estado, están obligados a ejercer mecanismos de garantía y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, conforme al principio de solidaridad social, este se establece como máxima política de protección integral.

MATRIZ METODOLÓGICA:

TIPOS DE INV.		ENFOQUE		MÉTODO		METODOLOGÍA		INSTRUMENTOS	
DOCUMENTAL	X	BÁSICA	X	1.DEDUCTIVO		CUANTITATIVA		ENCUESTA	
CAMPO		APLICADA		2.INDUCTIVO	X	CUALITATIVA	X	ENTREVISTA	
EXPERIMENTAL				3.ANALÍTICO	X	MIXTA		CUESTIONARIO	
				5.SINTÉTICO		DESCRIPCIÓN	X	DOCUMENTAL O BIBLIOGRÁFICA	X
				6.SISTEMÁTICO		EXPLICACION		RESUMEN ANALÍTICO	X
				7.HISTÓRICO	X	CONCEPTUALIZADORA			

III. HALLAZGOS

La revisión de la normatividad y la jurisprudencia sobre el tema ratificó el artículo 44 (Constitución Política de Colombia, 1991) y traza la necesidad para que los niños, niñas tengan un entorno familiar donde se le brinde amor, se beneficien de sus derechos fundamentales prevalentes y se proteja el interés superior.

Como está dispuesto en el Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 2006), se proclama la protección y desarrollo de los niños; adicionalmente, la sentencia T-510-2003** (Corte Constitucional) unificó criterios enfocados en el interés superior de NNA, los cuales han sido depurados por la jurisprudencia e identificados como criterios decisorios generales, entre ellos garantizar el desarrollo integral, establecer las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los mismos y, en unión con lo anterior, se certificó que si se altera dicho equilibrio familiar debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos y garantías de un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño, niña y adolescente.

La Sentencia T-316-2014†† (Corte Constitucional) resaltó la importancia del interés superior del niño y, a su vez, afirmó las decisiones de los jueces, quienes le dieron la razón al ICBF como institución encargada del proceso de restablecimiento de derechos; luego de analizar la situación de vulnerabilidad de los niños, además de su entorno familiar, social y económico, éstos deberían ser puestos en situación de adoptabilidad, exclusiva protección que viene del artículo 44 Superior que insta, entre otros aspectos, que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño.

En Colombia, la adopción se encuentra abrigada por el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, el cual apela al derecho universal a tener una familia, pretendiendo generar un espacio adecuado de desarrollo para los niños, niñas y adolescentes, coincidiendo con lo establecido por el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 como *“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”*; es de destacar que con la familia se conforman otros derechos como el acceso al cuidado, amor, educación y a las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma adecuada e integral. Por

4. M.P Manuel José Cepeda Espinosa

5. M.P Nilson Pinilla Pinilla

consiguiente, la adopción entra a jugar un papel importante cuando se busca restablecer este derecho.

Por esta razón, la Corte Constitucional precisa que: “el principio del interés superior del menor que rige todos los procesos en el que estén involucrados los niños, niñas, le atribuye al legislador la adopción de medidas que garanticen la efectividad de ese principio dentro de las cuales, se encuentra la exigencia general de requisitos como el de idoneidad” (Constitución Política de Colombia, 1991); la ley, a través de estas exigencias, propone lograr que quien adopta, sea en realidad alguien que esté en posibilidad de ofrecer a los niños y niñas las mayores garantías en cuanto a su desarrollo integral. Por lo tanto, se puede soportar que la adopción es antes que nada una medida de protección, que se concede a un niño, niña o adolescente y que pretende salvaguardar su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella; así, el proceso que termina entregando un niño en adopción deberá preceder el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Lo anterior, tiene implícito el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, tal como se encuentra consagrado en el artículo 22 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), en el ilustrado de que todos ellos tienen el derecho constitucional reconocido a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella y que solo podrán ser separados de la misma, cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos.

A partir del saber de la protección integral, se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como personas autónomas, sujetos de derechos y responsabilidades; es decir, no sólo se reconoce los problemas que los afligen, sino que busca garantizar la satisfacción integral de los mismos; establecido en el artículo 3° de la Convención del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006); también, contempla varias disposiciones que recogen como criterio la interpretación prevalente de los derechos de los niños los Artículos 5° y 6° que definen la naturaleza de las normas que contiene el estatuto del menor y las reglas de interpretación y aplicación respectivamente.

El artículo 8° especifica el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y

simultánea de todos los derechos humanos que son universales, prevalentes e interdependientes” (Ley 1098, 2006, p.2). Y específicamente el artículo 9° consagra el principio de prevalencia en los siguientes términos:

Prevalencia de los derechos; en todo acto, decisión o medida administrativa judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona, en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. (Ley 1098, 2006, p.2)

La sentencia C-477-1999^{††} plantea, en relación al proceso de la adopción, que el propósito de la misma se centra en el principio universal del interés superior del niño; consiste en ofrecer protección al niño y la niña, garantizándole una familia estable en el que pueda desarrollarse de manera armónica e integral, en sus aspectos físico e intelectual, emocional, espiritual y social.

Como lo ha sostenido la Corte, no consiste en la transmisión del apellido y del patrimonio, sino establecer una verdadera familia, como la que existe consanguíneamente con todos los derechos y deberes que ello conlleva; lo anterior, en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad. Esta Sentencia dispone que la adopción está encaminada al fundamento constitucional en los artículos 42, 44 y 45, que implanta la protección especial del niño, niña y los derechos de los mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral.

Igualmente, el artículo 7° del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) contempla el principio de la protección integral como el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas, adolescentes, la garantía y cumplimiento de los mismos, donde la protección integral ha planteado principios complementarios, puntualizando en la igualdad y la no discriminación, el interés superior y la prevalencia de los derechos con el principio de la

corresponsabilidad, tomado en el artículo 5° de la Convención y en el artículo 10° de la Ley 1098 de 2006, entendiéndose que la sociedad, la familia y el Estado están obligados a ejercer mecanismos de garantía y protección de sus derechos; de ahí que, conforme al principio de solidaridad social, estos principios se instauran como axioma inicial de la política de protección integral.

En la legislación desde el punto vista jurídico, ciertas posiciones sobre la adopción se plantean como un contrato, un acto jurídico o una institución; en Colombia, se considera que la adopción es una institución, en la medida que constituye un conjunto de normas tendientes a reglamentar la filiación adoptiva; al respecto, en la sentencia C-814-2001^{§§} la Corte Constitucional en conveniencia concluye que “actualmente la mayor parte de las legislaciones modernas han dejado de estimar que la adopción es un medio de prolongar la distinción y conservar la riqueza, y se orientan por la noción de adopción como institución de protección que procura dotar de familia a un niño que no la tiene”; en este orden, dicha postura es clara, al reconocer que el fin de la adopción está determinado a establecer su carácter irrevocable, que está reglamentada por la ley, por lo cual es ésta, la que determina cuáles son sus requisitos, sus efectos, las obligaciones y vínculos que de ella proceden.

Otra de las características principales de la adopción en Colombia plantea que debe adelantarse siempre que se atienda al Interés Superior del Niño; en la sentencia C-562-1995^{***} la Corte Constitucional ya había dicho: "*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 sangre*". El legislador colombiano permite generar, a partir de la norma jurídica, un ambiente igualitario y respetuoso, el cual, de una u otra forma hace derivación en las ideas y juicios de valor de la sociedad, en un sentido positivo frente a la misma; esta característica es importante para el tratamiento y entendimiento del estudio desde el punto de vista de su evolución y algunas explicaciones dadas por la Corte Constitucional.

7. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

8. M.P Jorge Arango Mejía

Al momento de estudiar el tema de la adopción en Colombia es indispensable tener presentes las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, porque éstas además de haber generado cambios importantes frente al proceso de adopción como tal, gozan de la fuerza vinculante de la ley; como se puede evidenciar en las siguientes sentencias emitidas por la Corte Constitucional: C-562 de 1995; C-477 de 1999; C-814 de 2001; T-510 de 2003; C- 577 de 2011; T-376 de 2014, y C-683 de 2015.

Actualmente el ordenamiento jurídico, en concreto la Ley 1098 de 2006 es una herramienta de protección, restablecimiento y garantía de los derechos; cumple con la finalidad prescrita de brindarles una familia a través de la cual podrán gozar de un ambiente adecuado que les garantice sus derechos. En este orden de ideas el papel que desempeña el Estado colombiano en el tema de la adopción es dejar atrás todo rol pasivo que en alguna época primó, para dar paso al principio de la Protección Integral el cual a su vez, se fundamenta en el interés superior del niño, niña y adolescentes.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial, llama la atención ciertas discordancias en la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, contrarias a las normas constitucionales como sucede en la Sentencia T-844-2011^{†††} (Corte Constitucional, 2011) donde plantea que en los procedimientos de adopción debe buscarse entre los familiares hasta el sexto grado de consanguinidad, vulnerando el derecho a una familia.

Ciertamente lo ideal es que los niños estén y crezcan con sus familiares biológicos, pero esta no es la realidad, hay diferentes condiciones sociales donde se ve marcada la vulneración de los derechos fundamentales, generando repercusión en el niño que tiene que esperar años para contar con un entorno que dignifique su vida, se desaproveche un tiempo muy valioso en el desarrollo del mismo sin que se cumpla ese derecho constitucional a tener a una familia.

La Sentencia T-276-2012^{‡‡‡} la cual “se considera un factor de riesgo para el derecho de los niños adoptados” (Corte Constitucional, 2012); la Corte Constitucional en el salvamento de voto, decide respetar el derecho al debido proceso, resaltando las falencias por parte del

9. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

10. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); aclaro que no se puede arbitrariamente separar un niño o una niña de su familia, la separación debe ser una medida excepcional, no puede basarse en prejuicios, sino en criterios objetivos; resalto que se vulneró el derecho fundamental de los NNA a la unidad familiar, a su estabilidad, seguridad, no se tuvo en cuenta la opinión de los niños vulnerando el derecho a ser escuchados principios internacionales y se generó un daño psicológico, emocional al ser separados de su padre y ser ubicados en un hogar sustituto, por ello, pretender que los niños olvidarán su pasado dentro de esta discusión no se puede perder de vista el interés superior del niño, el restablecimiento de sus derechos fundamentales y su desarrollo integral.

Posterior a la revisión de las Sentencias C-071-2015^{§§§}; C-683-2015^{****}; Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) en sus artículos 64 efectos jurídicos de la adopción; artículo 66 del consentimiento; artículo 68 requisitos para adoptar y Ley 54 de 1990 “por la cual se define las uniones maritales de hecho y régimen entre compañeros permanentes”. Se interpreta que la Constitución ratificó la adopción por parte de parejas homoparentales, fundamentado en el derecho de la igualdad como principio constitucional, resaltando el interés superior del niño, su restablecimiento de derechos y la adopción como el principal mecanismo de protección; es decir que, para el ordenamiento jurídico, la adopción es igualitaria y el interés superior del niño en situación de adoptabilidad está representado en su derecho fundamental a tener una familia.

Dicho inconveniente jurídico en torno al interés superior del niño no se ha resuelto aún, debido a que las decisiones y posiciones son regresivas, no solucionan los casos de procesos de adopción por parte de parejas homoparentales. En otras palabras, como las adopciones de padres o madres solteras, que ultimaron vivir con su pareja homosexual o que adoptaron bajo esta característica para evitar los impedimentos legales, o en aquellos casos en que uno de los miembros de la pareja homoparentales había tenido hijos en una relación anterior heterosexual.

Este contexto da lugar a que sea la biología (medios como alquiler de vientres) y los recursos económicos los que establezcan la posibilidad de adopción homoparental,

11. M.P Jorge Iván Palacio Palacio

12. M.P Jorge Iván Palacio Palacio

conllevando a que se vulnere el derecho de los niños y niñas en proceso de restablecimiento de derechos, a gozar de cuidados especiales, a contar con un hogar o pertenecer a un núcleo familiar, derechos que en conjunto se encuentran amparados por la Constitución Política Colombiana, y que en realidad aún no son reconocidos por el Estado colombiano ante tratados de orden internacional o universal, como la declaración de los derechos humanos, toda vez que esta contempla estos derechos de carácter constitucional bajo un primer derecho fundamental, como lo es la dignidad del ser humano.

En este orden de ideas también se puede decir que en el ordenamiento jurídico no existe impedimento, ni razonamiento que justifique el reconocimiento para unos niños en el derecho a tener una familia y la omisión para otros de acceder a ella a través de una familia homoparental; igualmente, no hay condiciones especiales que permitan afirmar diferencias entre un niño adoptado por una pareja heterosexual y una pareja homoparental, la necesidad de afecto, educación, garantía de sus derechos fundamentales son comunes en ambos casos.

La Sentencia T-129-2015^{††††} señala entre los derechos fundamentales como el propósito de brindar a los niños y niñas el cuidado, el amor necesario para su apropiado desarrollo físico, mental, social, que le permita desarrollar las competencias y actitudes para ejercitar su proceso a la vida, en condiciones dignas, con un futuro sólido; sin embargo, alrededor de los derechos fundamentales en Colombia aún, muchos jueces no consideran el amor como un derecho humano fundamental (Hernández, 2010).

Es necesario precisar que, aunque en el derecho internacional se hable en un sentido amplio del derecho al amor, en Colombia éste se enfatizó en el artículo 44 de la Constitución, como el derecho fundamental al cuidado y amor; dicha relación responde a algunos derechos fundamentales específicos de los niños y hace prolongable todos los otros derechos originados en la Carta Política, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia y consagra en forma expresa que **los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás**, fundamento constitucional del interés superior del niño. Igualmente, se precisa en la Sentencia T-012-2012^{††††}, que “*los derechos fundamentales de la infancia,*

13. Martha Victoria Sachica Méndez

14. Jorge Iván Palacio Palacio

que gozan de una amplia y especial protección tanto en el orden jurídico interno, como en el ámbito internacional” (Corte Constitucional, 2012).

Desde esta perspectiva, la Convención de los Derechos de los niños en su artículo 18, resalta la importancia de los representantes legales del niño y niña, dentro de sus obligaciones, garantizar su protección integral y sus derechos fundamentales, resaltado que este derecho no está ligado al tipo de familia sino a la garantía de derechos; por ello, en el proceso de adopción, se debe buscar que en el menor tiempo posible se ubique al niño en un entorno familiar que sea compatible, cuyas características suplan las necesidades individuales.

De esta manera no hay evidencia que determine que en un tipo de familia u otro se vulneren más los derechos, ya que la normatividad se concentra en la satisfacción fundamental e integral de los derechos fundamentales del niño (Res. 44/25 de 1990, art. 18). En términos generales ser padres, lo define psicológicamente el desarrollo de una adecuada actitud para educar a un niño, capacidad de identificar a ese otro ser humano, que se encuentra en estado de vulnerabilidad para garantizar el derecho al amor para que los niños y niñas tengan más posibilidad de crecer sanamente. Así que el desarrollo evolutivo del niño a nivel emocional, académico, de adaptación y la garantía de sus derechos fundamentales y la finalidad de la adopción -que es proteger al niño-, pueden ser materializados tanto por padres homoparentales como heterosexuales, sin encontrar diferencia.

Hasta este punto, se ha identificado lo competente a la garantía del interés superior del niño(a), que refleja una norma considerablemente reconocida por el derecho internacional y que *“sirve como base para que cada Estado parte con posterioridad a la ratificación de este tratado y desarrolle el principio en mención”* (Pradilla, 2011).

En el mismo sentido, el derecho a la igualdad, en el marco de la protección y restablecimiento de derechos de los niños (as), por parte de pareja homoparentales, se puede interpretar que algunos juristas han generado vulneración en los derechos constitucionales de los niños y niñas en el proceso de la adopción al negar una posibilidad de pertenecer a un grupo familiar, discriminando a las parejas homoparentales como opción de núcleo familiar en la garantía de sus derechos fundamentales, asumiendo una postura más de connotación moral que doctrinal.

Lo anterior, en correlación con los efectos normativos concernientes a la Constitución Política (1991), a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), los debates jurídicos sociales en torno a la adopción de niños y niñas, por parte de parejas homoparentales y lo planteado en la ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio a inicios del 2015, es necesario afrontar el tema de la adopción hacia la exploración de soluciones jurídicas, políticas y sociales respecto al interés que nace entre el derecho a formar una familia y los derechos fundamentales de los niños, niñas a tenerla; esta separación, requiere una mirada integral en el marco de los derechos del interés superior del niño, el derecho a la igualdad, el derecho al desarrollo de la personalidad y demás derechos fundamentales en pro de garantizar una vida digna; tal como lo dicta la Convención de los Derechos del Niño «Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior sea la consideración primordial»; y la Declaración de los Derechos del Niño quien por su parte señala que «el interés del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación» (Asamblea General. res. 44/25, 1990).

Cuadro: 1

C-683-2015	DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO
C-814- 2001	ADOPCION - “PALABRA MORAL”
C-577-2011	FORMALIZACION Y SOLEMNIZACION DEL VINCULO MARITAL ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO
T-510-2003	INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
T-376-2014	ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO
C-477-1999	DERECHO A LA FAMILIA –COMPAÑEROS PERMANENTES
C-562-1995	ADOPCION- INTERES SUPERIOR DEL NIÑO
T-844-2011	DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO –DERECHO A TENER UNA FAMILIA
T-276-2012	GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DE LOS PROCESOS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS
C-071-2015	NORMAS SOBRE ADOPCIÓN CONSENTIDA O COMPLEMENTARIA
T129-2015	DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS AL CUIDADO Y AMOR -Los niños y las niñas deben ser amados
T-012-2012	INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 44 DE LA C.P.
T587-1998	DERECHO A TENER UNA FAMILIA
T-408-1995	LA PROTECCION DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y LA ADOPCION

Así como se encuentra relacionado en el cuadro, podemos evidenciar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional consagra una serie de derechos fundamentales que buscan la garantía de la protección integral de los niños y proteger los derechos de población vulnerable en situación de adoptabilidad (Constitución Política de Colombia, 1991), y en la

interpretación de los fallos de la ley estos derechos fundamentales se encuentran asociados a situaciones de homofobia y discriminación presentes en la sociedad, modificando trascendentalmente el panorama legal, no siendo consonante desde la perspectiva del principio constitucional del derecho a tener una familia y el principio de interés superior del niño.

En la revisión documental la Sentencia T-510-2003^{§§§§} examinó los derechos prevalecientes e interés superiores de niños, niñas y adolescentes en el proceso de adopción; esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés superior del niño se desprende del derecho a tener una familia y a no ser separado de esta.

En la Sentencia T-587-1998^{****} el objetivo primordial es garantizar a los niños que no pueden ser cuidados por sus padres biológicos, tengan el derecho a pertenecer de manera permanente a un núcleo familiar. La Corte Constitucional ha sustentado en la Sentencia C-577-2011^{††††} *que la adopción tiene por finalidad contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia*; la Sentencia C-562-1995^{††††} señaló, *que la adopción buscaba otorgar una familia al niño adoptado* y la Sentencia T-408-1995^{§§§§} manifestó, que el interés del menor “*debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo*”. Así mismo, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que la niñez es acreedora de especial cuidado, asistencia y dispone, en su artículo 3-1, conceder un trato preferente como sujeto de especial protección, que exalta la garantía de los niños, niñas, a su desarrollo integral como miembro de la sociedad.

15. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

16. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

17. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza M

18. M.P. Jorge Arango Mejía

19. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

En Colombia se han realizado estudios frente a la adopción homoparental, postura crítica y argumentativa que asume el profesor Estrada V. (2011),^{*****} “defensa de los derechos fundamentales prevalentes de los menores a tener una familia, al amor y a la protección (art. 44 de la C.P.2 y art. 22 Ley 1098 de 2006), situación en la que las parejas del mismo sexo deben ser vistas como facilitadoras del ejercicio efectivo de esos derechos fundamentales del menor” (p.1). Con respecto a lo anterior, en el texto denominado Derechos de las parejas del mismo sexo: Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, Londoño J.^{†††††} (2012), como producto de la investigación **Democracia y poder judicial en Colombia** Señala, “La adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener la familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica” (p.56).

La Corte Constitucional, en septiembre de 2014, aceptó la demanda contra apartes de los artículos 64, 66 y 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 del 2006), referentes a los efectos jurídicos de la adopción, el consentimiento y los requisitos para adoptar. Al respecto, concluye que impedir que un niño tenga una familia, centrándose únicamente en la razón de ser adoptado por una pareja del mismo sexo, constituye una restricción inaceptable de sus derechos y se establece como un planteamiento contrario a su interés superior, el que todo proceso de adopción debe estar siempre dirigido a garantizar el interés superior del niño y el restablecimiento de sus derechos, indicando que *“será deber del Estado verificar en cada caso si se cumplen los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y la idoneidad de la familia adoptante de tal forma que esta brinde la estabilidad socioeconómica y un ambiente de amor y bienestar”*.

La Corte Constitucional en un fallo histórico, amplió el derecho de los niños, niñas y adolescentes frente a la posibilidad de ser adoptados por parejas homoparentales; en

20. Este artículo forma parte de la ponencia presentada en el V congreso Internacional de Derecho de Familia, Organizado por la Universidad de Antioquia. Medellín (Colombia), 23 al 25 de septiembre 2010. Se vincula a la investigación “La noción de principios generales y principios constitucionales en el Estado social de derecho colombiano”, financiada por la Universidad de Medellín. Director: Sergio Estrada Vélez.

21. Mabel Londoño Jaramillo, abogada de la Universidad de Medellín y especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Sentencia C-683-2015^{*****} decidió permitir que éstos sean adoptados por parte de las parejas del mismo sexo, argumentando como trayectoria de inconstitucionalidad: Vulneración del principio de igualdad por falta de protección al interés prevalente de los niños en situación de adoptabilidad y omisión legislativa relativa que desconoce la igualdad, el interés principal de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de adopción (arts. 13, 42 y 44 CP); por ultimo interpretación institucional generalizada por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de la Procuraduría General de la Nación que desconoce los derechos a la igualdad, la familia y el interés superior de los menores. (Corte Constitucional colombiana, 2015, pp.2, 7).

De esta manera, la Constitución Política de 1991 plantea que el interés superior del niño, niña y adolescentes, en la ley no existe diferencia frente al sexo de las parejas ni de la orientación sexual de quienes la conforman. La Corte Constitucional, por su parte, al ejecutar un análisis constitucional en torno al interés superior del menor, el derecho a pertenecer a un núcleo familiar y el proceso de adopción como medida de restablecimiento de derechos, sostiene que el objetivo central de la adopción es el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

DISCUSIÓN

La revisión de fuentes bibliográficas, jurisprudencia y normas, aportan a la construcción de la discusión sobre los derechos vulnerados de niños, niñas, en el proceso de adopción homoparental en el contexto colombiano, con base en los conocimientos y particularidades jurídicas; la adopción en la Constitución Política de Colombia (1991) se soporta en el derecho universal a tener una familia, conllevando al desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes; el interés superior del niño y la garantía de sus derechos fundamentales deben estar inmersos cumpliendo con los requisitos en el ordenamiento jurídico por decisión de la

22. Jorge Iván Palacio Palacio

Corte, las incertidumbres y los temores acerca de que si la sociedad está preparada para que nuestros niños sean educados por parejas homoparentales no se disipan negando una realidad.

Los resultados recientes sobre el tema desarrollado giran en su mayoría en torno a la garantía de los derechos de los adoptantes, los fallos se pronuncian sobre los problemas jurídicos, las normas demandadas, pero se encuentran pocos estudios enfocados en los derechos fundamentales de los niños, niñas, adolescentes, desde el punto de vista constitucional del derecho a tener una familia, derecho a la igualdad, derecho al amor, derecho al interés superior del niño.

Como se pronuncia en el Artículo 44 de nuestra Carta Política colombiana se garantiza los derechos fundamentales del niño en el derecho a tener una familia, en el interés personal del niño; es decir, la protección es primordial para garantizar sus derechos al punto que para fundamentar este efecto es necesario la diversidad de la jurisprudencia, resultado de fallos, sentencias y tutelas que han venido dándose en el país, factores que han facilitado esa transición hacia la legitimación de los intereses de los niños y su garantías de derechos.

El negar a un niño, niña y adolescente la oportunidad de hacer parte de un nuevo núcleo familiar argumentando desde la orientación sexual de quienes intentan brindar dicha oportunidad, constituye una directa anulación de su derecho, en efecto constitucional a su interés superior, lo que resulta inadmisibles; ante ello, la Corte reconoció que una lectura en armonía con la doctrina constitucional, en el margen de la protección en casos que refieren el interés superior de niños y niñas, la ley debe entenderse en esencia imparcial al sexo y orientación sexual de la pareja.

En materia de administración pública existe un patrón de análisis imperioso encaminado a desproteger a los niños, niñas, adolescentes, debido a que reduce el universo de familias latentemente adoptantes en cuanto prescinde de las familias homoparentales, en deterioro de los derechos fundamentales de los mismos; en la revisión documental realizada no se encontraron estudios que ratifiquen posibles secuelas, que afecten o vulneren los derechos de los niños, niñas, por el solo hecho de que crezcan al lado de una familia que no sea heterosexual, el Estado colombiano, establece el derecho a tener una familia como base esencial de la sociedad y como derecho fundamental de todo niño por ello, se debe garantizar

que cada niño goce del amor y cuidado que solo dentro de un núcleo familiar puede obtener, sin discriminación alguna.

Según nuestra normatividad todos los niños tienen derecho a un hogar que les brinde amor y garantice sus derechos fundamentales para el desarrollo integral; para dar cumplimiento a la normatividad es necesario dejar los prejuicios y partir de que la importancia del proceso de adopción radica en proteger a todos los niños en situación de vulnerabilidad, avanzar como sociedad, reconociendo su identificación, la diversidad, es decir, ampliar la visión jurisprudencial y legal, que se centre no solo en el reconocimiento de un derecho, sino también en el impacto de las decisiones en materia de la garantía de los principios fundamentales, que como se ha planteado ha sido disfuncional dentro del marco jurídico, democrático y participativo.

La garantía de los derechos fundamentales en el proceso de restablecimiento de derechos según la jurisprudencia y las determinaciones, se deben verificar en atención a cada caso concreto y la Corte enfatizó que estas circunstancias no excluyen la objetividad de criterios generales que puedan orientar las decisiones de los juristas al momento de determinar los principios constitucionales.

Las autoridades administrativas judiciales encargadas de los procesos de restablecimientos de derechos y la garantía de los mismos, tienen altos deberes constitucionales y legales en función del desarrollo integral y la protección de los niños (as), deberes que se deben emplear de manera especial, cuidadosa al momento de fallar, más tratándose de niños vulnerados por su situación de adoptabilidad, por ello los juristas en sus decisiones deben atender los intereses y derechos de niños, niñas y adolescentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Congreso de Colombia. (8 de Noviembre de 2006) Ley de Infancia y Adolescencia [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446

Corte Constitucional. (04 de Noviembre de 2015) Sentencia C683 [MP: Jorge Iván Palacio Palacio].

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 44 [Titulo II]. 2da Ed. Legis.

Corte Constitucional. (02 de Agosto de 2001) Sentencia C814 [MP: Marco Gerardo Monroy Cabra].

Asamblea General. (20 de Noviembre de 1989). Declaración de los Derechos del Niño. [Resolución 44/25 de 1989].

Corte Constitucional. (26 de Julio de 2011) Sentencia C577 [MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional. (19 de Junio de 2003) Sentencia T510 [MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (12 de Junio de 2014) Sentencia T376 [MP: Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (07 de Julio de 1999) Sentencia C477 [MP: Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (30 de Noviembre de 1995) Sentencia C562 [MP: Jorge Arango Mejía].

Corte Constitucional. (08 de Noviembre de 2011) Sentencia T844 [MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (11 de Abril de 2012) Sentencia T276 [MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (18 de Febrero de 2015) Sentencia C071 [MP: Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional. (27 de Marzo de 2015) Sentencia T129 [MP: Martha Victoria SÁCHICA Méndez].

Hernández, G. (2010). Tutela por amor: Derecho de la niñez colombiana. Revista *Advocatus*, Ed, 14, 66-74.

Corte Constitucional. (20 de Enero de 2012) Sentencia T012 [MP: Jorge Iván Palacio Palacio].

Pradilla, S. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño (a) como mecanismo para proteger el derechos de los niños y niñas a tener una familia, y a no ser separado de ella. *Estudios socio jurídicos*, 13, 330-348. Recuperado a partir de <http://www.redalyc.org.org/pdf/733/73318918011.pfd>.

Corte Constitucional. (20 de Octubre de 1998) Sentencia T587 [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz].

Estrada Vélez, S. (2010). Democracia desconfianza. Una teoría del control constitucional. Trad. De Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. (78). Recuperado cientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/rt/printFriendly/1574/4229.

Londoño Jaramillo, M. (2012). Derechos de las parejas del mismo sexo Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Opinión Jurídica*, 11(22). Recuperado a partir de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/552>.

Corte Constitucional. (12 de 09 de 1995) Sentencia T408 [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz].