

**Estudio de Caso: La Adopción en Parejas Homoparentales en
Colombia**

Trabajo de Grado

Juan Daniel Salazar Jaramillo

Asesor(a) Lina Marcela Estrada Jaramillo

**Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2011**

Tabla de contenido

Introducción.....	3
Referencias Semánticas e Históricas.....	3
Contexto Legal y Jurisprudencial en Colombia	12
Marco Internacional.....	44
Metodología del Estudio de Caso.....	50
Unidades de Análisis	57
Elementos Fácticos y Jurídicos de la Demanda.....	57
Historia Procesal	61
Aplicación del Litigio Estratégico al Caso	70

Capítulo I

1. Introducción

1.1. Referencias Semánticas e Históricas

Etimológicamente la palabra homosexual surge de una interacción entre el término griego “homo”, que significa igual, y el latín “sexus”, cuya traducción es sexo. Esta aclaración etimológica permite separar el supuesto, arraigado en la consciencia popular, de la derivación del prefijo de la palabra en castellano del adjetivo latino “homo” el cual hace referencia al hombre como género. Tal entendimiento semántico conlleva a incluir dentro del marco del vocablo a personas que encajen dentro de los supuestos comportamentales o psicológicos independientemente del género al cual pertenezcan, bien sea masculino o femenino.

Definida entonces como una orientación sexual caracterizada por la interacción o atracción sexual, afectiva, emocional y sentimental hacia individuos del mismo sexo (Homosexualidad). Se torna necesario distinguir entre orientación sexual, identidad sexual o de género y genitalidad para evitar los espacios grises en las referencias semánticas.

Deductivamente es posible inferir, según la definición dada, que la orientación sexual hace referencia a las preferencias sexuales buscadas por un ser humano, en cuanto al género, en la pareja, mientras el segundo término hace referencia a una percepción subjetiva y psicológica en cuanto al género dentro del cual un individuo se considera a sí mismo, independientemente de su genitalidad o aspecto externo (Identidad Sexual).

El término como tal, fue utilizado por primera vez por el escritor y poeta vienés Karl-Maria Kertbeny en un opúsculo de 1869. Considerado como pionero del movimiento de liberación homosexual debido a la publicación de numerosas obras

en contra del párrafo 143 del código penal prusiano, el cual definía prosecución punitiva y castigo de la homosexualidad, sugiriendo el autor que esta legislación penal atentaba contra los derechos del hombre ya que los actos sexuales privados libremente consentidos no debían ser objeto de regulación por parte del potestad punitiva del estado, considerando también, contrariamente a la opinión predominante de la época, que tal condición era un estado innato y no un vicio. Su interés por el tema surgió debido al suicido de alguien que hacia parte de su entorno social debido a un chantaje por sus comportamientos de sodomía (Karl-María Kertbeny).

El lesbianismo, término comprendido dentro del marco de la homosexualidad, es utilizado como referencia frente a los comportamientos de esta índole en las mujeres, surge de la poetisa griega Safo de la isla de Lesbos cuya reputación y referencias literarias en poemas escritos a sus amigas indicaban tal preferencia (Homosexualidad).

Es necesario tener en cuenta que la palabra homosexualismo solo existe dentro de las definiciones acogidas por parte de la Real Academia Española como una referencia histórica debido a la connotación peyorativa o inadecuada dada por el sufijo. Imponiendo el uso del término homosexualidad en referencia al sufijo que implica "calidad de" (Homosexualidad).

Por más que la categoría semántica no haya sido acuñada hasta mediados del siglo XIX los homosexuales y los comportamientos resultantes de esta orientación sexual se encuentran referenciados históricamente desde casi los primeros registros que tenemos de nuestro paso por el planeta en las diferentes culturas, dan fe de estas, las manifestaciones artísticas y literarias dejadas atrás por antiguas civilizaciones y la tradición oral luego recopilada. Grupos sociales tan disimiles como tribus africanas y la antigua Grecia demuestran la existencia de esta práctica en la interacción humana.

Las deidades de las antiguas culturas politeístas carecían de la perfección que recae sobre el dios monoteísta, sus comportamientos se asemejaban a los

humanos, siendo la parte sexual y reproductiva un aspecto importante de la vida de nuestra especie y por ende, de la de los dioses, recalando que en las entidades divinas sostenían una importancia mayor por la intrínseca relación de su existencia con la explicación de los fenómenos naturales que posibilitan la vida. La sexualidad se entrelazaba entonces con la fertilidad de la tierra que provee la alimentación, siendo esta la hembra receptora de la semilla del varón. Generando esta analogía comportamientos sexuales y orgías dentro de los cultos a las deidades relacionadas con fertilidad humana y geológica. La veneración de Tammuz, deidad de los fenicios asociada al adonis griego, como esposo de Ishtar, identificado también como Asherah para el culto semita, era sumamente sexual, pues su vida entre el Averno y el mundo humano era la causa de la primavera según su mitología. Su simbología siempre estaba representada por medio de falos o abstracciones a estos, dejando atrás referencias que hablan de homosexualidad en algunos de sus cultos como un comportamiento derivado de la masturbación en los ritos para invocar a los dioses, teniendo en cuenta que la semilla masculina era la que garantizaba una buena cosecha. La evidencia histórica encontrada sugiere que en cultos antiguos del oriente medio, los sacerdotes paganos estimulaban oralmente a los fieles para facilitar el derramamiento del semen en el altar, sin dejar de lado las posibles consideraciones que haya podido tener la simbología detrás de los actos homosexuales como multiplicadores de la fuerza de la semilla y por ende de los resultados positivos sobre el grupo religioso. El culto a deidades no es la única razón por la cual la homosexualidad era practicada, la prostitución, masculina en menor proporción que la femenina, ha estado presente en la historia como medio de subsistencia individual o colectiva, demostrado en estudios y registros históricos como el que hace referencia a los catamitas, hombres jóvenes utilizados como receptores de sexo anal en los templos a cambio de dinero (Buchanan, 2002).

Los griegos, amantes de la virtud y la belleza, desde su hedonismo y actitud contemplativa frente al ser humano y su entorno, consideraban la homosexualidad como un tipo de apadrinamiento para garantizar la inserción del joven a la vida

pública de forma adecuada. Dichos aspectos culturales se daban tanto en la sociedad ateniense como en la espartana: En la primera, un joven era escogido por un hombre mayor para ser su amante y educarlo en los aspectos de la polis, relativos tanto al ámbito personal, educativo e interno como a las interacciones con las diferentes instancias públicas y políticas para las cuales estaba hecho el hombre debido a la creencia de la calidez del cuerpo masculino y sus necesidades para mantener tal temperatura. Tal relación estaba iluminada por la “areté” o virtud griega, denotando la existencia de admiración hacia la belleza interna y externa de la persona con la que se sostenían las relaciones homosexuales. Los espartanos, eminentemente guerreros, acostumbraban un ritual de iniciación del joven a la adultez por medio de prácticas homosexuales. Los hombres de la comunidad observaban a los jóvenes luchar, escogían uno que fuera de su agrado y teniendo en cuenta factores sociales de ambos involucrados, lo capturaba. De no ser digno el captor, el joven y sus compañeros no permitían el acto, mientras en el caso contrario, el adolescente era llevado al campo donde sostenían relaciones sexuales y le era entregada su primera arma de batalla (De Romilly).

Es posible vislumbrar cierto pragmatismo en las prácticas homosexuales griegas al asignar un adulto para la educación del joven como ciudadano, rasgo que se denota también por la homosexualidad en el régimen castrense, donde se buscaba la creación de vínculos entre los soldados para que se luchara más arduamente por proteger a la unidad militar (Buchanan, 2002), siendo este, según sectores doctrinarios de la historia, el secreto del poderío militar griego. No sobra aclarar, que el ejercicio de la actividad sexual entre hombres estaba supeditada a la reproducción como método de pervivencia del pueblo, siendo mal visto y hasta castigado el hecho no conformar una familia o el dedicarse exclusivamente a las prácticas homosexuales, lo cual desembocó en que estos comportamientos entre mujeres no surgieran de forma constante y significativa a lo largo del florecimiento griego, ya que la función vital femenina estaba subyugada a la reproducción y cuidado de los hijos, haciéndola permanecer en su casa por su naturaleza social y por la calidad fría de su cuerpo dentro del imaginario colectivo de la cultura. Los hombres dedicados exclusivamente al rol pasivo durante el sexo anal eran

equiparados a las mujeres, disminuyendo su status social debido a que perdían su funcionalidad y eficiencia para la existencia del conglomerado.

El comportamiento sexual diverso al cual se hace referencia, no fue ajeno a los continentes aún no descubiertos por nuestro trazado lineal y sesgado de la historia, antropólogos e investigadores relacionan en sus escritos el homosexualismo en tribus nativas de África: Los guerreros Azande, en el norte del Congo, solían casarse con jóvenes quienes les servían de “esposas temporales”, a su vez, en el Reino de Lesotho, se habla de la existencia de relaciones eróticas y duraderas entre las mujeres (Homosexualidad).

Los romanos replicaron las prácticas del territorio griego conquistado al imperio dando vestigios de la helenización que arrebató al espacio de su poderío. Para su sociedad, el homosexualismo constituía una práctica hedonista y reconocida socialmente, ya no como un tipo de paternidad, sino como la manifestación de relaciones de poder. Se dice que alrededor 14 de los primeros 15 emperadores sostenían prácticas homosexuales (Buchanan, 2002), los registros históricos nos dan ejemplos como Julio Cesar, creador del imperio, de quien alrededor del año 80 A.C se le comprometió en prácticas homosexuales con el rey del lugar en el cual era embajador. Su relación con Nicomedes le dio el apelativo, por parte de sus enemigos, de “Reina de Bitinia” o de Heliogabalo, cuya guardia personal era reconocida por los atributos masculinos (Homosexualidad). La sexualidad romana giraba alrededor del control, la moral no estaba afectada mientras el varón romano mantuviera cada cosa en su lugar y no se dejara controlar por su compañero sexual. Los hombres de las élites acostumbraban tener en sus casas jóvenes atractivos los cuales conformaban un lujo y un símbolo de status social, demostrando su poder ante la sociedad por la propiedad y ante los adolescentes por medio de las relaciones sexuales donde ellos asumían un rol pasivo. Tales prácticas eran usuales también dentro de los militares de la época donde el rol activo era asumido por el oficial de mayor rango. El sesgo educativo aplicado por los griegos a la homosexualidad no fue adoptado dentro del proceso de

helenización, ya que la educación dentro de la cultura romana estaba a cargo de los padres y no de la polis indirectamente por medio de sus ciudadanos.

Aunque escasos los ejemplos, es posible saber de relaciones homosexuales dentro de estas culturas en condiciones de igualdad y alejados de los conceptos culturales de poder y educación. Podemos nombrar la aceptación encontrada en la relación de Aquiles y Patroclo como elemento cultural presente en la educación y la recopilada por la historia alrededor de Alejandro Magno y Hefestión.

La expansión cristiana llevó a la proscripción de la homosexualidad en el siglo VI D.C. dentro del imperio romano, enmarcado por el contexto de la doctrina eclesial en lo relativo a la negación del erotismo y del deseo sexual por su contenido carnal, atado por ende a la concupiscencia humana, logrando que las relaciones sexuales perdieran su candidez hedonista y se convirtieran en un simple acto procreativo. Los cambios legales se dieron basados en referencias de la doctrina eclesial temprana y en la biblia como libro sagrado del pueblo al: Catalogar la homosexualidad de los sodomitas como un pecado imperdonable, resultando en rechazo social a estas prácticas; Fomentar la práctica de la pena de muerte a los homosexuales por referencia explícita en el libro de Levíticos. Su ejecución práctica estuvo presente durante los siglos pre medievales aunque de forma incipiente, la aplicación de la potestad punitiva estatal se quedó inmersa en fenómenos sociopolíticos de la época garantizando una permanencia simbólica en el imaginario colectivo de los gobernados. Acompañando a este fenómeno, llega la separación del poder central con la decadencia del imperio romano por las invasiones bárbaras, incursionando en un mayor debilitamiento de la unidad del imperio y desembocando en tolerancia por los actos homosexuales durante el Medioevo hasta los siglos previos al renacimiento, dieron lugar a la aparición de la inquisición y la permeabilización de valores eclesiales trastocados en la sociedad, resultando, en los siglos posteriores, en la persecución, expropiación de bienes, castración y asesinato de los homosexuales. Se encuentran ejemplos de legislaciones medievales que referencian la proscripción de la homosexualidad en el Reino de Francia y en la ciudad de Florencia donde un joven, Giovanni di

Giovanni (1350-1365?), fue castrado y quemado entre las muslos por un carbón ardiente (Violence Against LGBT, 2011).

Persisten referencias semánticas en varios idiomas relacionadas con la condena de pena capital, por la hoguera, a los homosexuales: En italiano el término “finocchio”, que traduce maricón e hinojo, hace referencia histórica a las plantas en las que se envolvía al condenado para retardar su agonía en las llamas; La palabra “faggot”, en inglés, que hace referencia peyorativa a los homosexuales, significaba en la época haz de leña, simbolizando la quema en la hoguera por el pecado contra natura (Homosexualidad).

Durante el renacimiento y el cambio del esquema teocéntrico al antropocéntrico, surge la reforma protestante que rompe con la hegemonía política de la iglesia católica y el intelectualismo cuya postura frente a la homosexualidad se mantuvo trazada por los valores incrustados en el fenómeno social ligado con el religioso. En Francia, las penas contra los homosexuales castigaban con pérdida de testículos la primera ofensa, amputación de pene a la segunda y la muerte en la hoguera a la tercera violación de la norma. Inglaterra comparte legislación similar a la francesa en la época, Enrique VIII proscribió la homosexualidad en 1533 con penas que iban desde la expropiación hasta la pena capital. El continente americano no fue ajeno a las legislaciones que castigaban a los sodomitas, el territorio que hoy se conoce como Estados Unidos de Norte América tiene registros que van desde el siglo XVI de condenas a homosexuales, siendo lo más antigua de 1566. Registros históricos indican que alrededor del año 1779, Thomas Jefferson propone cambiar la pena capital a este crimen por la castración en estado de Virginia (Buchanan, 2002).

El panorama para los derechos de los homosexuales se mantuvo oscuro hasta la revolución francesa y el código napoleónico de 1810 el cual elimino las leyes que penalizaban los actos sexuales. Por su parte, Inglaterra mantuvo la legislación hasta 1861 cuando abolió la pena de muerte para los homosexuales (Buchanan, 2002).

La percepción aberrante de las conductas homosexuales se mantuvo incólume en el camino hacia la actualidad por medio de la penalización y rechazo por su aspecto moral-religioso, de acuerdo a la evolución histórica y social de la palabra, y patológico, siendo considerada por los padres de la psiquiatría, Richard von Krafft-Ebing y Sigmund Freud, como una enfermedad, una perversión del comportamiento humano, equiparable a los fetichismos, debida a inmadurez psicológica y sexual, estancado el individuo en un periodo previo a la “madurez heterosexual” (Homosexualidad). Un comportamiento desviado en la sexualidad de un ser humano digno de ser reconocido y odiado por medio de un señalamiento como sucedió en campos de concentración alemanes durante la segunda guerra mundial donde se les marcaba con un triangulo rosado invertido.

A lo largo del siglo XX los movimientos homosexuales se fueron manifestando en las sociedades reivindicando, lentamente, su lugar en las comunidades como ciudadanos y seres humano. El Frente de Liberación Gay (Gay Liberation Front) fue uno de los movimientos en influir en el reconocimiento de los derechos de los homosexuales por medio de su exposición frente a La sociedad Norteamericana de Psiquiatría (APA), la cual, en 1973, eliminó la condición homosexual del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (el DSM-II). Posteriormente, la Organización Mundial de la Salud (OMS) hizo la misma remoción en 1990, desatando una oleada de legislaciones y jurisprudencias mundiales reivindicando los derechos de los homosexuales.

Colombia no fue ajena a tal fenómeno mundial dando vestigios de grupos clandestinos en las clases altas desde la década de 1940, “Los Felipitos” fue el primer grupo de liberación gay en el país, buscando espacios de expresión y socialización para la minoría reprimida. 30 años después se conformó el Movimiento por la Liberación Gay, primero en Medellín y luego en Bogotá, por parte de León Zuleta y Manuel Velandia. El grupo permaneció por alrededor de 10 años organizando marchas, manifestaciones y liderando la primera publicación gay de Colombia: “La Ventana Gay” (Camargo Beltrán). En 1994 reaparece el movimiento en el país, existen en la actualidad al menos 14 organizaciones de

homosexuales¹ reconocidas en el ámbito sociopolítico además de alrededor de 5 publicaciones además de algunas emisoras en línea y portales virtuales².

El recuento histórico demuestra la presencia de la homosexualidad en los fenómenos sociales desde el amanecer de la humanidad, condicionado, en cada caso, a las morales dadas por el núcleo social en el cual están inmersos, adaptando su orientación sexual a los valores y metas enaltecidos en cada sociedad. Los avances intelectuales en lo referente a los derechos humanos les han dado la posición de desear lo mismo que su igual, libertad para ser quiénes son y desarrollarse como familia.

¹ Colombia Diversa, Corporación Prodiversia, Colectivo León Zuleta, Disot@, Degeneres-E, Colectivo Cultural ConBocas, Miau Colombia, Colectivo León Zuleta, Corporación Caribe Afirmativo, Asociación Lesbiapolis, Corporación Red Somos, Ágora Club, Sisma Mujer.

² Publicaciones adscritas a las ONGs mencionadas; Revista Homles; Robin Magazine; Revista en línea De-liberar, Revista en línea Gay Colombia; Estación El Edén Radio, Estación Radiodiversia, Estación Planeta G Radio.

1.2. Contexto Legal y Jurisprudencial en Colombia

Los lucha por la reivindicación de los derechos de los homosexuales se vislumbra en nuestro país a raíz de la constitución de 1991 en la cual se reconocieron, dentro del marco de los derechos fundamentales, la posibilidad de escoger la orientación sexual y el derecho a no ser discriminado por ello en virtud del artículo 13 de la misma, teniendo en cuenta que la libre manifestación de la escogencia de vida a la cual se hace referencia se encuentra dentro del ámbito de protección del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Magna Colombiana.

La interpretación de nuestra carta política, y de los derechos desmembrados de los fundamentales, bien sea por una afectación directa o indirecta, ha estado a cargo del heraldo y guardián constitucional (la corte constitucional), asumiendo la impulsión de los reconocimientos explícitos a los derechos de población homosexual, utilizando como instrumentos el mecanismo de tutela y las acciones de inconstitucionalidad para garantizar la protección de derechos fundamentales, generando un desarrollo no legislativo pero si jurisprudencial y estableciendo un precedente vinculante a todos los estamentos de la sociedad.

La sentencia T-097 de 1994 es uno de los primeros referentes a la intervención de la jurisprudencia en el desarrollo de los derechos de los homosexuales a la luz de la constitución de 1991 al invocar el texto constitucional dentro del análisis de normas previas a la expedición de la carta política. El accionante exige la tutela del derecho al debido proceso por la expulsión, por la práctica de conductas homosexuales, de una escuela militar en un proceso disciplinario el cual le impidió el ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción establecidos como principios en todo proceso sancionatorio. La corte procedió a un análisis integral del decreto 100 de 1989, el cual denotaba fallas en cuanto al debido proceso y en cuanto al objeto material de la sanción al respecto del caso específico, estableciendo que la prohibición de conductas homosexuales se desprende

necesariamente de la condición homosexual que habita dentro del marco de protección establecida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, haciendo parte del fuero interno e inviolable de la persona, resultando en la imposibilidad del castigo. Recalca el tribunal constitucional que las fuerzas armadas pueden exigir discreción al respecto de la orientación sexual en las personas que se enlistan en sus filas con el fin de mantenimiento de disciplina mas no pueden excluir a los homosexuales de la institución por su simple condición, permitiendo las sanciones frente a los actos sexuales dentro de la institución independientemente del género de los sujetos implicados.

Se encuentra en el fallo una aclaración de voto por parte del Magistrado Jose Gregorio Hernandez Galindo por considerar que instituciones como las fuerzas armadas deben contar con la facultad para prohibir el enlistamiento de homosexuales en sus filas.

La decisión T-539 de 1994 se da dentro del marco de una demanda de tutela surgida por la negativa de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) a emitir un comercial referente a la prevención del contagio del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) en el cual las imágenes eran alusivas a relaciones homosexuales exclusivamente. Consideran los demandantes que tal negativa comporta un trato discriminatorio y violatorio de los derechos humanos por ser la homosexualidad el vehículo para transmitir el mensaje y la razón del rechazo del ente regulador de los medios audiovisuales en el país. La corte no concede la tutela de los derechos impugnados por los accionantes en virtud de: Considerar que por tratarse de un acto administrativo impugnado que no desembocaba en un perjuicio irremediable, la tutela no era el mecanismo apropiado para manifestar la disconformidad con la decisión tomada por la entidad adscrita a la rama ejecutiva; Aclarando que se interpreta que la emisión de tal clip comercial podría resultar en consecuencias más nocivas y discriminatorias contra esta población, manteniendo una tesis donde se soporta el trato diferenciado a raíz de la orientación sexual al argüir que la igualdad no conlleva una identidad absoluta por tratarse de un comportamiento alejado de la generalidad de la población, siendo inconcebible que por medio de la

facultad formativa de este medio de comunicación se inviertan el orden de los valores sociales en el conglomerado colombiano.

Los Magistrados Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell aclaran su voto al manifestar su acuerdo con la decisión tomada por el máximo tribunal constitucional colombiano mas no en la parte motiva en cualquier aspecto diferente al procesal relativo a la falta de legitimidad para la impugnación del acto administrativo por medio de la tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos humanos, por considerar que el examen de igualdad frente a la minoría homosexual no se debe dar en razón de un carácter diferenciado sino tomando como punto de partida el carácter de ser humano independientemente de la orientación sexual.

La primera sentencia en lo relativo a la adopción homoparental que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico es el fallo de tutela T-290 de 1995, motivada por un ciudadano cuyos derechos estaban siendo sujetos a violación debido a discriminación en cuanto a su calidad de homosexual por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familia(ICBF) al removerle de su patria potestad fáctica, pues no era el padre biológico de la menor que estaba a su cuidado, a una niña que había sido abandonada. La corte hace énfasis en su parte motiva, que según el acervo probatorio al caso, se encontraba probada la necesidad de las medidas de protección aplicadas debido a que las condiciones no eran aptas para garantizar el desarrollo adecuado de la menor en cuestión y no en razón de la orientación sexual del actor. Aclarando también que consideraban la acción de tutela improcedente debido a la existencia de otros mecanismos jurídicos apropiados y eficientes para impugnar las decisiones del ente estatal encargado de la protección de los menores, como los propuestos dentro del agotamiento de la vía gubernativa, al carecer el caso de un perjuicio grave e irreparable. La sentencia no hace referencia específica al establecimiento de un precedente doctrinario e interpretativo en cuanto a la adopción por parte de personas del mismo sexo, limitándose a explicar porque en ese caso no había discriminación y esquivando tocar un tema donde el concepto opinión pública se entreteje con la razón

deontológica de la carta política colombiana. El Magistrado Carlos Gaviria Diaz salva su voto en tal sentido aclarando por medio de la siguiente afirmación, suprimida del fallo, su creencia al respecto del espíritu constitucional al respecto: "Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución (T-290, 1995)".

La sentencia C-098 de 1996, por medio de la cual se demanda la constitucionalidad de los artículos primigenios de la ley 54 de 1990 que establecen las uniones libres y por ende las sociedades patrimoniales de hecho, fue acusada a la luz de los de los derechos fundamentales que conceden razón a la igualdad, efectiva ante la ley, y al libre desarrollo de la personalidad por la omisión legislativa, que se da en tal marco legal, al respecto de la imposibilidad de las parejas homosexuales para el desarrollo de una comunidad de vida bajo el amparo de la unión marital de hecho, posibilidad desprendida de el derecho innato al ser humano de desarrollarse libremente, siendo la orientación sexual unos de los contenidos imperantes en el principio. La corte considera, desde un criterio histórico, que el trato diferenciado a parejas heterosexuales surge de una necesidad de proteger y regular un fenómeno social recalcado en sociedad colombiana en cuanto al desarrollo de vida en común por medio del concubinato, resultando en un deseo de proteger una situación fáctica de relevancia jurídica y no en establecer un privilegio odioso o discriminatorio. El órgano jurídico constitucional afirma que el desarrollo de una sociedad patrimonial a raíz de la vida en pareja no hace parte del despliegue del derecho fundamental, demostrando un trato diferenciado y no privilegiado. Dejando abierta la ventana, al final de la parte motiva, a un examen más riguroso en caso de comprobarse una intención lesiva en la normatividad hacia las parejas del mismo sexo o que la aplicación de la misma genere un impacto negativo en contra de esta minoría.

La sentencia da lugar a 3 aclaraciones de voto y un salvamento del mismo: 2³ de estas aclaraciones recalcan la relevancia jurídica de las uniones entre homosexuales pero lo desplazan como función legislativa al congreso de la república en virtud de los principios democráticos que rigen nuestra república, arguyendo que esta normatividad se debe dar independientemente de si se cataloga tales uniones dentro del concepto de familia, indicando que este núcleo social es una institución dinámica, susceptible de examen constante y adaptación por parte de una constitución concordante con la evolución histórica; La aclaración restante hecha por el Magistrado Hernando Herrera Vergara recalca, en sentido contrario a las anteriores, el tenor literal del artículo 42 de la carta política el cual propende y establece la familia heterosexual, conformada por hombre y mujer, como núcleo social, imposibilitando, bajo ningún parámetro, una regulación al respecto de estas uniones; El salvamento de voto hecho por el Magistrado Jose Gregorio Hernandez Galindo circunscribe la familia protegida constitucionalmente a la procreación, interpretando de forma literal el texto constitucional que reconoce el rol de la familia dentro de la sociedad y le da una especial protección.

La corte constitucional procede a un análisis similar al anterior en la decisión T-101 de 1998, en la cual los accionantes exigen la tutela de sus derechos fundamentales al haber sido discriminados por su condición de homosexuales por parte de las autoridades administrativas de una institución educativa oficial, impidiendo su reingreso con fundamento en el criterio sospechoso de la orientación sexual. La corte indica que la utilización de tal criterio, así sea determinante o no, ya denota una condición desigual frente al acceso a la educación, por lo cual, tal rasero resulta improcedente.

La sentencia C-481 de 1998 fue proferida por la corte debido a una demanda de constitucionalidad hecha contra el decreto 2277 de 1979, el cual regulaba el ejercicio profesional de la docencia, por el establecimiento del homosexualismo como causal de mala conducta. Aparte de los problemas vigencia temporal de la norma planteados en el caso, la decisión se ve impregnada de múltiples

³ Eduardo Cifuentes Muñoz; Vladimiro Naranjo Mesa.

intervenciones, espontaneas y solicitadas por la corte por medio de la fijación de una audiencia pública para la discusión del tema de los docentes homosexuales, nutridas por la diversidad en los conceptos otorgados y en la fundamentación en las diferentes áreas del conocimiento de los mismos. Las intervenciones mencionadas incluyen conceptos rendidos por: Expertos en antropología, psicoanálisis, sexología, psicología; Entidades en pro de los derechos homosexuales; Ministerios adscritos al ejecutivo; El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); La Procuraduría General de la Nación; Universidades; Asociaciones de docentes; Padres de Familia e intervenciones ciudadanas. Esta actitud del máximo tribunal constitucional indica el deseo de la misma de entender el fenómeno social y por ende constitucional como una realidad viva y dinámica, enriquecida por factores científicos y humanos, que pueden determinar, desde el fenómeno de la opinión pública, las decisiones de un órgano interpretativo.

La corte decide declarar la inexecutable del numeral demandado por los explícitos atentados contra la constitución colombiana. Dando lugar a 3⁴ salvamentos conjuntos de voto que indicaban que la sentencia no debió ser en este sentido porque la intención del legislador subyacía en el “hacer” y no en el “ser”, por ende, la sanción mencionada se impartía frente a los actos homosexuales con los alumnos. Se incluye una aclaración de voto por parte del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa recalcando que en la parte motiva se debió hacer énfasis en la protección que se debe dar a los menores frente a cualquier tipo de exteriorización de la sexualidad de un maestro, bien se heterosexual u homosexual.

El fallo referenciado bajo la identificación C-507 de 1999 expedido por la corte constitucional colombiana en virtud de una demanda de inconstitucionalidad aducida contra el artículo 184 del decreto 85 de 1989 el cual establece, dentro del marco del régimen disciplinario de las fuerzas armadas, las faltas contra el honor militar. Se demandan varios apartes que hacen referencias violatorias a la carta política como la prostitución, la homosexualidad, el concubinato y el notorio

⁴ Alfredo Beltrán Sierra; Jose Gregorio Hernández Galindo; Hernando Herrera Vergara

adulterio. En lo que nos atiene, considera la corte, sin desconocer que el régimen castrense tiene mayores exigencias comportamentales que implican cargas adicionales a las de un ciudadano común, que la homosexualidad per se no constituye una falta contra la honra de las fuerzas armadas, siendo esta un comportamiento circunscrito a la intimidad y libre desarrollo de la personalidad con ausencia de lesividad jurídica en la interferencia intersubjetiva, declarando inexecutable tal aparte.

Aclara su voto el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo al declarar que debido a la labor confiada a las fuerzas armadas se requerían dentro de sus filas hombres y mujeres sin ambivalencia sexual para garantizar la disciplina que debe imperar dentro del régimen castrense.

Por medio del fallo de tutela T-268 de 2000 se impugna un acto administrativo de un alcalde al negar la posibilidad de la realización del desfile del “bambuco gay” en el espacio público de la ciudad debido a que estos comportamientos responden, según el administrador, al fuero interno del individuo no superables al espacio público por las posibles repercusiones al interés generales y a los derechos de terceros. La corte considera que el libre desarrollo de la personalidad no está supeditado exclusivamente al ámbito privado del ciudadano, por lo contrario, son los espacios públicos los llamados a recibir a todos los ciudadanos y sus manifestaciones sin distinción alguna, teniendo como marco normas que no trasgredan los derechos de los demás donde pueda haber una afectación moral o psicológica. Procede el tribunal constitucional a argumentar que los derechos abstractos de interés general no son suficientes para las limitaciones de derechos individuales, debiendo existir una lesividad o dañosidad real para justificar la intervención estatal en lo que, según la carta política, se debe mantener como neutral el ente administrador, indicando que la negativa a la realización del desfile no es el medio idóneo para proteger intereses ajenos determinables o determinados, en la alusión hecha a la afectación que implicaría para los derechos de los niños la realización de este evento en espacio público, teniendo en cuenta el decoro y comportamiento respetuoso que deben tener los involucrados al

reinado mencionado. Independientemente de la argumentación desarrollada por la corte en la parte motiva en la sentencia se niega la tutela debido a que: No se encontraba comprobada la afectación de derechos fundamentales individuales, para lo cual fue creado el mecanismo, por no invocarse específicamente en la estrategia argumentativa de la demanda y por no ser determinables en cabeza de individuos debidamente identificados. Y por la existencia de medios judiciales diferentes a la tutela para impugnar acto administrativo por medio del agotamiento de la vía gubernativa. Se plantea la posibilidad de incursionar en la acción popular, no por la pluralidad de personas afectadas, sino por ser el derecho de un grupo sobre un espacio público.

El fallo de tutela 618 de 2000 es el primer fallo del máximo tribunal constitucional al respecto de la afiliación al sistema de seguridad social por parte de los compañeros permanentes en parejas del mismo sexo. La corte concede los derechos tutelados por el accionante basada en la violación al debido proceso y principios de buena fe y dignidad humana ya que, según los presupuestos fácticos, la afiliación había sido aceptada por la entidad y luego el beneficiario había sido removido unilateralmente. La corte se sustenta en que régimen establecido para los compañeros permanentes no se hacía extensivo a los homosexuales por fundamentarse en un trato diferenciado que establecía un privilegio incrustado dentro del marco legal y la carta política para las familias conformadas por medio del concubinato.

Con base en los criterios establecidos en la parte motiva de la decisión anterior se negó la afiliación como beneficiario a uno de los integrantes de una pareja homosexual por medio de la sentencia T-999 de 2000.

El fallo de tutela 1426 de 2000 mantiene la misma línea interpretativa en cuanto a la afiliación de parejas del mismo sexo al régimen de salud establecido en la ley 100 de 1993, negando el amparo del derecho al accionante aún cuando se aducen pruebas que demuestran que ambos son portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y por ende la amenaza del derecho a la vida y

sus conexos. La decisión se fundamenta en el marco legal, constitucional y jurisprudencial establecido hasta el momento.

El heraldo constitucional colombiano decide, por medio de la sentencia SU-623 de 2001, la cual unifica los conceptos y doctrinas dadas por el tribunal guardián de la carta política al respecto de los homosexuales y la seguridad social, desconocer la afiliación de un compañero permanente, entendiendo que en ese momento las implicaciones legales de tal apelativo no se habían extendido a las parejas del mismo sexo, al sistema de salud bajo la figura de beneficiario de un cotizante. Sostiene la corte que el acceso a la seguridad social se encuentra limitado por no ser un derecho fundamental en su esencia, aunque lo puede llegar a ser por su posible conexidad con la vida digna, cuyos contenidos son aplicados de manera programática de acuerdo a criterios preestablecidos por el órgano legislativo sin detrimento de su carácter de derecho subjetivo inmerso en un contexto social, económico y político del cual el juez constitucional no se puede separar de acuerdo al precedente establecido por la misma corte por medio de doctrina extraída de la parte motiva de una sentencia. La universalidad que por remisión explícita de la carta política en su artículo 48 debe interpretar que lo relativo a la seguridad social se ve supeditado a un contexto del cual no se puede sustraer, debido a que el desarrollo del mismo se encuentra amparado en un marco legal que no prohíbe el acceso a ningún ciudadano, en concordancia con a las múltiples formas de entrar a ser parte del sistema, pero si privilegia ciertos sectores sociales de acuerdo a criterios establecidos por la rama legislativa. Uno de los criterios privilegiados es la figura de la familia, la cual a visión de la corte, no es equiparable con la unión homosexual debido a la especificidad de la carta al respecto del tipo de núcleo social que protege, la familia heterosexual y monogámica. Afirma el tribunal constitucional que la inclusión de esta población marginada implicaría una discriminación de la mayoría para favorecer una minoría por medio de instrumentos no aptos para la consecución del fin deseado, haciendo hincapié en que esta función pertenece al órgano de que representa la democracia participativa encargado de la expedición de normas.

El fallo va acompañado de un salvamento de voto compartido por los magistrados Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett que denota una posición completamente disidente a la establecida en la sala, criticando su incongruencia con el precedente judicial y falta de sensibilidad con el tema de los homosexuales. Claman los rebeldes que la imposibilidad material para la prestación del servicio no justifica jurídicamente el privilegio establecido por responder a criterios sospechosos, aclarando que el carácter prestacional o programático al cual responde el derecho al acceso a la seguridad social no remueve la exigibilidad del mismo, interpretando esa calidad programática como variación en la prestación del servicio, mas no en la cobertura. Sostienen que se debió aplicar un juicio estricto de razonabilidad para justificar el trato diferenciado: 1) Analizar si el fin deseado es legítimo e imperioso; 2) Discernir si el medio escogido no es contrario a la carta política; 3) Determinar si la relación medio-fin es estrictamente necesaria; 4) Determinar si se está imponiendo una carga demasiado gravosa. Según los jueces discordantes el sostenimiento de las razones argumentativas de la sentencia no superan el test propuesto por ser la conducta discriminatoria proscrita de forma específica en la carta magna colombiana, destruyendo así cualquier relación teleológica por la corrupción del medio establecido.

Manteniendo el orden cronológico, la siguiente referencia jurisprudencial con la que se topa es la C-814 de 2001, en la cual se demanda la inconstitucionalidad parcial de los artículos 89 y 90 del decreto ley 2737 (antiguo código del menor) en lo referente a la exigencia de una idoneidad moral en el adoptante o adoptantes y la exclusión de las parejas homosexuales como sujetos pasivos de la ley demandada en la lista de posibles adoptantes. La demanda contiene múltiples intervenciones por parte de ciudadanos y entidades, algunas de carácter público, en las cuales se propende por el reconocimiento de los derechos de los homosexuales: El Ministerio de Justicia y Derecho aporta al proceso afirmando que la idoneidad moral exigida es constitucional mientras no lo es el reproche moral por la orientación sexual, aclarando de la mano de la procuraduría, la necesidad de trasladar el debate de la adopción por parte de parejas del mismo

sexo a instancias democráticas y representativas, aludiendo al órgano legislativo, debido a las profundas implicaciones sociales que conlleva la aplicación de un fallo modulativo que conceda tal tipo de adopción.

La corte falla declarando la exequibilidad de ambos artículos basada en el reconocimiento y protección constitucional de la familia heterosexual monogámica, siendo esta una limitación hecha por conceptos de moral social a los derechos fundamentales y no un trato desigual de acuerdo a la interpretación histórica en concordancia con la voluntad de la asamblea nacional constituyente, omitiendo referirse a la orientación sexual como criterio de idoneidad moral a ser evaluado en los procesos de adopción por la carencia de relación explícita en la demanda de ese primer artículo acusado con la condición de homosexual, independientemente de las referencias hechas en este aparte en los textos que coadyuvaron la demanda, haciendo una interpretación aislada, no holística, de las intervenciones aducidas al proceso inquisidoras de la legislación imperante.

4 magistrados salvan el voto en cuanto a la sentencia proferida por la corte constitucional colombiana, 3⁵ de estos difieren con la interpretación literal hecha del artículo 42 de la constitución en cuanto a que esta, semánticamente y de la mano con una interpretación holística, reconoce la existencia de varios tipos de familia. La aclaración en cuanto al uso del idioma recae sobre la palabra “por” incluida al comienzo de las posibilidades constitucionalmente protegidas de conformar una familia, demostrando la existencia de multiplicidad de hipótesis. Recalcando que en la interpretación holística del aparte, la protección de diferentes tipos de familias como la conformada por la madre cabeza de familia o aquellas amparadas por su carácter de minoría étnica. Registrando la carta en el mismo artículo, en incisos posteriores, el derecho de la pareja, sin adjetivos referentes a la orientación sexual, a decidir el número de los hijos. Determinan los magistrados disidentes que la interpretación de que el interés superior del menor está supeditada a la pareja heterosexual y monogámica es incongruente con el espíritu mismo del principio ya que este interés no puede ser particularizado por

⁵ Manuel José Cepeda Espinosa; Jaime Córdoba Triviño; Eduardo Montealegre Lynett

ser un criterio interpretativo de aplicación inmediata frente a pugnas o ponderaciones de derechos, debiendo ser dilucidado y aplicado de acuerdo a las situaciones contextuales. Consideran también que tal interpretación sesgada del principio desconoce y desprotege, en términos pragmáticos, aún más la situación de los menores colombianos y las capacidades reales del estado para brindarle un espacio apto para su desarrollo, al no reconocer familias que podrían brindar condiciones adecuadas. El cuarto salvamento de voto proviene del magistrado Jaime Araujo Renteria haciendo referencia a que la prohibición era incongruente por darse frente a parejas homosexuales, no pudiéndose dar contra los homosexuales como individuos.

En la decisión C-373 de 2002 se discute, de manera accesoria dentro de la evaluación holística hecha a la norma debido a una promulgación previa a la vigencia de la constitución del 91', la constitucionalidad del régimen de malas conductas contra la dignidad del notario establecidas en el decreto-ley 960 de 1970, en el cual se incluía al homosexualismo dentro de los supuestos fácticos sancionables. La corte declara inexecutable el numeral que hace referencia discriminatoria a la orientación sexual diversa y minoritaria en términos estadísticos.

El fallo de tutela 435 de 2002 se da en razón de la expulsión de una estudiante de un plantel educativo debido a su condición de homosexual, entre varias razones disciplinarias aducidas, llevando a la madre de la menor a solicitar a la corte por medio de la violación de los derechos fundamentales al libre desarrollo e intimidad la orden al plantel educativo para recibir a la menor para la culminación de sus estudios de bachiller. Considera la corte que sin desmedro de la facultad otorgada a las instituciones educativas para determinar sus reglamentos consignada en la ley 115 de 1994, Ley General de educación, las políticas establecidas dentro de las normatividades internas de la institución educativa no pueden contener violaciones al núcleo esencial de los derechos humanos aceptando sus limitaciones con fines formativos. La consagración del lesbianismo, como sucede en el manual de convivencia del plantel demandado, como causal sancionatoria

comporta una violación al libre desarrollo de la personalidad y al aspecto íntimo que reside en el fuero interno del individuo. Sustentada en los argumentos esbozados, entre otras violaciones demostradas dentro del proceso, se tutelan las pretensiones demandadas.

La corte constitucional recuerda por medio de la sentencia T-499 de 2003 el deber jurídico, por parte de las entidades estatales especialmente, de propender por el respeto y el ejercicio de la igualdad de los derechos de los homosexuales, manifestados individualmente y en relación con otro ser humano, al reiterar que el régimen de visitas en las instituciones penitenciarias aplica para las parejas homosexuales.

La sentencia de constitucionalidad C-075 de 2007 comienza desarrollando por parte de los demandantes la posible existencia de una cosa juzgada, la cual ellos categorizan como relativa, debido a que versa sobre una norma ya declarada exequible en la sentencia C-098 de 1996, teniendo en cuenta que los artículos demandados (el primero y el segundo) habían sido objetos de modificación por parte de una ley posterior, la ley 979 de 2005, aunque esta haya reproducido idénticamente el acápite de la ley previa en lo referente a quienes pueden establecer la unión marital de hecho para consolidarse los derechos patrimoniales y extra patrimoniales que versan sobre esta opción, constitucionalmente protegida, de formar vínculos de relevancia jurídica, es decir, una familia. Advierten también que según la jurisprudencia de la corte, más específicamente en la sentencia C-098 de 2005, se establecieron criterios para posibilitar un cambio en la línea decisoria y vinculante en la jurisprudencia: 1) Cuando la norma establezca un privilegio ilegítimo; 2) Cuando de lugar a afectación a personas o grupos aún no favorecidos; 3) Cuando se advierta en la norma un propósito de lesionar derechos; 4) O que de la aplicación de la norma se desprenda un impacto negativo. Tal cambio en el perfil decisorio se puede manifestar también, según la propia doctrina establecida por el guardián constitucional en la sentencia C-228 de 2002, habiendo un cambio en el ordenamiento que posibilite la argumentación suficiente. Los accionantes soportan la validez de su petición de rehacer el examen de la

normatividad a la luz de la carta política en la acusación hecha frente a la conexidad con derechos no tenidos en cuenta en el precedente jurisprudencial, como son el derecho a la vida digna y la libre asociación en contraposición con los cargos ya depurados frente al derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. Siendo el derecho a la vida digna interpretado en las 3 dimensiones establecidas en la doctrina desarrollada por la corte constitucional: La escogencia de vivir como se quiera, sin intervenir en las órbitas de de derechos de los demás; La posibilidad de vivir bien, de acuerdo a las condiciones mínimas materiales; Y la posibilidad de vivir sin humillaciones, donde no se afecte la integridad física y moral del sujeto. Incluyendo en el esquema argumentativo a la familia como núcleo pragmático y de desarrollo de la libre asociación, aludiendo lo inapropiado de imponer la carga de crear sociedad industriales o comerciales a las parejas homosexuales para proteger sus derechos patrimoniales, debido a que las obligaciones establecidas en los asociados no se compadecen con las necesidades y situaciones jurídicas que surgen en los vínculos de este tipo.

Según los accionantes las consecuencias jurídicas de la aplicación de esta norma a un ámbito de validez personal donde no se incluyan a los homosexuales como pareja genera resultantes negativos en el ordenamiento en lo relativo a derechos patrimoniales y extra patrimoniales: A nivel penal por medio de la desprotección sometida en lo referente a las normas de violencia intrafamiliar y en la posibilidad de no incriminar a la pareja en oposición con la obligación que como ciudadano se tiene frente a la verdad y a los posibles dispositivos amplificadores del tipo penal aplicables a los casos por comportamientos omisivos; En materia civil se vislumbra en la no aplicación de normas de alimentos, afectación a vivienda familiar, derechos sucesorales y en la sociedad patrimonial de facto surgida de la unión de personas del mismo sexo; Y en lo respectivo a la seguridad social y elementos de protección de carácter económico o de afectación de los derechos fundamentales salud y vida digna que si se da frente a parejas heterosexuales.

Arguyen un cambio en el bloque de constitucionalidad, como criterio de aplicación inmediata por tratarse de derechos humanos, en lo referente a las normas o

criterios establecidos por órganos de carácter internacional con autoridad que se refutan como parte del texto de la carta política por remisión expresa hecha por el artículo 93. Claman los accionantes, no habiendo sucedido una ratificación nueva de un tratado referente al tema, que en el fallo que podría obstaculizar las pretensiones por medio del establecimiento de la cosa juzgada no se tuvieron en cuenta la doctrina o jurisprudencia creada por órganos con autoridad internacional al respecto. Citando casos como Young VS. Australia y Toonen VS. Australia donde se estableció por parte del Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas (CDH) que no toda conducta que desemboque en la diferenciación entre parejas del mismo sexo y sexos diferentes es constitutiva de un acto discriminatorio, mientras esta sea sustentada en criterios objetivos y razonables.

Numerosas intervenciones se presentaron para apoyar la demanda por parte de personas naturales e instituciones privadas, denotando el carácter inconstitucional en la omisión legislativa, mientras un par, con un carácter religioso, sustentan la exequibilidad de los artículos demandados en la función procreativa o reproductiva de la familia como núcleo social. Las entidades estatales intervinientes hicieron énfasis en la existencia de la cosa juzgada y en la usurpación de funciones que asumiría la corte al tomar regular una situación que le corresponde al órgano legislativo en virtud de la separación de poderes y no a un órgano judicial desarrollándose como un legislador negativo.

La corte, en la parte motiva de la sentencia, reconoce los argumentos expuestos en la demanda para la revisión de los artículos debido a la existencia de la cosa juzgada relativa implícita, que acompañada de la textura abierta explicitada en la sentencia C-098 de 1996 permite, bajo instrumentos legales y doctrinarios claros, una nueva decisión al respecto. A la luz de la libertad como máxima universal, se desprende bajo el esquema argumentativo, la necesidad de establecer un deber de protección de rango constitucional por ser necesario para el ejercicio de la misma, haciendo énfasis en que la determinación de grados de protección a grupos comparables ha sido confiada al órgano legislativo reconociendo que la ausencia de previsión legislativa al respecto por parte del institución democrática

encargada de la expedición de normas atenta contra el ordenamiento superior si:

- 1) El legislador no ha respetado los mínimos de protección establecidos constitucionalmente;
- 2) Si la desprotección, por la omisión legislativa, supera el marco constitucionalmente admisible;
- 3) O si la menor protección responde a criterios sospechosos de discriminación.

Continúa el heraldo constitucional resaltando la incoherencia que impone el ordenamiento al permitir la libre determinación o desarrollo de la personalidad y no facilitar las medias de protección para que las personas homosexuales se desarrollen a cabalidad. Aclarando que a la luz de la regulación predicada sobre las uniones maritales de hecho, no se encuentran criterios para establecer un trato diferenciado al respecto, generando una amplitud interpretativa de la norma a parejas homosexuales.

El fallo contiene un salvamento y cuatro aclaraciones de voto al respecto: El Magistrado Jaime Araujo Rentería recalca la visión miope de la sentencia al limitar los alcances de la misma a los efectos civiles, generando, en una interpretación aislada, una implicación únicamente patrimonial al respecto, desconociendo situaciones fácticas de relevancia jurídica que pueden surgir de la unión entre 2 personas. Reconoce que la interpretación explícita del concepto de familia plasmado en la constitución es ajeno a la dinámica integradora y armonizadora del espíritu constituyente, dando lugar a la creación de una institución núcleo de la sociedad estática y alejada de conceptos reales; 3 magistrados⁶ aclaran el voto clamando estar de acuerdo con la sentencia en su totalidad mientras no se modifiquen los preceptos de familia establecidos en el artículo 42 de la carta política, recalcando que la protección especial en calidad de familia se da es a las parejas heterosexuales monogámicas; El Magistrado Jaime Córdoba Triviño recalca, al igual que su magistrado homónimo, que la decisión de tomada se queda corta frente al horizonte de posibilidades de aplicación, resaltando la labor del órgano legislativo para determinar las regulaciones en estas situaciones de hecho relevantes jurídicamente.

⁶ Marco Gerardo Monroy Cabra; Rodrigo Escobar Gil; Nilson Pinilla Pinilla

Prosiguiendo el análisis se vislumbra la sentencia C-811 de 2007 en la cual se demanda el artículo 163 de la ley 100 de 1993 en la referencia “familiar” que hace al definir la cobertura de la afiliación de las parejas como beneficiarios del Plan de Salud Obligatorio por el trato discriminatorio, por una omisión legislativa inconstitucional, dado a las parejas del mismo sexo. Aducen los actores que la disposición viola la dignidad humana, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad por no permitir el desarrollo de los homosexuales como pareja en virtud de un trato discriminatorio, atentando a su vez contra los principios establecidos en la carta magna colombiana para la seguridad social de eficiencia, solidaridad y universalidad. Intervienen en el proceso 3 ministerios⁷ solicitando la declaratoria de exequibilidad del artículo demandado basados en que una sentencia a favor de los demandantes implicaría una usurpación de funciones legislativas establecidas en la carta política y atendiendo también al precedente establecido en la sentencia SU 623 de 2001 donde la corte hizo referencia a la constitucionalidad del trato diferenciado dado a los homosexuales al respecto del régimen de seguridad social, teniendo en cuenta en el análisis que el mismo fue estructurado alrededor del concepto de familia, establecido en la carta política, para garantizar su viabilidad y sostenibilidad económica. La sentencia se ve enriquecida por intervenciones de entidades públicas y privadas, relativas al área jurídica ,que en primer lugar plantean la posibilidad de fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva en la demanda por: La carencia de relación del objeto demandado con los argumentos planteados o con las disposiciones que se consideran violatorias; No se demandaron todas los artículos o normas en las cuales se desencadenarían los efectos; La vaguedad de los argumentos expuestos; La constitucionalidad obvia de la norma; Y La equiparación de unión a familia. Invitan posteriormente, a que se proporcione un fallo de fondo al respecto, basados en el precedente jurisprudencial establecido en la sentencia C-075 de 2007 en lo relativo a la extensión interpretativa hecha a las parejas del mismo sexo a la luz de las uniones maritales de hecho y el marco establecido internacionalmente, en pro de la

⁷ Ministerio de Interior y Justicia; Ministerio de Seguridad Social; Ministerio de Hacienda y Crédito Público

ampliación de los efectos jurídicos del régimen de seguridad social a parejas del mismo sexo.

El heraldo constitucional colombiano dicta sentencia en virtud de la integración normativa como principio de la actividad constitucional a la hora de no demandarse todas las normas en las que podrían recaer los efectos de la sentencia y el principio pro actione que habilita al juez constitucional a interpretar la demanda frente a las faltas argumentativas de la misma, prevaleciendo el derecho sustancial al exigir una sentencia de fondo mientras se establezcan juicios mínimos que permitan identificar la tesis expuesta. La sentencia se fundamenta en la línea jurisprudencial establecida, sobretodo en la sentencia C-075 de 2007, al desarrollar la tesis en la cual la exclusión de homosexuales bajo el régimen de la unión marital de hecho implica de la cobertura del Plan de Salud Obligatorio este supeditada al concepto de familia implica una carga desproporcionada al libre desarrollo de la personalidad, considerando que tal inclusión no resulta en una desprotección de la familia como fin de la norma. El fallo no declara inexecutable la expresión demandada considerando que sucedería un perjuicio mayor al beneficio obtenido pero si condiciona su interpretación de forma extensiva a las parejas del mismo sexo.

La sentencia da lugar a un salvamento y a una aclaración del voto por parte de 2 magistrados⁸ en una misma línea, aclarando el primero que la sentencia a su juicio plantea una realidad restrictiva de los efectos jurídicos que se generan en las relaciones de homosexuales, circunscrita por el tribunal a materia patrimonial y de salud, considerando a las parejas del mismo sexo como un elemento implícito del concepto familia establecido dentro de las hipótesis y espíritu de la carta política. Argumento sostenido también por la magistrada que aclara su voto en cuanto a la parte motiva, al sostener la existencia de una familia alejada de los prejuicios judeo-cristianos que circunscriben el concepto a la reproducción, siendo la sexualidad un elemento contingente en las relaciones que dan lugar al núcleo familiar.

⁸ Magistrado Jaime Araujo Rentería; Magistrada Catalina Botero Marino.

La sentencia T-856 de 2007 surge de la aplicación práctica de la decisión C-811 de 2007, en la cual el accionante demanda la tutela de sus derechos fundamentales y los de su compañero permanente frente a la posibilidad de afiliación como beneficiario al régimen de salud e virtud de su calidad de pareja del mismo sexo negada por la entidad promotora de salud. La corte revoca los fallos negatorios de primera y segunda instancia teniendo en cuenta que la afectación y peligro a los derechos fundamentales había cesado por la afiliación de la pareja del accionante al régimen contributivo del sistema de salud al momento de proferir el fallo, considerando que el precedente jurisprudencial del año al cual se hace referencia había establecido anteriormente que la orientación sexual se consideraba como un criterio sospechoso y discriminatorio en lo relativo a la calidad de compañero permanente surgida de la unión marital de hecho, clamando que tal trato atenta contra el espíritu constitucional.

La sentencia de constitucionalidad 338 de 2008 surge debido a que se demanda todo el articulado referente pensión de supervivencia, dentro del marco legal determinado en lo referente a la seguridad social, para que en virtud del precedente establecido se indique su interpretación extensiva a las parejas homosexuales. A la demanda se aducen numerosas intervenciones de ciudadanos y entidades privadas que coadyuvan las pretensiones demandadas en virtud de la violación a los derechos fundamentales establecida en el núcleo de protección de los mismos por medio de la omisión legislativa y en el precedente jurisprudencial establecido en las sentencias 075 y 811 de 2007. No sobra resaltar que los intervinientes mencionados aducen al proceso documentos referentes a la manifestación de la opinión pública por medio de expresiones de los medios de comunicación, integrando elementos ajenos a la realidad jurídica del contexto axiológico y social colombiano, como condicionantes de la operación jurídica del juez constitucional. La intervención de entidades públicas diverge: Por su parte la Procuraduría General de la Nación fundamenta dentro del orden jurídico las pretensiones normativas de los accionantes, arguyendo que la jurisprudencia establece un mínimo de protección en cuanto a las parejas homosexuales al respecto de las parejas heterosexuales, ventana abierta por la asimilación de

compañeros permanentes establecida por la corte constitucional, en ausencia de un régimen legal de protección al caso expedido por el congreso; Los ministerios adscritos al ejecutivo, y algunas intervenciones ciudadanas, son los únicos conceptos que abocan por el mantenimiento del status quo en lo referente al marco legal al respecto, basados en el concepto restrictivo de familia establecido en la carta política y en que la función de determinar los beneficiarios del sistema de seguridad depende exclusivamente del órgano legislativo según la división de poderes que fundamenta el estado moderno.

Considera la corte, de acuerdo a la doctrina constitucional establecida por ella misma, que se exige un test riguroso a la luz de la carta política para establecer la orientación sexual diversa como un criterio sospechoso en la omisión legislativa que consta de cuatro aspectos: 1) Cuando se incorpora una clasificación diferenciada sospechosa dentro de la interpretación socio-jurídica; 2) Se afecta a personas que se encuentren en situación de desventaja o debilidad manifiesta, grupos marginados o sujetos que gocen de una especial protección constitucional; 3) Desconoce de plano el goce de un derecho fundamental; 4) Incorpora una ventaja o privilegio, sin razón aparente, a favor de un estamento determinado de la sociedad.

Al proferir el fallo se aclara que el carácter prestacional de la seguridad social no permite el descarte de la aplicación inmediata de los derechos consagrados por la estrecha relación, que resulta en una conexidad, con los derechos fundamentales a la vida digna sustentada en la consecución de los medios materiales para el mantenimiento de las condiciones coherentes con el mínimo vital, teniendo en cuenta que el espíritu de la norma que crea la institución radica en proteger a quienes dependían económicamente de un fallecido afiliado al régimen pensional. El tribunal argumenta que la aplicación extensiva a parejas del mismo sexo no afecta la finalidad de la norma en su aspecto sustantivo ni la sostenibilidad económica del sistema por simplemente cambiar un orden de prelación existente en la asignación de una pensión de supervivencia, reconociendo, por lo tanto, los

derechos plasmados a esta figura a las relaciones homosexuales que cumplan de lleno con los requisitos legales preestablecidos.

El Magistrado Jaime Araujo Rentería remite su salvamento parcial y aclaración de voto a lo expuesto por él en el salvamento de la sentencia C-075 de 2007, en el cual se critica la interpretación restrictiva que hace el tribunal constitucional al respecto de la extensión de los efectos jurídicos de los homosexuales a todos los aspectos regulatorios de la vida en pareja, siendo estos, en su concepto, una expresión de la familia cobijada por el espíritu constitucional.

En la continuidad cronológica planteada dentro del análisis jurisprudencial prosigue la sentencia C-798 de 2008 en la cual la parte actora demanda el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 1181 de 2007, que modificó el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano), por circunscribir, de manera restrictiva, la inasistencia alimentaria a la figura de los compañeros que conforman la unión marital de hecho a su dimensión heterosexual al utilizar los sustantivos “hombre” y “mujer”. Todas las intervenciones hechas por entidades públicas y privadas aducidas al proceso propenden por la equiparación de los derechos de los homosexuales a los de los heterosexuales en materia de alimentos de acuerdo a que comporta un trato discriminatorio y violatorio de los derechos fundamentales que se radican en cabeza de los individuos que conforman parejas del mismo sexo y del precedente establecido por el máximo tribunal constitucional por medio de la jurisprudencia como fuente de derecho. Solo el concepto de la Procuraduría general sostiene argumentos que solicitan la declaratoria de sentencia inhibitoria por parte de la corte, sin dejar de reconocer la necesidad de un trato equivalente al respecto, en consideración con la ineptitud sustantiva de la demanda ya que no se demandaron las normas creadoras de la obligación alimentaria ni las que regulan los procedimientos al respecto, careciendo de marco legal que pudiera, de la mano del principio de legalidad como principio regulatorio de la potestad punitiva del estado, establecer un tipo penal.

La corte encuentra necesario hacer un análisis respecto a la existencia en materia civil de la obligación alimentaria por parte de parejas del mismo sexo, afirmando al

respecto que debido a la integración de la unidad normativa establecida por medio de la interpretación extensiva que se dio a las parejas homosexuales frente al régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho, por medio de la sentencia C-075 de 2007, ya se estableció la existencia de la obligación surgida del principio de solidaridad que debe de haber entre las parejas en el ámbito civil a las uniones de orientación homosexual. Considera además que, de acuerdo a los criterios establecidos por la jurisprudencia al respecto, la normatividad acusada compone una violación a los derechos de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida digna por medio del amparo al integrante débil de la pareja en materia económica, constituyendo un déficit en la protección que no justifica la exclusión para la teleología normativa de la regulación demandada.

La decisión T-1241 de 2008 ratifica lo sostenido por el tribunal constitucional con la sentencia C-338 de 2008 al reconocer los derechos a la pensión de supervivencia por parte de compañeros permanentes homosexuales, en respuesta a la argumentación sostenida por la entidad administradora de las pensiones en los militares retirados consistente en que el régimen no cubría a los compañeros permanentes homosexuales. En el caso específico no se reconoce el derecho tutelado por la falta de prueba suficiente, de acuerdo al marco legal y jurisprudencial al respecto, de la unión del fallecido y el accionante.

Los accionantes que dieron lugar a la sentencia C-029 de 2009 buscan establecer un orden normativo más coherente con los derechos de los homosexuales y con el cambio jurisprudencial que sucedió en la corte con motivo de la sentencia C-075 de 2007 por medio de la demanda a las siguientes normas: Decreto 2762 de 1991, el cual regula las medidas para controlar la densidad en el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin equiparar las parejas homosexuales a las heterosexuales en lo referente a ser beneficiario del derecho a residir en la isla por la unión marital de hecho con un residente; Decreto 1795 de 2000, donde se regula el sistema de salud de las fuerzas militares y la policía nacional, para incluir dentro del ámbito de protección de la norma al compañero permanente del mismo sexo y a sus hijos como beneficiarios; El

código civil colombiano en sus artículos 411 y 457 (modificado por el artículo 51 del decreto 2820 de 1974), referentes a los sujetos a quienes se le deben alimentos y a quienes están llamados a ejercer la tutela o curaduría legítima respectivamente, abocando por la inclusión de los de los compañeros permanentes homosexuales como destinatarios de las normas; Ley 70 de 1931, modificada por la ley 495 de 1999, en lo referente a la inclusión de los compañeros permanentes del mismo sexo en el régimen del establecimiento de patrimonio familiar inembargable; Ley 21 de 1982 solicitando inserción de los homosexuales dentro del sustantivo compañero permanente para el acceso al subsidio familiar por personas a cargo; Ley 3 de 1991 en lo referente a la ampliación en la cobertura a parejas homosexuales del régimen de subsidio familiar de vivienda establecido con la creación del sistema de de vivienda de interés social; Ley 5 de 1992, por la cual se expide el reglamento del congreso, en lo referente a las excepciones de incompatibilidades e impedimentos surgidos por el vínculo de una unión marital de hecho y su aplicación extensiva a parejas del mismo sexo; Ley 43 de 1993 en lo relativo a la adquisición de la nacionalidad por medio de la unión marital de hecho aplicable a las parejas del mismo sexo; Ley 80 de 1993 en lo atinente al régimen de incompatibilidades para contratar con la administración pública en relación con los compañeros permanentes y su aplicación a los homosexuales; Ley 100 de 1993 al establecer al como beneficiarios del SOAT (Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito) a los compañeros permanentes, beneficio extensible a las parejas del mismo sexo; Ley 190 de 1995, en la cual se dictan normas con el fin de preservar la moralidad y erradicar la corrupción en la administración pública, en los artículos 14 y 52, referentes a la declaración juramentada y al nombramiento de compañeros permanentes de concejales o diputados dentro de las entidades públicas descentralizadas del territorio respectivo sobre el cual ejerzan funciones públicas, siendo en la primera figura mencionada exigida la información sobre las uniones maritales de hecho y los datos del compañero permanente y proscribiendo el nombramiento de los compañeros permanentes de concejales y diputados dentro de la hipótesis planteada por el segundo artículo, interpretando tales exigencias en su carácter

deontológico predicables en parejas homosexuales; Ley 258 de 1996 en lo relativo a la extensión en el régimen de afectación a vivienda familiar a parejas del mismo sexo en la calidad de compañeros permanentes; Ley 294 de 1996, que otorga el marco legal a la figura de la violencia intrafamiliar, en cuanto al carácter inclusivo de las parejas homosexuales en virtud de la calidad otorgada por la C-075 de 2007 de compañeros permanentes; Ley 387 de 1997 propendiendo a la inclusión de las compañeros permanentes mismo sexo como susceptibles del derecho de reunificación familiar establecido a favor de los desplazados por la violencia; Ley 522 de 1999 en lo relativo a la exoneración del deber de denunciar, la excepción del deber de denuncia e advertencias previas al indagado referente a los compañeros permanentes aplicable a las parejas del mismo sexo; Ley 589 de 2000 (en la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura) en lo referente a la ampliación en el campo de acción de la norma a parejas del mismo sexo al respecto de la autorización que podrá dar el órgano jurisdiccional al compañero permanente para la administración de los bienes pertenecientes al desaparecido forzosamente, siendo obligación del estado poner todos los medios para encontrar a la persona y garantizar el derecho a la información de la familia, propendiendo por la inclusión de la pareja homosexual dentro de este sustantivo; Ley 599 de 2000 (Código Penal) en lo referente a la inclusión, en los términos compañero permanente y tipificaciones relativas a la familia, de las parejas homosexuales en la circunstancias para: Prescindir de la pena sobre un tipo culposo que recaiga sobre el compañero permanente; Agravar punitivamente la pena por la relación afectiva existente en la unión marital de hecho donde uno sea el sujeto pasivo de la conducta delictual a manos de su compañero como sujeto activo; Incluir dentro de la tipificación de la violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria, malversación y dilapidación de bienes familiares y amenaza a testigo a individuos dentro de una pareja homosexual. Sosteniendo el principio de legalidad necesario para las actuaciones penales; Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) con el fin de insertar a las parejas del mismo sexo dentro del conflicto de intereses que da lugar al impedimento en un servidor público cuando los intereses de su compañero permanente se ven

involucrado en la actuación administrativa a adelantar; En la exoneración del deber de formular quejas respecto al compañero permanente; Y en las causales de impedimento o recusación; Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) en lo referente a la aplicación extensiva a parejas homosexuales del derecho a no incriminar al compañero permanente; Ley 923 de 2004 en lo relativo a la asignación de pensiones de supervivencia a parejas homosexuales, solicitando la inclusión dentro del orden de prelación al nivel de compañeros permanentes en lo relativo al régimen pensional de la fuerza pública; Ley 971 de 2005 en lo que atañe al derecho de los familiares, incluidos los compañeros permanentes, a la recepción inmediata del cadáver y a conocer el contenido de las actuaciones en pro de encontrar al desaparecido y su aplicación extensiva a las parejas del mismo sexo; Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia, Paz y Reparación) en cuanto a que se amplíe su cobertura a compañeros permanentes homosexuales en lo referente a: El reconocimiento como víctimas, el derecho a la verdad, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y garantías de no repetición y medidas para facilitar el acceso a los archivos; Ley 986 de 2005, en la cual se establecen medidas de protección a favor de las víctimas del secuestro y sus familias, en lo que referencia al reconocimiento de víctimas y al derecho que acude a los compañeros permanentes en cuanto a la administración de los bienes del secuestrado, solicitando su extensión a parejas homosexuales; Ley 1148 de 2007 establece los impedimentos de compañeros permanentes de gobernadores, diputados, alcaldes y concejales a ejercer cargos directivos o de control en entidades del sector central o descentralizadas del correspondiente departamento o municipio, solicitando su aplicación a las uniones permanentes en los homosexuales; Ley 1152 de 2007 en lo relativo a la inclusión de las parejas del mismo sexo dentro de las reformas establecidas al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural(Incoder) y la expedición del Estatuto de Desarrollo Rural al establecer beneficios y subsidios a favor de los compañeros permanentes como unidad agrícola familiar (UAF) para la adquisición de predios y los impedimentos de beneficiarse doblemente del marco legal; Y la ley 1153 de 2007 por medio de la posibilidad de exención de la sanción

penal en las contravenciones culposas cuando estas tengan como sujeto pasivo al compañero permanente de quien comete la conducta contravencional.

Consideran los accionantes que las disposiciones demandadas plantean un sin número de cargas y beneficios a favor de las parejas heterosexuales que, de acuerdo a las finalidades de las mismas, no admiten un análisis teleológico excluyente de las parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que los supuestos de hecho regulados en los apartes interpretados como inconstitucionales por los demandantes surgen de la relación de afecto y solidaridad que yace en los compañeros permanentes, realidad que no es esquiva o ajena a las parejas del mismo sexo. Su inconstitucionalidad se soporta en el desarrollo jurisprudencial hecho por el máximo tribunal constitucional al establecer un precedente vinculante en la utilización de la diversidad sexual como un criterio sospechoso al momento de dar un trato diferenciado en donde no se ve menoscabado el espíritu de protección de la norma específica.

La demanda se ve enriquecida por intervenciones de ciudadanos, organizaciones privadas de carácter nacional e internacional y entidades públicas que en su mayoría soportan y argumentan a favor de las pretensiones demandadas sea por considerar que la materia ya ha sido resuelta por la interpretación establecida en la jurisprudencia constitucional o por buscar la reivindicación de una minoría discriminada por una omisión legislativa inconstitucional. Solo una par de intervenciones aducidas por los ministerios públicos aducen la declaratoria de exequibilidad en virtud de la definición restrictiva, establecida en la carta magna, de familia y a la usurpación de potestades legislativas.

Considera la corte que se imposibilita un fallo generalizado pues las diferencias entre las parejas homosexuales y heterosexuales se hace plasma en la naturaleza de ambas, siendo necesario un análisis pormenorizado y minucioso de cada caso, aludiendo a las circunstancias que se asemejan entre ambos tipos de pareja como etapa inicial del proceso para posteriormente identificar si se justifica, de acuerdo a los fines, razones y ámbitos de protección de las normas, un trato diferenciado. Se inhibe el máximo tribunal constitucional en decidir de fondo frente a los apartes

demandados relativos a la familia por no constituirse argumentos por parte de los demandantes que cuestionen la inclusión de las parejas homosexuales dentro del núcleo de protección especial establecido, dentro del artículo 42 de la carta política, a la familia como fundamento del esquema social, aclarando que eso no impide la integración de la unidad normativa al respecto del término que busque llenar un déficit de protección establecido en el ámbito de validez subjetivo de la norma, mientras no se vea comprometida el trato diferenciado establecido por el constituyente en virtud de situaciones no asimilables entre ambos tipos de parejas. Aclara la corte que aunque ciertos apartes de leyes y decretos demandados se encuentran amparados bajo la inmutabilidad de la cosa juzgada no se obstaculiza un pronunciamiento de fondo teniendo en cuenta que se materializa la cosa juzgada relativa, como excepción de la inmutabilidad jurisprudencial, por basarse el examen de constitucionalidad en argumentos de la carta bajo los cuales no había sido tomada en cuenta la exequibilidad de la norma en armonía con la constitución como norma primada del ordenamiento colombiano; Y por sobrevenir un cambio jurídico y social suficiente que amerite, en casos excepcionalísimos, la revisión de una regulación que ya había sido objeto de control constitucional de oficio, dentro del trámite legislativo, o rogada. Indica la corte que en materia de alimentos, seguridad social y en lo referente al régimen de salud y pensiones, opera la cosa juzgada en lo atinente a las parejas del mismo sexo por existir referencias expresas en la jurisprudencia al respecto. Declara, de acuerdo al margen establecido dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la exequibilidad condicionada de todas las menciones demandadas que hacían referencia a los compañeros permanentes extensivas a las parejas del mismo sexo, manteniéndolas en el mismo régimen que las uniones maritales de hecho heterosexuales al respecto, sin equiparar la misma al matrimonio como acto solemne, susceptible de mayores beneficios dentro del marco legal preestablecido.

La sentencia da lugar a un salvamento de voto por parte del Magistrado Jaime Araujo Rentería en lo referente a su disidencia con el concepto restrictivo de familia establecido en la interpretación hecha por la sala del concepto de familia,

aludiendo a que debe de incluir dentro su ámbito de protección a las parejas del mismo sexo.

El fallo C-802 de 2009 versa sobre una demanda de inconstitucionalidad impetrada contra la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) en su artículo 68 solicitando que por medio de un fallo modulativo se reconozca la posibilidad de los compañeros permanentes homosexuales a la adopción, sustentado en el cambio jurisprudencial que ha dado la corte constitucional en materia de derechos de los homosexuales y en el reconocimiento que debe hacerse, dentro del marco de las diferentes familias reconocidas constitucionalmente, a las parejas del mismo sexo como núcleo básico de la sociedad en pro de garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos de los homosexuales, como posibles adoptantes, y de los menores en relación con su derecho a tener una familia.

Intervienen en la sentencia ciudadanos, entidades públicas y privados, de corte nacional e internacional, e instituciones académicas soportando, en su mayoría, la declaratoria de exequibilidad condicionada de los apartes demandados a una interpretación inclusiva de las parejas homosexuales, fundamentados en argumentos vivenciales, de algunos de los intervinientes, jurídicos y psicológicos consistentes en: Demostrar de forma empírica que las padres homosexuales son una realidad latente en nuestra sociedad y no se vislumbrado afectación considerable en cuanto a la discriminación que podría atentar contra el interés superior del menor; Indicar que de acuerdo al marco jurídico nacional no existen prohibiciones expresas frente a la adopción homoparental, considerando la aplicación de la orientación sexual como un criterio sospechoso discriminatorio en cuanto a la idoneidad del adoptante resultando en disposiciones violatorias contra el derecho a la vida digna en concordancia con el despliegue del libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, teniendo en cuenta que en el marco internacional se alienta y condena a los estados en pro de la eliminación de disposiciones que establezcan la orientación sexual como un elemento generador de un trato diferenciado infundado; Probando por medio de estudios psicológicos

internacionales que la paternidad no está ligada al desarrollo de la identidad sexual del menor y que los hijos de familias homoparentales no presentan diferencias en cuanto al desarrollo cognoscitivo y psico-emocional; Sosteniendo lo incoherente que es rechazar la modificación interpretativa de una disposición discriminatoria por la discriminación que pueda generar; Arguyendo que el interés superior del menor se encuentra supeditado a una definición de acuerdo al caso en particular, siendo posiblemente mejores las condiciones ofrecidas por una familia homoparental para un óptimo desarrollo en un menor frente los hogares administrados por el ejecutivo a favor de los niños abandonados y maltratados.

Las intervenciones disidentes sustentaban su argumentación en: El concepto de familia establecido dentro de la constitución, por una interpretación literal e histórica, como heterosexual y monogámica; El interés superior del menor al someterlo a discriminación por parte de la sociedad por la orientación sexual de los adoptantes o abusos por parte de los mismos debido a la tendencia a las psicopatologías en esta población, según el concepto rendido por la universidad autónoma de Bucaramanga; La no posibilidad de aplicación analógica de los estudios psicológicos hechos en contextos nacionales diferentes al nuestro debido a los rasgos distintivos en la idiosincrasia colombiana, mencionando el machismo y la arraigada moral religiosa entre otros; Y la afectación psicológica, que sostiene un sector alternativo de la doctrina, que implica la inexistencia de un rol masculino y femenino en el desarrollo mental del menor, desacreditando los estudios que propenden a la viabilidad de la adopción homoparental por su metodología.

La corte constitucional profiere un fallo inhibitorio debido a la ineptitud sustantiva de la demanda al no incluir dentro de los apartes a examinar constitucionalmente toda la normatividad relativa a la adopción por parte de compañeros permanentes, planteando el régimen jurídico al respecto diferentes supuestos de hecho cuyo análisis implica pronunciamientos de fondo en conjunto para garantizar que los efectos de la sentencia no sean inocuos y que se respete el debido proceso constitucional al permitir la intervención de interesados u obligados a rendir concepto en lo referente a la normatividad que se vería afectada

con un fallo modulativo. Arguyendo la inaplicabilidad de la integración de la unidad normativa en que el marco legal no demandado no conforma una reproducción de las normas acusadas por la parte actora sino un establecimiento de supuestos fácticos con implicaciones distintas.

La última sentencia traída a colación es la C-577 de 2011 por medio de la cual se demanda: El artículo 113 del código civil el cual establece el matrimonio como aquel conformado por un “hombre” y una “mujer”, solicitando que dicha interpretación se haga extensiva a las parejas del mismo sexo eliminando la procreación como uno de sus fines; Y las definiciones de familia dadas por la ley 294 de 1996 y 1361 de 2009 de acuerdo a su interpretación excluyente de las parejas homosexuales.

La corte declara exequible el aparte demandado del código civil bajo el precepto que enmarca a este vínculo contractual supeditado a la unión heterosexual por voluntad expresa del legislador sin desconocer el déficit de protección existente al respecto en las parejas homosexuales, exhortando al legislador, dentro de un marco temporal definido, a expedir normas que regulen el vínculo contractual de las parejas del mismo sexo so pena de aplicación a esta minoría de la regulación existente para las parejas heterosexuales al vencimiento del término de 2 años.

Considera el heraldo constitucional que el concepto de familia establecido en la carta política no es excluyente de formas distintas de conformación de vínculos familiares a la unión marital o matrimonio heterosexual monogámico ya que según la evolución del núcleo social referido y la maleabilidad del mismo, de acuerdo a cambios en la estructura de la sociedad, se permite reconocer en formas de de crear vínculos distintas la coincidencia con el objeto enmarcado constitucionalmente bajo el amparo de los diferentes supuestos o hipótesis consagrados en el artículo 42 de la carta magna. Aclarando que en concordancia con esta interpretación, disidente al precedente establecido por el ente judicial al respecto de la familia como heterosexual y monogámica, se hace extensiva la aplicación a las parejas homosexuales debido a que comparten la predicación de afecto, respeto y solidaridad reconocida en las uniones heterosexuales.

De la anterior se infiere que de acuerdo a una interpretación acorde con los estándares actuales, se reconoce un régimen no solo patrimonial sino humano con derechos de carácter económicos y morales a las parejas homosexuales.

Surtido el análisis jurisprudencial, es pertinente continuar hacia la adopción de parejas homoparentales, aplicable bien sea a la adopción de niños en situación de abandono (artículo 61 y siguientes de la ley 1098 de 2006) o aquella denominada consentida consagrada en los artículo 66 y 68 del código de la infancia y adolescencia.

No es oportuno separar ambos supuestos fácticos ya que según la doctrina al respecto en la adopción, por mas que se estén materializando los derechos del adoptante a tener una familia como núcleo de la sociedad en virtud del artículo 42 de la carta política y los ya mencionados anteriormente como el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad ante la ley resultando en el derecho a no ser discriminado por la orientación sexual, bien sea de forma consentida o conjunta, el núcleo de la figura jurídica creadora de relaciones de parentesco reside primordialmente en la materialización de los derechos fundamentales del menor sujeto a la adopción, a saber: El derecho a la vida en condiciones óptimas para garantizar el desarrollo adecuado del menor, estableciendo a la familia como pilar fundamental de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la legislación nacional(artículo 1 de la ley 1098 de 2006); En nuestra constitución en virtud del artículo 44 donde se establece el derecho de los sujetos pasivos de la norma específica a tener una familia; Y en la internacional, en la Convención de los derechos del niño, tratado internacional ratificado por Colombia(en su preámbulos y artículos iniciales que establecen principios rectores en el comportamiento que debe tener el estado).

Tomando como base lo anterior es necesario recalcar que el articulado de nuestra Constitución Política, más específicamente lo establecido en los Artículos 13 y 44, se da un interés superior y más imperioso constitucionalmente a los derechos de aquellos que requieran especial protección del estado debido a su incapacidad o estado de inferioridad, materializado en virtud del segundo artículo mencionado en

los menores de edad. Es imperante mencionar que el código de la infancia y la adolescencia establece, de manera expresa, como criterios interpretativos en la aplicación al ámbito regulado por la ley la preponderancia de lo establecido en sí mismo, con respecto a derechos de igual o menor rango constitucional (artículos 8 y 9). De lo expresado surge entonces la innegable conclusión que por mandato legal, constitucional y doctrinario prima el derecho del menor adoptable sobre el del posible adoptante.

Mediante el concepto 5926 del 17 de mayo de 2011 expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar(ICBF) se establece que no es procedente, de acuerdo a los parámetros constitucionales textuales y al desarrollo interpretativo de la corte constitucional, establecer la pregunta sobre la orientación sexual dentro del Lineamiento Técnico del Programa de adopciones, como regulador de las calidades necesarias para acceder de la institución jurídica creadora del parentesco civil, por referirse a criterios discriminatorios amparados bajo el peso de la carta política constitutivos del desarrollo de la vida digna en conexidad con el libre desarrollo de la personalidad y circunscritos al ámbito privado del ser humano.

A raíz del análisis holístico del marco legal y jurisprudencial se establece que el último paso a dar por el activismo legislativo de la Corte Constitucional al interpretar la carta política es reconocer la adopción homoparental. Teniendo en cuenta que tal modelo de familia ya ha sido investigado por asociaciones médicas en el mundo como la APA (American Psychological Association) demostrando que la orientación sexual no es un factor incidente en la efectividad parental o en la creación de un ambiente propicio para el desarrollo de un menor (APA) o en el contexto nacional, los conceptos solicitados por la Corte Constitucional en desarrollo de la sentencia al respecto de la constitucionalidad de la adopción simple por parte de los homosexuales (C-802, 2009) en los cuales Instituciones Educativas como la Universidad de los Andes y la Universidad Nacional, desde sus facultades de psicología, afirmaron las mismas conclusiones que la asociación norteamericana.

1.3. Marco Internacional

7 países condenan los actos homosexuales con la pena de muerte⁹; 69 condenan estos comportamientos con penas privativas de la libertad o sanciones económicas¹⁰ (Violence Against LGBT, 2011); 129 naciones reconocen la homosexualidad masculina y femenina como legal¹¹ y 24 solo lo hacen en mujeres¹²; 34 países reconocen legalmente las uniones homosexuales¹³; 12 reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁴ (Legislación Sobre la Homosexualidad en el Mundo, 2011); ; Y tan solo un porción de estos últimos aceptan la adopción por parte de los homosexuales como pareja.

⁹ Irán, Mauritania, Arabia Saudita, Sudan, Yemen y algunas partes de Nigeria, Gambia y Somalia.

¹⁰Algeria, Angola, Botswana, Burundi, Cameroon, Comoros, Egipto, Eritrea, Etiopia, Gambia, Ghana, Guinea, Kenia, Lesoto, Liberia, Libia, Malawi, Marruecos, Namibia, Nigeria, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudán del sur, Suazilandia, Tanzania, Togo, Tunes, Uganda, Zambia, Zimbabue, Afganistán, Bangladesh, Bután, Brunei, Burma, Kuwait, Líbano, Malasia, Maldivas, Omán, Pakistán, Qatar, Singapur, Siria, Turkmenistán, Emiratos Árabes Unidos, Uzbekistán, Franja de Gaza bajo autoridad Palestina, República Turca de Chipre del Norte (Sin reconocimiento internacional), Corea del Norte, Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, Kiribati, Nauru, Palaos, Papúa Nueva Guinea, Samoa, Islas Salomón, Tonga, Tuvalu e Islas Cook.

¹¹ Benín, Burkina Faso, Cabo Verde, Costa de Marfil, Guinea-Bissau, Mali, Níger, República Centroafricana, Chad, República Democrática del Congo, Guinea Ecuatorial, Gabón, República del Congo, Madagascar, Mozambique, Ruanda, Sudáfrica, Bermudas, Canadá, México, Estados Unidos, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Anguila, Aruba, Bahamas, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Cuba, República Dominicana, Haití, Montserrat, Puerto Rico, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana Francesa, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay, Venezuela, Kazajistán, Kirguistán, Tayikistán, Iraq, Israel, India, Nepal, China, Japón, Mongolia, Corea del Sur, Taiwán, Camboya, Timor Oriental, Indonesia (Excepto para Musulmanes en la provincia de Aceh), Laos, Filipinas, Tailandia, Vietnam, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Groenlandia, Islandia, Irlanda, Isla de Man, Letonia, Lituania, Noruega, Suecia, Reino Unido, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Mónaco, Países Bajos, Austria, Croacia, República Checa, Alemania, Hungría, Liechtenstein, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia, Serbia, Suiza, Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Georgia, Macedonia, Moldavia, Montenegro, Rumania, Rusia, Turquía, Ucrania, Andorra, Chipre, Gibraltar, Grecia, Italia, Malta, Portugal, San Marino, España, Ciudad del Vaticano, Australia, Nueva Zelanda, Fiyi, Vanuatu, Estados Federados de Micronesia, Islas Marshall, Isla de Pascua, Niue y Tokelau.

¹² Ghana, Nigeria (Solo en regiones que no están bajo Sharia) , Sierra Leona, Kenia, Malawi, Seychelles, Zambia, Zimbabue, Lesoto, Suazilandia, Belice, Granada, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, Guyana, Turkmenistán, Uzbekistán, Singapur, Kiribati, Nauru, Islas Cook, Tonga y Tuvalu.

¹³ Sudáfrica, Canadá, México(Coahuila), Estados Unidos (algunos Estados), Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana Francesa, Uruguay, Israel, Dinamarca, Finlandia, Groenlandia, Islandia, Noruega, Suecia, Reino Unido, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Croacia, República Checa, Alemania, Hungría, Eslovenia, Suiza, Andorra, Portugal, España, Australia y Nueva Zelanda.

¹⁴ Sudáfrica, Canadá, México(Ciudad de México), Estados Unidos (algunos Estados), Argentina, Islandia, Noruega, Suecia, Bélgica, Países Bajos, Portugal y España.

En el contexto de la Organización de Naciones Unidas (ONU) se hace referencia dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a que:

“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Indica el organismo multilateral, por medio de la relación explicitada en los Principios de Yogyakarta, que los homosexuales se encuentran protegidos dentro de los genéricos “de cualquier otra índole” y “cualquier otra condición” consagrados en la mencionada declaración.

Los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, presentados en el Consejo de Derechos Humanos en Ginebra el 26 de Marzo de 2007 y elaborados a partir de una petición de Lousie Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008), por un panel de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género, comprenden 29 principios que consagran derechos, con acciones correlativas de los estados para su protección, un preámbulo y recomendaciones adicionales para garantizar su ejecución y aplicación en los instrumentos internacionales vinculantes a los estados y organismos multilaterales. En el preámbulo se reconoce la discriminación mundial e histórica a causa de la orientación sexual o la identidad de género, recalcando la importancia de las violaciones sobre esta minoría dentro del marco de la protección de los derechos humanos, posteriormente consignando los siguientes derechos a favor de esta población marginada y estigmatizada: Derecho al disfrute universal de los derechos humanos; Los derechos a la igualdad y a la no discriminación; Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, bajo la premisa que la orientación sexual e identidad de género hacen parte del núcleo de la autodeterminación, dignidad y libertad; Derecho a la vida en relación con la no imposición de pena de muerte por los factores protegidos en el texto; Derecho a la

seguridad personal; Derecho a la privacidad; Derecho a no ser detenido arbitrariamente; Derecho a un juicio justo independientemente de su opción sexual; Derecho a ser tratado humanamente al ser privado de la libertad sin consideración de su calidad sexual ; Derecho a no estar sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes por su condición; Derecho a la protección contra las formas de explotación, venta y trata de personas; Derecho al trabajo; Derecho a la protección social; Derecho a un nivel de vida adecuado; Derecho a una vivienda adecuada; Derecho a la educación; Derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible; Protección contra abusos médicos y psicológicos relativos a la orientación sexual o identidad de género; Derecho a la libertad de opinión y expresión; Derecho a la libertad de reunión y asociación pacífica; Derecho a la libertad de pensamientos, conciencia y religión; Derecho a la libertad de locomoción en razón de restringir la entrada a un estado de personas con una opción sexual diversa; Derecho a obtener asilo en cualquier estado en caso de persecución por la orientación sexual e identidad de género; Derecho a formar una familia, facilitando los estados a que esta se conforme a través de diferentes hipótesis, incluyendo la adopción y inseminación asistida, por parte de las personas de opción sexual disidente; Derecho a participar en la vida pública; Derecho a participar en la vida cultural; Derecho a promover los derechos humanos de esta población; Derecho a recursos y resarcimientos efectivos; Derecho a que se configure violación penal en relación con los derechos consignados en este texto.

Estos principios establecen una doctrina relevante al prestarse como un instrumento interpretativo para las entidades internacionales con poder judicial al respecto de los derechos humanos, mas no conforman un vehículo coercitivo que, desde los organismos multilaterales, pueda restringir los comportamientos estatales internos al respecto de la comunidad LGBTI. Planteando la necesidad de una agenda al respecto de los derechos de esta población adentro de los organismos internacionales de estados propendiendo a la expedición de material legislativo vinculante a las naciones miembros.

La llamada “Resolución Brasileña”, que fue presentada al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en el 2003, establecía: Una profunda preocupación por las violaciones a los derechos humanos en relación con la orientación sexual a nivel mundial; Indicando que no se justifica la violación a los derechos fundamentales y a su desarrollo y disfrute en relación a la condición y orientación sexual; Llamando a los estados a la protección y promoción de los derechos humanos independientemente de la orientación sexual; Exhortando a los organismos internacionales a trabajar en pro de eliminar las discriminaciones a esta población minoritaria. Aunque la resolución fue apoyada por 20¹⁵ países su discusión fue postergada debido a la creencia de que no iba a pasar el voto aprobatorio por mayoría dentro de la Asamblea General.

La declaración de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género presentada ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008 por iniciativa francesa y de los Países Bajos, con el respaldo de la unión europea, buscaba la condena de todo tipo de trato degradante o violento y privaciones de derechos basados en la orientación sexual e identidad de género, por medio de una resolución internacional que fue respaldado por 66¹⁶ de los 192 países miembros de las Naciones Unidas. Esta resolución generó otra con intereses opuestos promovida por los países árabes sosteniendo que la materia de la legislación relativa a este grupo competía únicamente a regulación interna de la nación, respaldada por 57 naciones¹⁷. Ambas declaraciones, al no poder ser

¹⁵ Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Portugal, España, Suecia y el Reino Unido.

¹⁶ Cabo Verde, República Centroafricana, Gabón, Guinea-Bissau, Mauricio, Santo Tomé y Príncipe, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba Ecuador, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Armenia, Georgia, Israel, Japón, Nepal, Timor Oriental, Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, República de Macedonia, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda.

¹⁷ Argelia, Benín, Camerún, Chad, Comoras, Costa de Marfil, Yibuti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gambia, Guinea, Kenia, Libia, Malawi, Mali, Mauritania, Marruecos, Níger, Nigeria, Ruanda, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Suazilandia, Tanzania, Togo, Túnez, Uganda, Zimbabue, Santa Lucía, Afganistán, Baréin, Bangladesh, Brunéi, Indonesia, Irán, Irak, Jordania, Kazajistán, Kuwait, Líbano, Malasia, Maldivas, Corea del Norte, Omán, Pakistán, Catar, Arabia Saudita, Siria, Tayikistán, Turkmenistán, Emiratos Árabes Unidos, Yemen, Fiyi e Islas Salomón.

aceptadas como resolución, permanecen abiertas a firmas por parte de los estados que no se han adherido a ninguna de las propuestas.

La resolución SOGI del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, propuesta por Sudáfrica, del 17 de Junio de 2011 es la más reciente declaración del organismo multilateral por medio de la cual: Reconociendo la importancia de los derechos humanos y la labor del Consejo de derechos humanos de promover la protección y respeto hacia estas garantías fundamentales; Expresando una profunda preocupación frente a los actos de violencia y discriminación cometidos alrededor del mundo por causa de la orientación sexual y la identidad de género; Se solicita al Alto Comisionado de las Naciones Unidas comisionar un estudio, a terminarse en diciembre de 2011, sobre las leyes discriminatorias y prácticas violentas en contra de individuos en razón de su condición u opción sexual en todas las regiones del mundo, expresando como el derecho internacional puede ser utilizado como instrumento para reducir los actos y leyes segregacionistas y prejuiciosas.

En el contexto de la Organización de Estados Americanos (OEA) se apoya la no discriminación contra personas de orientación o calidad sexual diversa en el marco del Pacto de San José de Costa Rica al manifestar en su artículo 24 que:

"todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

A nivel de jurisprudencia internacional el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas trae a colación la decisión "Toonen Vs. Australia" del 31 de marzo de 1994 en la cual, por primera vez en el precedente del tribunal, se establece que la orientación sexual per se conforma un estatus que debe ser protegido contra la discriminación, tutelando el derecho a la igualdad invocado por el accionante en contra del estado opositor.

El fallo "Young Vs. Australia" del mismo comité, desarrolla el concepto de igualdad de derechos de las parejas homosexuales frente a las de diferente sexo a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de forma

deductiva por medio del caso que solicita el reconocimiento de pensión de supervivencia en una pareja del mismo sexo, indicando que tal discriminación por razón de la orientación sexual carecía de fundamento en el marco jurídico internacional. Aclarando que no toda diferenciación equivale a una discriminación prohibida por el pacto, debiendo ser el trato desemejante basado en criterios razonables y objetivos que justifiquen la distinción.

El tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido una línea interpretativa que establece que la protección a la familia no justifica el trato discriminatorio contra las parejas homosexuales, evidenciada en casos como: E.B.Vs.Francia Corte Europea de Derechos Humanos (Strasbourg, 22 de enero de 2008) en el cual se establece que el interés superior de un menor estaba mejor protegido incluyendo a ambos individuos pertenecientes a la pareja homosexual como padres de una menor; Y el caso Dudgeon Vs. El Reino Unido al declarar que se violaba la privacidad, intimidad e igualdad del demandante al removerle la custodia de su hija por su orientación sexual y por convivir con otro hombre.

Sentencias de jurisprudencia interna de países como Estados Unidos y Sudáfrica sostienen la tesis de la viabilidad de la adopción homoparental en relación con el derecho a la familia y a la igualdad, evidenciado en casos como: Supreme Court of Iowa. Supreme Court Case No. 07-1499. Estados Unidos; Supreme Court of Arkansas. Department of Human Services and Child Welfare Agency Review Board; Circuit Court the sixteenth judicial circuit in and for Monroe County, Florida. Juvenile Division. Adoption of John Doe; Circuit Court the sixteenth judicial circuit in and for Monroe County, Florida. Juvenile Division. Adoption of John Doe. Constitucional Court of South Africa. Suzanne Du Toit versus The Minister for welfare and population development.

1.4. Metodología del Estudio de Caso

Existe una pugna intelectual por parte de 2 sectores de la doctrina entre la validez en la utilización de métodos cualitativos por encima de los métodos cuantitativos para el análisis de fenómenos sociales. La validez de los primeros ha sido profundamente cuestionada debido a la carencia de fiabilidad y rigor científico, argumentos revocados por investigadores como Robert Yin que han demostrado que la validez de las investigaciones yace en las sistematizaciones de los temas estudiados por medio de metodologías que permitan una categorización delimitada y clara de los conocimientos, dando acceso tangible y útil a la investigación y sus resultantes. Un sistema cualitativo es el que abre las puertas, es el vanguardista que analiza y estudia el campo (fase heurística o exploratoria), mientras el cualitativo se ocupa de una fase confirmatoria.

Es posible inferir de tales funciones que ambos tienen finalidades distintas, a lo que nos atañe basta con corroborar que solo podemos utilizar el método cualitativo debido a la naturaleza del caso a estudiar y los fenómenos escogidos como unidades de análisis. Es un estudio de único caso de fenómenos no cuantificables por sus características. Este tipo de método nos permite una generalización analítica por encima de estadística, no se pretende identificar un comportamiento en su potencial universalidad sino ilustrar y representar una teoría, generalizable desde su aplicación factual a casos similares planteando una adquisición inductiva del conocimiento.

El método específico escogido fue el estudio de caso ya que su relevancia, según Yin, esta circunscrita al análisis de fenómenos contemporáneos, cuyas fronteras con el contexto no son evidentes y su información se obtiene de múltiples fuentes. Este método, utilizado y estudiado ampliamente por las corrientes anglosajonas, es apropiado por autores de corrientes sociológicas, apartándose temáticamente de su fuente original en contextos médicos y patológicos como historia de caso,

con la llegada del siglo XX. Max Weber es uno de los exponentes con su obra “La Ética Protestante y El Espíritu del Capitalismo”, al analizar las relaciones entre tal religión y la economía en occidente.

Yin define el estudio de caso como “[...] una estrategia de investigación que comprende todos los métodos con la lógica de la incorporación en el diseño de aproximaciones específicas para la recolección de datos y el análisis de estos” (Yin, 2003).

Es necesario recalcar que el término sujeto a definición establece que no se hace referencia a una técnica de conseguir información sino a la forma de organizarla para analizarla desde aproximaciones específicas denominadas unidades de análisis.

La validez y la fiabilidad de estos estudios están sujetas a ciertos requisitos, divididos en 3 (Arzaluz Solano) o 4 (Yin, 2003) aspectos según diferentes sectores doctrinarios, a evaluar en la definición del protocolo investigativo y de recolección de datos. Teniendo en cuenta que las 2 últimos puntos a tomar pueden ser unificados desde los resultantes pero no desde su parte pragmática y tangible. Los ítems propuestos son los siguientes:

1. Validez de las construcciones conceptuales (Construct Validity): Consta del establecimiento de medidas operativas que puedan garantizar el valor de los objetos estudiados por medio del control sobre los sistemas de obtención, implicando la utilización de pluralidad de fuentes y manteniendo una estricta cadena de evidencia para garantizar su veracidad inmaculada.
2. Validez Interna (Internal Validity): Establece las relaciones causales del tema sujeto de estudio, requiriendo el contexto necesario para establecer su origen y ofreciendo el marco temático inmerso en la realidad por medio de la utilización de modelos lógicos.

3. Validez Externa (External Validity): Implica el reconocimiento de una aplicación generalizada analítica, no estadística, del caso por medio de la identificación de rasgos similares.
4. Fiabilidad (Reliability): Se presenta en conformidad con los protocolos de investigación y recolección de datos para la replicación o repetición del mismo.

Los elementos de validez y fiabilidad se ven intervenidos por el tipo de caso a estudiar, bien sea desde su característica singular o múltiple o desde las cualidades específicas del mismo.

El caso de sujeto a investigación es clasificado como extremo y desviado (Seawright), por sus intereses exploratorios y posible aplicación a otros casos por creación de un precedente jurisprudencial vinculante. Yin sostiene tal clasificación desde su característica singular añadiendo otras categorizaciones al respecto, estas se subdividen en casos exploratorios, explicativos y descriptivos. El análisis a impartir incluye las 3 naturalezas en sus planteamientos y desarrollos investigativos ya que su estructura responde a las dimensiones expuestas: Se busca explicar los procesos sociales y jurídicos que han desembocado en el caso estudiado, permitiendo su existencia fáctica y su susceptibilidad de regulación por su interferencia con derechos fundamentales; Describir el caso desde las unidades de análisis escogidas buscando la intervención de diferentes perspectivas; Y explorar las posibles conclusiones a raíz de una interpretación sistemática de los factores estudiados.

Yin propone una subdivisión más relativa a las unidades de análisis estudiadas: El caso puede ser holístico si toma en cuentas todos los aspectos relativos al fenómeno estudiado o incrustado si contiene unidades de análisis múltiples, delimitadas por un marco temático.

Según Yin, la búsqueda de respuestas en cuanto al qué, el cómo y el cuándo justifican el uso del estudio de caso por su capacidad de explorar ámbitos extraños a otras metodologías cuantitativas y cualitativas donde hay un enfoque en un tema contemporáneo y no se requiere control sobre los eventos sujetos al análisis. La creación del enfoque de estas preguntas y su desarrollo son la base de la investigación, implementadas en las tres etapas de un estudio de caso:

El primer paso consta del diseño del estudio de caso el cual es conformado por 5 ítems a desarrollar: 1) El desarrollo de las preguntas que se busca responder en el caso; 2) Las proposiciones o finalidades del estudio; 3) Definición de las unidades de análisis; 4) Determinar la lógica que unifica las proposiciones con el resto de los elementos; 5) Criterios de interpretación de los datos recopilados.

La segunda y tercera etapa responden a la recolección de los datos, según el diseño del estudio de caso, y a su posterior análisis:

Para la obtención de datos, de acuerdo al mismo autor, se requiere respetar o seguir 3 principios que son claves para la relevancia, validez y fiabilidad de la investigación. Estos principios hacen referencia a la triangulación o utilización de múltiples fuentes en la recopilación de los datos: la identificación de la literatura al respecto y el mantenimiento de la cadena de evidencia. Considerando de vital importancia la preservación inmaculada de la evidencia ya que sustenta la veracidad de las conclusiones.

Existen en la estructura de Yin 6 tipos de técnicas para la obtención de la información: Los documentos, los records de archivos, la entrevista, la observación directa, la observación participativa y los artefactos físicos. Cada técnica tiene fortalezas y debilidades que ayudan en la escogencia de los medios pertinentes sujeto al marco causal del caso y a la disponibilidad de los mismos.

En lo referente al método de análisis de la información se eliminan de plano los que conllevan a un examen comparativo debido a la singularidad en cuanto al número de casos a estudiar. Por lo cual se propone soportarse en las proposiciones teóricas y desarrollar una descripción de caso, utilizando 2 de los

métodos planteados por Yin. Generando un reporte de estructura linear analítica (Yin, 2003): Estableciendo el contexto del caso estudiado, el desarrollo del estudio de caso de acuerdo al diseño y la presentación de las conclusiones.

Elementos de Validez, Recolección de Datos, Diseño de Caso y Estructura del Reporte

De acuerdo a lo expuesto anteriormente se torna necesario realizar un estudio minucioso de la validez del caso escogido y los métodos disponibles y pertinentes para la recolección de datos.

De las técnicas para la obtención de información se recurrirán a fuentes documentales y la entrevista debido a que son las únicas disponibles y pertinentes para la investigación, desarrollando entonces la validez de las construcciones conceptuales por medio de la utilización de múltiples fuentes dentro la lista de técnicas y documentos, estableciendo una cadena causal de la su producción para mantener su característica inmaculada, protegiendo su contenido de acuerdo a la concordancia con el sujetos emisores.

La validez interna se implementará en la descripción del contexto jurídico, social e internacional del caso, estableciendo modelos lógicos y causales que desembocan en el caso a estudiar.

En cuanto a la validez externa es necesario recordar que está sujeta a la generalización analítica donde la identificación de características genéricas puede resultar en conclusiones similares, entendiendo que las unidades de análisis escogidas reposan sobre elementos fácticos específicos.

La fiabilidad estará atada al recorrido del diseño de caso en lo referente a protocolos investigativos tangibles que permitan la réplica.

El diseño del estudio de caso a desarrollar es el siguiente:

1. Preguntas:

1.1 Cuál es el desarrollo histórico, jurídico y social de la homosexualidad y la adopción homoparental?

1.2 Cómo es la historia procesal y fáctica del caso?

1.3 Cuáles son los elementos jurídicos, doctrinarios y sociales relevantes en el caso?

2. Propositiones:

2.1. General: Analizar mediante el estudio de caso la viabilidad de la adopción homoparental en Colombia.

2.2. Específicas:

2.2.1. Establecer una línea jurisprudencial al respecto de los derechos de los homosexuales en los fallos de la Corte Constitucional Colombiana para garantizar una interpretación holística.

2.2.2. Analizar los elementos jurídicos, doctrinarios y fácticos de la demanda y las intervenciones en el proceso.

2.2.3. Recopilar intervenciones periodísticas de un medio de prensa escrito influyente en el contexto nacional como reflejo del posicionamiento del tema en la sociedad.

3. Unidades de análisis:

3.1 Historia Procesal

3.2 Elementos fácticos, jurídicos, doctrinarios y sociales de la demanda.

3.3 Aplicación del Litigio Estratégico

3.4 Sentencia

4. La lógica que vincula las proposiciones con el estudio de caso está hilada por medio de un marco temático referente a la homosexualidad, sus derechos y la adopción por parte de los mismos.
5. Los hallazgos serán interpretados a la luz de las proposiciones u objetivos planteados.

Capítulo II

2. Unidades de Análisis

2.1. Elementos fácticos y jurídicos de la demanda

La pareja accionante decide interponer una tutela basada en la violación cometida contra los derechos a la igualdad, debido proceso, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, buen nombre y honra por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hacia las demandantes y la hija biológica de una de ellas al negar la adopción consentida de la pareja de la madre de la menor mencionada, desatendiendo la especial protección que resulta de la materialización de los derechos de un menor por mandato constitucional expreso.

Las actoras aducen pruebas al respecto de la oficialización de su unión bajo la ley del “Lebenspartnerschafts” en Alemania, el primero de Julio de 2005, la cual determina los efectos legales de la unión de homosexuales, incluyendo bajo el aparte de legales lo relativo a lo patrimonial y a la solidaridad que las enlaza en virtud del afecto. Esta unión fue posteriormente reafirmada ante el notario sexto de Medellín por medio la escritura pública número 870 del 15 de marzo de 2008, en virtud de la sentencia C-075 de 2007 que extendió los efectos de las uniones maritales de hecho a parejas del mismo sexo. Previo a la constitución de la sociedad marital de hecho, fruto de la relación de afecto, respeto y apoyo en el desarrollo de objetivos comunes, deciden tener un hijo por medio de inseminación artificial en el país europeo donde se unieron legalmente por primera vez, antecedidas por un concepto favorable psicológico al respecto. De tal proceso médico nació su hija el 4 de febrero de 2008, con la cual las 2 accionantes componen una familia de facto reconocida por parientes, familiares y compañeros de trabajo.

En búsqueda de la legalización de la familia de hecho y en aumentar el margen de protección que recae sobre la menor, radican, ante la Defensoría Segunda del

ICBF en el municipio donde residen, la solicitud de adopción consentida. La institución encargada de la protección de los menores negó la solicitud a través del comunicado número 051120003800 aduciendo que la normatividad colombiana no reconocía las parejas homosexuales como adoptantes, siendo su orientación sexual la base de su respuesta en este sentido y aclarando que independientemente de la prohibición en la adopción por parte de parejas del mismo sexo, los compañeros permanentes requieren un periodo de convivencia superior a 2 años para acceder, dentro del marco legal establecido por el código de la infancia y adolescencia, a esta figura.

Clama el apoderado que la institución demandada no realizó un análisis de la situación de la menor, desconociendo el contexto específico al cual se debe atener según la interpretación del principio del interés superior del menor, por ende del debido proceso, y estudios respecto al desarrollo de un menor en el seno de familias homoparentales que manifiestan que no hay afectación psicológica o cognitiva en el desarrollo de niños adoptados por parejas del mismo sexo. Indican que el defensor de familia adscrito al caso hizo una valoración incorrecta de la prueba al afirmar que la unión no había superado los 2 años como requisito de aplicabilidad del margen legal mencionado.

Establecen en la demanda que el acto administrativo referido desconoce de plano los derechos de la menor con afectaciones patrimoniales, legales y afectivas para permitir su desarrollo adecuado en el vientre de una familia. Con la decisión negativa de la solicitud de adopción consentida por parte del ICBF la menor no adquiere derechos herenciales por parte de la pareja de su madre biológica; Pierde derecho a asistencia en materia de educación y salud, por medio de la afiliación sistema de seguridad social como beneficiaria en caso de imposibilidad de asistencia por parte de la madre biológica y en lo relativo a intervenir la adoptante en las decisiones sobre las materias mencionadas al otorgar autorizaciones; En caso de fallecer la madre biológica la menor no podría permanecer bajo la custodia de su otra madre de facto; Perdiendo derecho a

reclamar derechos patrimoniales al respecto de la pareja de su madre biológica por carencia de legitimidad jurídica en caso de separación.

Previo a la instauración de la tutela las 3 personas afectadas se sometieron a un examen psicológico por parte de la psicóloga Luz Alba Rico Bedoya, ex funcionaria del ICBF, solicitando un dictamen al respecto de la pertinencia de la adopción frente al caso en particular, en el cual las pruebas 16pf test de personalidad, Wartegg, como prueba proyectiva de la personalidad y otros, concluyeron que la adoptante era apta para llevar a cabo la adopción de la menor y que la menor comportaba un desarrollo psico-afectivo normal de acuerdo a su edad.

La petición de tutela impetrada sostiene su relevancia jurídica en la línea jurisprudencial al respecto de los derechos de los homosexuales de la corte constitucional, considerada como vinculante desde su labor interpretativa de la norma de normas al establecer un precedente, indicando que la distinción por la orientación sexual es un criterio sospechoso en el otorgamiento de un trato diferenciado al respecto de parejas de diferentes sexo. Violando la disposición administrativa motivo de la demanda los derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y vida digna de la pareja accionante.

Declaran que los derechos de la menor se ven afectados de igual manera en relación con su familia y según lo ya expresado, generando la decisión tomada por la entidad ejecutiva afectación de los derechos de las 3 personas involucradas. Aclaran que las demandantes mayores de edad y ciudadanas colombianas cumplieron a cabalidad con los requisitos establecidos dentro del artículo 68 de la ley 1098 de 1006, Código de la Infancia y la Adolescencia, para la figura de la adopción, siendo la orientación sexual el único criterio en la toma de la decisión.

Soportan las pretensiones en lo establecido en el marco internacional al respecto, remitido directamente al texto constitucional por medio del artículo 93 por la figura del bloque de constitucionalidad, donde la discriminación por orientación sexual está proscrita teniendo en cuenta, en lo referente a la adopción por parte de

parejas del mismo sexo, que no se encuentra probada la afectación del menor por la crianza por parte de una familia homoparental, siendo la homosexualidad una calidad, y no una enfermedad, que manifiesta una orientación disidente a la mayoritaria estadísticamente.

Se aducen al proceso las siguientes pruebas:

- 9 declaraciones extra juicio, presentadas ante notario público, aludiendo a que conocen a la pareja afectada, en calidad de amigos o parientes, hace varios años y que ambas actoras asumen los cuidados y obligaciones inherentes al establecimiento de una familia alrededor de la hija biológica de una de ellas, sosteniendo la idoneidad de la adoptante para el rol materno de la hija de su compañera.
- Fotocopia del registro civil de nacimiento de la menor.
- Informe de la psicóloga Alba Luz Rico, ex funcionaria del ICBF.
- Fotocopia de la escritura notarial bajo la cual se legalizó la unión marital de hecho de las accionantes en Colombia.
- La respuesta negativa del ICBF a la solicitud de adopción consentida.
- Certificado que da fe de la unión contraída en Alemania en el 2005.

2.2. Historia Procesal

La demanda de tutela es admitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Río Negro el 4 de noviembre de 2008 y procede a dar traslado a la entidad demandada la cual responde que dentro del marco de la constitución política la familia ha sido reconocida como monogámica y heterosexual, no habiendo referencias explícitas dentro de la jurisprudencia de la corte al respecto de los derechos de los homosexuales a la adopción por parte de estos. Bajo el entendido de que la adopción materializa a parte de derechos patrimoniales o prestacionales, el acceso a una familia, premisa que no cumplen las demandantes al constituir una pareja del mismo sexo. Constituyendo un vicio sustancial en la expresión del consentimiento para la adopción por la ilegalidad sobre la cual recae la solicitud, siendo innecesaria la prosecución y análisis del trámite establecido dentro del Código de la Infancia y la Adolescencia para la creación de vínculos civiles por carecer de capacidad para expresarlo. Sosteniendo que la existencia del vicio no permite un examen posterior del cual se deduzca un trato discriminatorio, resultando en que la inadmisión de la solicitud se da por incumplimiento de requisitos y no por faltas que aludan al debido proceso.

El ICBF soporta su argumentación al respecto de la interpretación restrictiva del concepto constitucional de familia sobre el concepto número 4726 del 25 de febrero de 2009 de la Procuraduría General de la Nación el cual dictamina el impedimento de las parejas de mismo sexo amparadas bajo la unión marital de hecho a adoptar menores. Argumentan que por fuera de los factores de fondo, existían otros medios jurídicos para la consecución de los fines pretendidos impidiendo la posibilidad, dentro del marco legal establecido para el mecanismo de de protección inmediata de los derechos humanos, de configurarse los requisitos para acceder a la figura de la tutela al denotar la inexistencia de un perjuicio grave que justifique la interposición de este instrumento frente a diferentes medios eficaces para impugnar el acto que dio lugar a la solicitud frente al juez constitucional.

Dentro del marco del decreto de pruebas al interior del proceso de tutela, el juez constitucional oficia a la Directora de Adopciones a Nivel Nacional del ICBF para que informe al respecto de cifras en cuanto a adopciones por parte de homosexuales, adopciones monoparentales y adopciones por parte de conyugues o compañeros permanentes de padres biológicos y solicitando aclaración al respecto de la homosexualidad como factor incidente en el desarrollo de un menor. La entidad respondió aludiendo a las cifras solicitadas y limitándose a aclarar que la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo no está contemplada dentro del régimen jurídico dado por la ley y la constitución.

Fue escuchada bajo juramento la psicóloga autora del concepto aducido por los demandantes en relación al desarrollo de la menor, respondiendo que, de acuerdo a las entrevistas y pruebas realizadas en la menor y sus madres, se demuestra un reconocimiento de ambas como figuras de autoridad y afecto, siendo estas figuras relevantes en el constructo de familia de la menor que no demuestra ningún tipo de alteración psicológica por el factor homosexual de sus madres; Reconociendo la existencia del vínculo de responsabilidad y afecto en la compañera permanente de la madre biológica y la capacidad de la misma, en términos mentales y económicos, de asumir el rol parental; Denotando la existencia de un ambiente sano en el desarrollo de la menor, alejado de la promiscuidad y no constituyente de alteraciones de odio hacia los seres humanos de género masculino; Y que el consentimiento brindado para la adopción de la madre biológica carece de vicios al respecto de la decisión libre de querer que su pareja adopte a su hija.

Se entrevistaron a las actoras en relación con sus antecedentes personales, su unión y la conformación de la familia de facto, preguntando al respecto de los deberes surgidos del vínculo existente entre ambas y en relación con la menor, reconociendo estas la necesidad de la protección mutua dentro del interés superior de su hija y los deberes económicos y afectivos que se dan dentro de su núcleo familiar.

Después del reconocimiento de los hechos y el marco legal aplicable encuentra el juez constitucional que la actuación del ICBF no fue consistente en su actuación

administrativa al debido proceso, como principio fundante de toda decisión que implique disposición de derechos de administrados por parte del órgano ejecutivo, en lo referente a la notificación, contradicción, términos de pruebas, establecimiento de recursos e instancias y demás derechos desmembrados de este principio constitucional aplicable. Aclarando la valoración errónea de la prueba al respecto de la unión de la pareja conformada por encima de los mínimos temporales establecidos en la ley para acceder a la iniciación del proceso de adopción consentida.

La decisión se sustenta, aparte de los argumentos esgrimidos en el párrafo anterior, en la no sustentación argumentativa por parte del ICBF en cuanto a la afectación de la menor al respecto de la homosexualidad en sus madres, considerando su justificación interpretativa como infundada a la luz de criterios de discriminación establecidos por la corte constitucional y amparados bajo presunción de inconstitucionalidad por basarse en un criterio sospechoso. La sentencia ordena la continuación del proceso de solicitud de adopción y otorga la carga probatoria al ICBF en lo referente a la afectación de un menor por pertenecer a una familia de padres homosexuales.

En cumplimiento del fallo de tutela el ICBF mediante el auto número 472 del 9 de noviembre de 2009 se inició el proceso de adopción al solicitar la documentación a la pareja beneficiada con la decisión del juez constitucional y citando a ambas para el 19 de noviembre del mismo año con el fin de notificarles personalmente la resolución a tomar por medio de la reunión el acervo probatorio necesario, según lo dictaminado por el auto, para justificar una decisión al respecto de la creación de vínculos de parentesco civiles entre la menor y la compañera permanente de la madre de la mencionada. A través de la resolución 116 la entidad adscrita a la protección de los menores en Colombia, resuelve confirmar la decisión tomada anteriormente basada en la inexistencia de la familia homoparental dentro del margen legal y constitucional establecido.

Paralelo al surtimiento de la solicitud de la de adopción por parte de las accionantes dentro del proceso de tutela, el ICBF impugna la decisión tomada por el juez de Río Negro sosteniendo que la violación a derechos fundamentales no se había dado según los siguientes argumentos:

Debido al carácter subsidiario de la misma, se debieron haber agotado los recursos que conforman la vía gubernativa como requisito esencial de procedibilidad, aclarando la inactividad de las demandantes al respecto de la impugnación de la decisión; Sosteniendo, en oposición con el juzgado de primera instancia, que sucedieron todos los requisitos establecidos en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, dando origen a una decisión vinculante para las partes, no una declaración con tintes subjetivistas; Manteniendo su posición al respecto de la equiparación hecha jurisprudencialmente a las parejas del mismo sexo frente a las heterosexuales en materia patrimonial, no constituyendo una familia o la calidad de compañero permanente dentro de una interpretación armónica del Código de la Infancia y la Adolescencia con el espíritu del legislador en la expedición de la regulación de las adopciones.

El apoderado de las accionantes presenta, dentro de los términos pertinentes de la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Antioquia, una apelación adhesiva , en virtud de la renuencia del ICBF a conceder la adopción de la menor sin haber decretado pruebas referentes al establecimientos de criterios contextuales al respecto del interés superior de la menor en cuestión y al respecto de la pareja como adultas idóneas en todo aspecto para surtir el proceso, solicitando que se reconozca la adopción en virtud de no establecer un perjuicio en contra de los derechos e intereses de la menor involucrada. Recalcando que la actuación de la entidad pública desconoce la existencia de la familia por parte de las demandantes y la idoneidad de la tutela para decretar una adopción en virtud de el fin imperioso establecido constitucionalmente en relación con los menores de edad.

La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia en su sala penal mediante sentencia del 20 de enero de 2010, limitándose a tutelar el derecho

referido al debido proceso cuya flagrante violación se vislumbraba en la acto administrativo por el incumplimiento de requisitos necesarios que protejan el marco del debido proceso y resultando en la afectación de otros derechos fundamentales. Añadiendo que el debate en cuanto a la constitución de una familia en Colombia por parte de parejas homosexuales no se ha surtido, imposibilitándola para tomar una decisión de fondo al respecto.

El 24 de noviembre de 2009 la parte actora presenta el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución 116 del 18 de noviembre de 2009 expedida por el ICBF en relación a la negativa en cuanto a la solicitud de adopción en virtud del cumplimiento del fallo del juez que ordeno la tutela de los derechos fundamentales en el caso referido. Manifestando que no se tuvo en cuenta el interés superior de la menor en la toma de la decisión; Que no se dio una valoración integral de las pruebas allegadas; Y que no se siguió el trámite normal para verificar la procedencia de la adopción.

Por medio de la resolución número 003 del 18 de enero de 2010 se resuelve el recurso de reposición instaurado, bajo la premisa de la contradicción como base del debido proceso en las decisiones administrativas, argumentando la inexistencia del consentimiento para dar trámite al proceso de adopción por ser referente a parejas homosexuales, no cubiertas dentro del término familia. Niegan la ejecución del recurso de apelación en lo referente a que el defensor de familia, sujeto emisor del acto administrativo impugnado, no tiene superior jerárquico, siendo improcedente el recurso por circunstancias de organización administrativas autorizadas legalmente.

En virtud de un incidente de desacato planteado por el apoderado, en representación de las partes, en relación al incumplimiento por parte del ICBF del fallo de tutela de primera instancia, decide el juez penal de Río Negro declarar el cumplimiento por parte del ICBF al surtir los trámites necesarios para la protección del debido proceso materializado en las actuaciones referentes a la resolución 116.

Respondiendo al oficio OPT-A-358/2010 dentro del expediente de tutela T-2597191, la Procuraduría General de la Nación rinde el concepto, establecido dentro de sus funciones constitucionales mediante la intervención en los procesos de tutela, solicitado por el máximo tribunal constitucional colombiano en el desarrollo de su labor como revisor de tutelas falladas por los jueces constitucionales de menor jerarquía. Exhorta a la corte a no pronunciarse al respecto de la adopción homoparental y el concepto de familia en las parejas del mismo sexo al no ser apropiado el examen de constitucionalidad referido dentro del marco del proceso de tutela, siendo correcto tal análisis bajo la premisa de una demanda de constitucionalidad.

Para la vista fiscal, la violación al debido proceso carece de objeto, al respecto de la demanda, por haber establecido que no se ha dado desacato al cumplimiento del fallo de tutela por parte del ICBF por medio de la decisión del juez de primera instancia en virtud de la solicitud hecha por la parte accionante, recalcando el respeto asumido por ambas instancias al ordenamiento jurídico al no inmiscuirse en el contenido de las decisiones de la entidad administrativa adscrita a la protección de la infancia y adolescencia. Solicita a la corte constitucional inhibirse de fallar al respecto debido proceso debido a la ausencia de violación indicada por sus inferiores.

Sostiene la procuraduría que el concepto de familia protegido constitucionalmente, en interpretación con el marco legal regulador de la adopción, está circunscrito a la pareja heterosexual, justificando tal aseveración en la negativa a la adopción por parte de parejas homosexuales dictada por la corte constitucional en relación al fallo C-814 de 2001 que indica un trato diferenciado y no discriminatorio de los homosexuales en virtud de la figura de la adopción. Aclara que en relación a la afectación de los derechos de la menor en cuestión, los riesgos incoados por las accionantes se basan en situaciones hipotéticas y futuras, reconociendo que la menor ya tiene una madre que cuenta con la capacidad integral para desarrollarse plenamente. Vislumbra el organismo que la declaratoria de adopción violaría los derechos de filiación de la menor en lo referente a la imposición de dos madres y

no de padre y madre, perdiendo esta por medio de la sentencia el derecho a establecer su filiación paterna con las respectivas consecuencias patrimoniales y abstractas derivadas del tal parentesco. Solicitando a la corte no tutelar los derechos solicitados de acuerdo a la argumentación esgrimida.

Los ciudadanos Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán Rodríguez, Nelson Camilo Sánchez León y Luz María Sánchez Duque, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia; y Marcela Sánchez Buitrago y Mauricio Albarracín Caballero, miembros de Colombia Diversa intervienen, como ciudadanos colombianos adscritos a las entidades mencionadas, en el proceso de revisión de tutelas por parte de la corte constitucional, a petición de este tribunal en respuesta al oficio OPT-A-388/2010 en relación con el concepto jurídico solicitado en el proceso T-2597191. Su argumentación sostiene que:

De acuerdo a la línea jurisprudencial las accionantes conforman una unión marital de hecho amparada bajo el precedente establecido por el heraldo interprete de la constitución cuyos efectos no se limitan a los patrimoniales, siendo reconocidos derechos abstractos dentro de la interpretación vinculante hecha de la carta política referentes a las parejas del mismo sexo, que registran la existencia de los vínculos de afecto, solidaridad y respeto que componen a este tipo de uniones. Se genera consecuentemente la necesidad de una argumentación justificante del trato diferenciado apartada de la orientación sexual como criterio sospechoso, atendiendo a que la carga probatoria recae sobre el ICBF al respecto de la argumentación requerida para la limitación de los derechos sobre los cuales versa el caso. Sostienen que, debido a la aplicación del criterio de la orientación sexual como fundamento de la actuación administrativa demandada, no se soporta el test estricto de proporcionalidad que implicaría la prosecución de razones constitucionalmente legítimas e imperiosas al aplicar un trato preferente a las personas heterosexuales.

Claman los intervinientes que la pugna entre la adopción homoparental y el interés superior del menor en relación con la definición constitucional de familia, parte de 2 presupuestos erróneos a rebatir: La constitución y la realidad colombiana reconocen diferentes tipos de familia, ajenos a las referencias históricas y subjetivas hechas en virtud de la voluntad de la asamblea nacional constituyente, por medio de la interpretación literal, teleológica y sistemática del artículo que, en relación con el bloque de constitucionalidad y el precedente establecido por el órgano de cierre constitucional, no mengua el núcleo protector de la norma al no comportar la prohibición por parte de parejas del mismo sexo un detrimento de la ámbito de aplicación de la norma a parejas heterosexuales, estableciendo tal proscripción como un medio carente de idoneidad para la protección de este tipo de familia; Y en lo relativo al interés superior del menor se argumenta la misma relación teleológica en cuanto a su calidad prevalente en lo referente a que no se establece la prohibición de la adopción de parejas del mismo sexo como medio apto para la consecución protectora de aquellos en situación de inferioridad ya que la posición científica mayoritaria sostiene que no hay afectación del desarrollo del menor en relación con padres homoparentales, sin desconocer la posición minoritaria que sostiene lo contrario. Dilucidan la labor del juez constitucional en referencia con la valoración de pruebas empíricas indicando que según no exista un daño cierto y comprobado, no es oportuna y legal la limitación de derechos fundamentales. Argumentan que el interés superior del menor se ve más comprometido en el caso específico en cuanto a la necesidad de tutela en cuanto a los derechos invocados por la existencia de una familia de facto.

Sostienen la inexistencia de la cosa juzgada al respecto del referente establecido por la sentencia C-814 de 2001, al señalar que el pronunciamiento se dio sobre la adopción conjunta, no consentida, en referencia a una norma derogada por el Código de la Infancia y Adolescencia, el cual no establece distinciones de género. Aclaran que en concordancia con lo anterior, el fallo podría limitarse a dictaminar al respecto de un supuesto diferente o revisar el precedente basado en cambios sociales y legales que permitan, dentro de los criterios establecidos por la corte,

apartarse de la línea argumentativa sostenida debido a la ausencia de bienes jurídicos de protección imperiosas amenazados con la adopción por parte de homosexuales.

2.3. Aplicación del litigio estratégico al caso

Según Correa el litigio estratégico está catalogado, de acuerdo a su apropiación semántica, como:

“ forma alternativa para enseñar y ejercer el derecho, consiste en la estrategia de seleccionar, analizar y poner en marcha el litigio de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un Estado o región. Es un proceso de identificación, socialización, discusión y estructuración de problemáticas sociales, a partir de lo cual es factible promover casos concretos para alcanzar soluciones integrales de modo que sea posible lograr cambios sociales sustanciales” (Correa, 2008).

Es posible inferir de la definición dada que este litigio: Toma como punto de partida la selección de casos para la consecución de cambios mayúsculos en la sociedad, buscando su reconocimiento dentro del ámbito legal, jurídico y social; Propendiendo por la materialización de derechos discutidos o disidentes con la moral social establecida de corte tradicional; Rompiendo paradigmas, con una metodología inductiva, que implica la superación de los efectos de la disputa individualmente considerada por los medios utilizados; Convirtiéndose en un tipo de acción con proyección social resultante en el involucramiento de los diferentes estamentos de la sociedad; Demostrando la relevancia de la opinión pública como reguladora de la actividad judicial en cuanto a la interpretación legislativa, debiendo ser la constitución reflejo ontológico y deontológico de la sociedad.

Debido a que los resultados de este tipo de litigio se vislumbran en la sociedad como núcleo del estado, son los individuos que lo conforman, o los agentes representativos, los encargados de la efectividad de la aplicación del mismo por medio de la generación de un concepto abstracto de opinión pública, segregado por criterios de relevancia y formación, que se manifiesta por los diferentes

canales sociales, siendo privilegiados los medios de comunicación masiva para llevar a cabo la labor de identificar y estructurar las problemáticas sociales como elementos activos en la realidad contextual específica.

La discusión de las problemáticas sociales involucra la restricción a los derechos fundamentales en su calidad de llamados a intervenir en todos los ámbitos mencionados debido a su carácter de base para el desarrollo del marco jurídico nacional. Siendo abanderados de los derechos humanos, las ONGs (Organizaciones no gubernamentales) y las clínicas jurídicas de este tipo de derechos, han sido las encargadas, en el contexto latinoamericano, de la permeabilización de esta estrategia judicial desarrollada a raíz de la construcción de categorías dogmáticas doctrinarias y la prosecución de la tutela de los derechos afectados por medio de los mecanismos planteados dentro de las legislaciones específicas para la protección de los derechos inherentes al hombre (Coral Díaz).

De acuerdo a lo establecido por Villarreal, existen 4 hipótesis que ameritan la utilización del tipo de litigio discutido: 1) Cuando las normas que protegen los derechos humanos son incumplidas; 2) Cuando hay discordancia entre los estándares internacionales de protección de derechos humanos y la aplicación en el orden interno; 3) Cuando la aplicación del derecho en los tribunales nacionales es incierta e impredecible y 4) Cuando existen restricciones legales para el ejercicio de los derechos humanos (Villarreal).

Según la Child Rights Information Network (CRIN), en su guía sobre litigio estratégico, se deben establecer y tener en cuenta los siguientes parámetros en esta clase de litigio: Que el órgano ante quien se demande o se presentes las peticiones judiciales o legislativas tenga capacidad para generar el cambio deseado en el marco legal específico; Cobertura por parte de medios masivos de comunicación; Capacidad de identificación de la sociedad con las pretensiones; La existencia de otros medios para la consecución de los fines deseados;

Independencia del tribunal ante el cual se demanda; Popularidad de los argumentos en la sociedad en la cual se va a plasmar el cambio; Marco comparativo nacional e internacional al respecto de las pretensiones; Precedente judicial relevante al caso; Un marco probatorio fundamentado y la intervención de expertos en el área tratado como peritos; Las partes involucradas y afectadas directamente; Los intervinientes obligatorios y facultativos en el proceso; Y el carisma, credibilidad y capacidad oratoria de los voceros del caso (Child Rights Information Network (CRIN)).

Al respecto de la aplicación del litigio estratégico en Colombia es posible hacer referencia al contexto circundante a la despenalización del aborto, campaña iniciada con el proyecto LAICIA (Litigio de alto impacto en Colombia, la inconstitucionalidad del aborto) por parte de la ONG Women's Link Worldwide, que presenta como diversos elementos, ajenos al ámbito jurídico pero no al social o humano, pueden repercutir en la tutela efectiva en cuanto a la protección de los derechos fundamentales pretendidos. Previo a la instauración de la demanda que desembocó en la despenalización del aborto en los 3 casos excepcionales establecidos por la corte constitucional, se formuló una estrategia que implicaba: El posicionamiento de una figura humana preparada como vocera del proyecto; Estrategia de medios por parte de una empresa especializada ajena al proyecto; Incidencia en la opinión pública por medio de los medios de comunicación masiva; Participación en eventos académicos; Alianzas con movimientos sociales y ONGs simpatizantes; Análisis del perfil de los jueces y magistrados encargados de fallar cada instancia respectivamente; Presencia doctrinaria en las bibliotecas de los tribunales encargados de las decisiones; Intervenciones ciudadanas al proceso; Manifestaciones públicas que garantizaran exposición al respecto del tema; Preparación previa de las rutas legales a tomar de acuerdo a cualquier hipótesis decisoria en las diferentes instancias; Y estudios de la demanda por parte de expertos en derecho público (Jaramillo Sierra).

La campaña en nuestro país alrededor de los derechos de la población LGBTI se ha estructurado a raíz de la expedición de la constitución de 1991, haciéndose más notoria la presencia de homosexuales en la sociedad por medio de los fallos en pro de sus derechos dictaminados por la corte constitucional como órgano de cierre e intérprete de la carta política como se mostró de acuerdo a la línea jurisprudencial explicitada en el estudio. Tornándose la minoría por orientación o identidad sexual en pionera de sus derechos y en agente activa del proceso constitucional por medio de manifestaciones públicas, cubiertas por los medios de comunicación, e intervenciones ciudadanas o de entidades que protegen los derechos de esta población en los procesos judiciales, aduciendo marcos científicos e internacionales que exigen la adecuación de la legislación interna colombiana a parámetros que no permiten el establecimiento de la orientación sexual y la identidad de género como criterios discriminatorios. Tal reconocimiento de los homosexuales como una realidad latente en la circunscripción nacional se vislumbra en las ciudades principales donde permea un componente educativo inclusivo y tolerante. Como ejemplo de esto es relevante citar el establecimiento de la localidad de Chapinero, por parte del ex alcalde Luis Eduardo Grazón, en la capital colombiana como distrito gay de la ciudad en el 2006 y la construcción del Centro Comunitario para la comunidad LGBT en la misma localidad, único en América Latina.

Las ONGs han sido fundamentales en la exposición de la sociedad colombiana a esta minoría, logrando por medio de la educación y sensibilización, un reconocimiento y una voz pública, con opiniones informadas, de esta minoría discriminada. Labores de organizaciones como “Colombia diversa” demuestra, en el ámbito nacional, su reconocimiento como expertos en derechos de esta población que propenden por la participación de esta minoría en estamentos jurídicos y sociales del conglomerado poblacional.

En lo relativo al caso específicamente considerado, es relevante recalcar, de acuerdo a lo establecido como factor influyente en la construcción de un caso

susceptible de la aplicación del litigio estratégico, que el abogado representante de las demandantes, Germán Humberto Rincón Perfetti, es un reconocido especialista, en el ámbito nacional e internacional, de derechos humanos, abanderado de los derechos de la población LGBTI y constante interviniente en las sentencias relativas al tema en los procesos de constitucionalidad surtidos por el heraldo constitucional, siendo un sujeto preparado por su experiencia laboral hacia la credibilidad necesaria en los intervinientes en esta clase de litigios para lograr los cambios mayúsculos deseados en la sociedad. El abogado ha establecido que la divulgación a los medios de comunicación masiva de los casos relevantes a los derechos humanos hace parte del proceso de sensibilización y “pedagogía social” (El Tiempo, 2009).

Según el rastreo de prensa realizado en el periódico de distribución nacional “El Tiempo” en cuanto al cubrimiento y menciones del caso objeto de estudio, se encontraron 35 artículos que, por un lapso de alrededor de 23 meses, hacen referencia a la adopción homoparental y al caso mencionado en las unidades de análisis anteriores:

2.3.1 “Niegan proceso de adopción por no llevar más de 5 años de unión”, 20 de octubre de 2009:

En este artículo se comentan las circunstancias fácticas y jurídicas, sin hacer mención a la violación al debido proceso, del caso, recalcando la transgresión del ámbito de protección de los derechos fundamentales por parte del ICBF al negar la adopción consentida de la menor, razón de la presentación de tutela en el día del artículo. Expresa también, la opinión del la institución a demandar en lo referente a la ausencia de marco legal para darse la adopción por parte de parejas del mismo sexo, siendo la familia heterosexual y monogámica la única reconocida por el ordenamiento.

2.3.2 “El columnista y su periódico”, 23 de octubre de 2009:

En este aparte de opinión redactado por el general Álvaro Valencia Tovar, en el marco de la discusión de las expresiones de opinión manifestadas en un medio de comunicación masivo, se descalifica a la familia homoparental por no cumplir como pareja el fin procreativo de la sexualidad y el amor, indicando las condiciones discriminatorias a las que se sometería a un menor adoptado por una pareja homosexual y aclarando que esta calidad es considerada por el diccionario de la Real Academia Española como una malformación o alteración biológica congénita o adquirida.

2.3.3. “Pareja de lesbianas podrá adoptar a menor de edad por decisión de tutela de la justicia de Antioquia”, 5 de noviembre de 2009:

En la citada referencia periodística se narran las circunstancias fácticas y jurídicas de la demanda, sin hacer mención a la violación al debido proceso, para proseguir a informar sobre las consecuencias prácticas del fallo, sin alusión a su parte motiva. Recoge a su vez, opiniones de: La Iglesia católica colombiana, por medio de un vocero oficial, manifestando su desacuerdo con el fallo por la circunscripción religiosa del concepto de familia como heterosexual y la afectación consecuente que se daría en el desarrollo de los niños criados por parejas del mismo sexo por la dificultad en la identificación de los roles de género en su núcleo familiar inmediato; Y de la coordinadora del grupo de mamás lesbianas al manifestar que se estaba saldando un vacío legal al respecto de la situación de hecho planteada, latente en el conglomerado social.

2.3.4. “ICBF impugnará tutela que concedió la adopción de niñas a pareja de lesbianas”, 6 de noviembre de 2009:

La cita del medio de prensa escrito manifiesta la intención del ICBF de impugnar la decisión de primera instancia debido al marco legal que no permite la adopción homparental y hace un recuento fáctico y jurídico del caso, sin hacer mención a la violación al debido proceso.

2.3.5. “Juez ordenó entregar niña en adopción a dos lesbianas”, 6 de noviembre de 2009:

”

El artículo hace una síntesis de la cita periodística referenciada bajo el título: “Pareja de lesbianas podrá adoptar a menor de edad por decisión de tutela de la justicia de Antioquia” del 5 de noviembre de 2009.

2.3.6. “Padres del mismo sexo”, 11 de noviembre de 2009:

Por medio de una columna de opinión se plasma, basado en las circunstancias factuales y jurídicas del caso, la posición del autor al manifestar que no hay pruebas científicas que manifiesten la afectación o la ineficacia de ejercer el rol parental por parte de parejas del mismo sexo, indicando que el concepto de familia debe de adaptarse a la evolución del fenómeno social ya que los únicos perjudicados con la negativa al respecto son los niños y su derecho a tener una familia.

2.3.7. “Otro dilema del alma”, 14 de noviembre de 2009:

El mencionado artículo de opinión cita, a partir de un estudio del caso, el interés superior del menor como limitante a la adopción por parte de parejas del mismo sexo en lo referente a la discriminación social a suceder por la condición de sus padres y a la confusión que generaría en su desarrollo tal

tipo de constitución familiar. Recalcando que no es viable imponerle a un menor una pareja homosexual como padres por encima de una heterosexual en virtud de la protección de sus intereses.

2.3.8. “El hombre de las tutelas”, 22 de noviembre de 2009:

En el contexto de un reconocimiento al abogado de la parte actora debido a su recorrido profesional en pro de los derechos humanos, en especial de la población LGBTI y la afectada por el virus de inmunodeficiencia adquirida, por medio de la instauración de tutelas, se menciona el caso de acuerdo a su relevancia en el contexto nacional y mediático haciendo un recuento de hechos y soportes jurídicos de la demanda.

2.3.9. “Mi madre es lesbiana”, 3 de enero de 2010:

En el artículo se narra la historia de un adolescente que convive, como familia, con su madre biológica y su compañera permanente del mismo sexo, a quien reconoce como mamá. La cita periodística hace referencia al caso objeto de estudio en lo atinente al deseo de esta familia a legalizar su situación en virtud de la decisión de fondo a tomar dentro del proceso al respecto de la adopción por parte de homosexuales.

2.3.10. “Matrimonio Gay Mexicano”, 5 de enero de 2010:

En el contexto de la noticia sobre la aprobación del matrimonio gay en México se menciona el caso objeto de estudio como pendiente en un recuento por los derechos de los homosexuales en América Latina.

2.3.11. “Adopción gay vuelve a corte tras decisión del Tribunal Superior de Antioquia”, 23 de enero de 2010:

Por medio de un recorrido fáctico y jurídico del caso y su historia procesal, se afirma la confirmación de la decisión por parte del juez de segunda instancia, sometiéndose el fallo a revisión posterior por parte del máximo tribunal constitucional colombiano.

2.3.12. “La familia Quaker”, 2 de febrero de 2010:

El artículo de opinión, cuya autoría se remite a la feminista y activista de los derechos de la población LGBT Florence Thomas, manifiesta el cambio en la construcción social del concepto de familia, siendo las familias conformadas por parejas de diferentes sexos una realidad más del desarrollo del núcleo de la sociedad protegido constitucionalmente al recalcar la existencia de familias atípicas, bajo la luz del precepto mayoritario, reconocidas por el ordenamiento jurídico. Recordando que los países pioneros en la adopción de parejas del mismo sexo han comprobado por medio de estudios científicos que no hay afectación del menor criado en este tipo de contexto familiar.

2.3.13. “Piden a la corte que no falle el caso de adopción gay”, 21 de junio de 2010:

La cita periodística registra la petición de la Procuraduría General de la Nación a la corte constitucional de no revisar el caso objeto de estudio.

2.3.14. “El matrimonio homosexual desató polémica entre lectores del tiempo.com”, 18 de agosto de 2010:

El artículo recoge 770 comentarios dados en el contexto del matrimonio homoparental y su respectiva adopción por parte de lectores de la página web del periódico, en los cuales se manifiesta una posición mayoritaria en contra de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, reconociendo

su derecho al desarrollo de una vida de pareja circunscrita al ámbito privado.

2.3.15. “Familias diversas ya existen, la pelea es por los derechos”, 22 de agosto de 2010:

En el marco de una noticia sobre una valla publicitaria de un programa televisivo estadounidense que muestra a una familia conformada por dos homosexuales y su hija adoptiva se hace un recuento de los hechos y los fundamentos de la tutela objeto del estudio de caso. Recogiendo opiniones de diferentes estamentos de la sociedad: La postura de la iglesia católica al condenar las uniones homosexuales como antinaturales; El Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) conceptúa en contra de la adopción por parte de parejas del mismo sexo basada en la finalidad procreativa de la familia establecida bíblicamente; Marcela Sánchez, directora de la ONG Colombia Diversa, expresa que las uniones homosexuales también constituyen familia al estar unidas por el amor la solidaridad y la reproducción, en algunos casos, al igual que las parejas de distinto sexo por medio de métodos alternativos o la adopción como individuos solteros. Dejando clara la existencia de diferentes tipos de familia protegidas por el ordenamiento sin fines procreativos como la resultante de hogares separados o la crianza por parte de familiares distintos a los padres biológicos; El abogado Rodrigo Escobar Gil reconoce los avances en los derechos de los homosexuales deslegitimando la posibilidad de adopción por parte de estos en su opinión desde la interpretación restrictiva del concepto constitucional de familia; Y el abogado Rodrigo Uprimny que establece que la decisión de la corte se puede restringir a la adopción consentida o ampliar a todo tipo de adopción por parte de parejas de homosexuales.

2.3.16. “Corte aplazó discusión sobre el matrimonio gay” , 12 de noviembre de 2010:

Por medio de la noticia sobre el aplazamiento del fallo sobre el matrimonio homosexual por inepta demanda se hace un recuento de los derechos de los homosexuales en el país, indicando como pendiente el tema de la adopción por la revisión de la tutela objeto del estudio de caso.

2.3.17. “Proyecto de fallo de tutela permitiría adopción para parejas gay”, 22 de febrero de 2011:

Informa el medio de prensa escrito que la ponencia del magistrado Juan Carlos Henao al respecto de la decisión a tomar en el seno de la corte constitucional relativa al caso estudiado plantea la confirmación del fallo proferido por el juez colegiado constitucional de segunda instancia, soportando la decisión en la constitución de familia por parte de parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta la ausencia de evidencia científica que soporte la afectación por parte de menores criados por uniones homoparentales. Sostiene el ponente que la argumentación médica y psicológica se fundamenta en conceptos dictaminados por 10 facultades de psicología de renombre en el ámbito nacional que indican que el desarrollo de menores criados por homosexuales es igual al de parejas compuesta por individuos de diferente sexo.

2.3.18. “Debate por posible adopción de parejas gay” , 25 de febrero de 2011:

El citado artículo periodístico recopila opiniones de diferentes ámbitos del conocimiento como la religión, la psicología y el área jurídica al respecto del tema. Afirma la institución eclesial que la crianza de menores por parte de parejas homosexuales afecta de manera inminente el desarrollo del menor

al adoptar conductas equivocadas con respecto a su identidad de género contrarias a los preceptos divinos; El concepto del psicólogo entrevistado agregó que el problema no necesariamente esta en el núcleo familiar sino en la reacción discriminatoria de la sociedad al interpretar que la orientación sexual de los padres no determina la de sus hijos; Y un jurista que establece que la finalidad de las iniciativas es que se dé un trato a los homosexuales en condiciones de igualdad frente a los heterosexuales. El texto cita a 4 ciudadanos de diferentes campos y áreas laborales que establecen que, en concordancia con el interés superior de los menores, se debe permitir la adopción tomando en consideración las capacidades estatales para brindarles un desarrollo adecuado a los niños y adolescentes en contraposición con las brindadas por una pareja del mismo sexo.

2.3.19. “Que representa para Colombia la tutela sobre adopción en pareja gay”, 27 de febrero de 2011:

El artículo comienza comentando las implicaciones jurídicas que podría generar la decisión de la corte constitucional al respecto del caso objeto de estudio manifestando que se podría cambiar el concepto de familia y marcar un hito en el ordenamiento jurídico Colombia. Recuenta las circunstancias fácticas y jurídicas del caso al igual que su historia procesal, incluyendo las posiciones de las entidades públicas adscritas al proceso y la de las accionantes y su representante, acompañada de testimonios citados en artículos anteriores de familias y parejas homosexuales al respecto de la crianza de sus hijos.

2.3.20. “Como es vivir con dos mamás”, 4 de marzo de 2001:

El texto periodístico hace referencia a una encuesta realizada por Profamilia y la Universidad Nacional en el 2007 sobre 1270 homosexuales, la cual establece que de cada 100 gays, 11.5 son padres de familia. Indica el

estudio estadístico que la noción de que los homosexuales no se pueden reproducir ha sido desvirtuada por los medios alternativos que estos pueden usar para constituirse como padres, a saber: Adopción como persona soltera, inseminación artificial, alquiler de vientres y encuentros heterosexuales. En el marco de testimonios de familias y parejas de homosexuales con hijos o con ánimos de reproducirse, hace un recuento de los elementos fácticos del caso con su soporte empírico plasmado en los derechos fundamentales cuyo amparo es solicitado y expresa la opinión de todos los intervinientes en el proceso.

2.3.21. “Discriminación a homosexuales sigue existiendo en el mundo: HRW”, 14 de marzo de 2011:

La cita periodística se compone de denuncia de la ONG Human Rights Watch (HRW) al respecto de la existencia de violación a los derechos de los homosexuales aún en países que han aprobado las uniones o matrimonios del mismo sexo. Después de un recuento en lo referente a legislaciones y la situación de los homosexuales en el mundo, manifiesta, el vocero de la organización, que la lucha por la discriminación no termina con legalizar el matrimonio gay, siendo el último paso a dar la adopción de menores por parte de esta minoría.

2.3.22. “Familias gay, diversas... ¡Pero muy normales!”, 17 de marzo de 2011:

El texto publicado en el periódico informa, estableciendo como marco el caso objeto de estudio, sobre la llegada de 2 películas a estrenarse en el país que tratan el tema de padres homosexuales y recuenta la existencia de parejas y familias homosexuales en el ámbito de famosos del medio artístico internacional.

2.3.23. “Editorial: O todos en la cama”, 15 de abril de 2011:

El citado artículo de opinión, creado a raíz de la decisión de la corte constitucional que reconoce los derechos sucesorales en parejas del mismo sexo, recalca que lo único que le falta a esta comunidad en materia de derechos en Colombia es la aprobación del matrimonio y la adopción. Indica la incapacidad legislativa del congreso al respecto por el hundimiento de varios proyectos de ley que pretendían llenar tal omisión legislativa y el aumento de crímenes de odio y agresiones por parte de particulares y la fuerza pública en razón de la orientación sexual, según estudios de la ONG Colombia Diversa.

2.3.24. “El sermón del domingo será contra la adopción gay”, 16 de abril de 2011:

El artículo de prensa informa, a raíz del estudio por parte de la corte del caso objeto de estudio, de un comunicado enviado por el presidente de la conferencia episcopal colombiana, adscrita a la iglesia católica, a ser leído el domingo de ramos del presente año en todas las parroquias del país, estableciendo la posición de los católicos al respecto de la negativa frente a la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Aclara el vocero eclesial que no se promueve el odio o la discriminación contra los homosexuales pero se cree firmemente en el impedimento de estos a acceder a esta figura por el derecho de los niños a ser criados por una familia compuesta por un hombre y una mujer.

2.3.25. “Comunidad gay comulga y reclama a iglesia no permitirle adoptar”, 17 de abril de 2011:

La noticia de prensa informa la presencia de homosexuales durante una de las celebraciones de semana santa en la Catedral Primada de Bogotá usando camisetas que indicaban su orientación sexual y su calidad de padres católicos, protestando contra el mensaje enviado por el episcopado por la violencia discriminatoria que puede generar en razón de la orientación sexual. Insisten los voceros de la protesta que tal actitud no es digna de una religión que predica el amor y que la prohibición de la inherencia de la institución religiosa en asuntos políticos, tratándose Colombia de un estado laico.

2.3.26. “Cientos de participantes en marchas de orgullo gay en Colombia”, 26 de junio de 2011:

La cita periodística informa de la realización de marchas de orgullo gay en Colombia y recoge la opinión de Marcela Sánchez, fundadora de Colombia Diversa, al respecto. Recopila el texto las victorias en el país de los derechos de los homosexuales en virtud de las decisiones proferidas por la corte constitucional y establece como pendiente el caso objeto de estudio en relación con la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

2.3.27. “Comunidad LGBT se calificó como ‘una familia de mil colores’”, 27 de junio de 2011:

En el marco de la celebración de la marcha de orgullo gay en Bogotá, Cali y Medellín se recogen opiniones de los asistentes, en calidad de individuos o representantes de diversas organizaciones que luchan por los derechos de la población LGBTI, recontando los derechos adquiridos por la población gracias al desarrollo jurisprudencial colombiano de los últimos años y exigiendo una decisión aprobatoria de la corte constitucional al respecto del matrimonio y la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

2.3.28. “Un sacerdote homosexual que no es casto no puede ejercer: Iglesia”, 13 de julio:

El indicado artículo periodístico recoge la opinión de la iglesia al respecto de la homosexualidad, aclarando estar de acuerdo con la obtención de ciertos derechos por parte de ellos, excluyendo el matrimonio y la adopción de la lista debido a la santidad sacramental de la institución creadora de familia al ser compuesta por hombre y mujer y siendo la reproducción uno de los elementos vinculantes de la unión. Establece que reconocer la existencia de las familias homoparentales como una realidad latente en el contexto nacional no es una situación que deba resultar en que sean avaladas o legitimadas, basada en lo que denomina una “especia de ecología humana” que no se puede violentar en virtud del interés del menor adoptable y la sociedad.

2.3.29. “Corte decidirá hoy sobre matrimonio y adopción de parejas gay”, 21 de julio de 2011:

El texto de prensa, estableciendo un perfil decisorio de los magistrados de la corte constitucional, indica las dos tendencias contrincantes dentro del tribunal guardián de la carta política al respecto del matrimonio por parte de parejas del mismo sexo. Posteriormente hace un recuento fáctico y jurídico de los elementos del caso objeto de estudio.

2.3.30. “Corte explica por qué matrimonio homosexual es decisión del congreso”, 26 de julio de 2011:

El artículo periodístico cita una entrevista hecha al presidente de la corte constitucional explicando el fallo que exhorta al congreso, en un marco temporal de 2 años, a legislar sobre los matrimonios homosexuales,

reconociendo que tal labor le es ajena a la corte por su calidad legislativa y acentuando que, según la interpretación de la corte, las uniones homosexuales si conforman familia. Manifiesta el autor del artículo, por medio de un recuento jurisprudencial al respecto de los derechos adquiridos por los homosexuales, que sigue pendiente la decisión al respecto de la adopción gay por medio de un repaso de los hechos y soportes jurídicos del caso estudiado. Recoge de manera conclusiva la posición de diferentes representantes legislativos adscritos a diferentes partidos políticos al respecto de la discusión y posterior aprobación de una ley que regule esa situación jurídica en virtud del mandato esgrimido por el heraldo constitucional, indicando en su mayoría estar de acuerdo con la decisión tomada por el ente juzgador en términos de justicia y respeto a la división de poderes dentro de nuestro esquema estatal, considerando que su aprobación está supeditada a superar una fuerte contradicción dentro del órgano legislativo.

2.3.31. “Corte reconoce como familias a parejas del mismo sexo”, 27 de julio de 2011:

El citado artículo hace referencia a la misma información descrita en la informe periodístico anterior.

2.3.32. “Objeción de conciencia no es por uniones gays: Congresistas”, 29 de julio de 2011:

En el marco de la noticia relativa a la presentación un proyecto de ley estatutaria que permitiría a los servidores públicos sustraerse del cumplimiento de su función legal por una objeción de carácter moral o religioso, incluyendo lo relativo a la homosexualidad, se recoge la opinión del abogado de las accionantes del proceso objeto de estudio respecto al hito que marco la corte constitucional, en de su jurisprudencia C-577 de

2011, al declarar que las uniones homosexuales constituían familia, siendo este otro factor que ayuda a la decisión a tomar por el ente judicial constitucional.

2.3.33. “Foro del lector”, 4 de agosto de 2011:

El foro del lector del periódico referenciado recoge 2 opiniones que se manifiestan en contra de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, indicando que el reconocimiento de familia por parte de la corte constitucional a estos fue una pre aprobación de la tutela al caso objeto de estudio.

2.3.34. “El congreso no puede legislar en contra de unión gay: presidente de corte”, 14 de agosto de 2011:

En entrevista hecha por el periodista Yamid Amat al presidente de la corte constitucional se hace referencia a los límites establecidos en el fallo C-577 de 2011 al congreso en cuanto a la legislación pedida al respecto de las parejas del mismo sexo en virtud de el déficit de protección constitucional encontrado en el ordenamiento jurídico. Indica el entrevistado que el caso objeto de estudio queda supeditado a posterior decisión por parte del tribunal constitucional.

2.3.35. “El abogado de las tutelas en pro de los homosexuales”, 3 de septiembre de 2011:

En el marco de la historia personal y profesional del abogado de las accionantes se mencionan los elementos fácticos del caso objeto de estudio y la expectativa frente a la decisión de la corte constitucional al respecto.

3. Conclusiones

El recuento histórico demuestra la realidad homosexual como presente en la dimensión humana desde el amanecer de los records históricos que perviven en la actualidad, siendo esta adaptada a los valores de los conglomerados sociales específicos. La proscripción y estigmatización de la homosexualidad es declarada por la imposición de valores religiosos que se mantienen vivos en el imaginario colectivo actual por la permeabilización del culto religioso en aspectos jurídicos, políticos y sociales.

Colombia es, según nuestra carta política un estado laico y pluralista, basado en los derechos humanos y por ende en la protección a las minorías en pro de una igualdad jurídica de los nacionales, lo cual exige comportamientos concordantes con el espíritu de la carta magna.

La omisión legislativa al respecto por parte del congreso colombiano, como órgano encargado de la expedición de las leyes, se sostiene en la función de la constitución y de las interpretaciones hechas de esta como reflejo de la sociedad actual. Desconociendo entonces su carácter deontológico y programático. Esta no debe ser un espejo de la sociedad sino una manifestación de un anhelo vinculante en lo referente a los derechos fundamentales. De carecer la sociedad de los presupuestos morales para la aceptación y garantía de los derechos inherentes al hombre, debe salir la constitución a su defensa imponiendo un orden vanguardista y disidente, obligando a su heraldo a manifestarse en contra de las transgresiones hechas frente a su articulado e elucidaciones al respecto del mismo.

El marco internacional, vinculante a nuestro estado en virtud del bloque de constitucionalidad, respalda el activismo jurídico del máximo tribunal colombiano desarrollado por medio de modulación de sentencias

extensivas en carácter interpretativo, constituyéndose como un tipo de legislación necesario para garantizar la legitimidad del ordenamiento jurídico a luz de la carta política y los tratados internacionales.

Con independencia de lo sostenido en los párrafos anteriores, es imperante aclarar que la aplicación extensiva de la figura de la adopción a homosexuales como parte de la eliminación del trato diferenciado por razones de orientación sexual está supeditada necesariamente al interés superior del menor en términos de jerarquía legal. Siendo reconocido que no existe un perjuicio real, bien sea por la ausencia de afectación o por la falta de verificación científica, no justifica la limitación a derechos fundamentales tanto de adoptantes como de adoptivos, siendo el perjuicio hipotético con afectación abstracta y la transgresión de los derechos una ejecución material con afectados reales.

El interés superior del menor debe aplicarse también a las capacidades reales del estado para brindar un desarrollo adecuado y no solo en el establecimiento de calidades en los adoptables, pudiendo ponderar la obtención de los elementos inherentes a la creación de parentesco civil por parte de parejas homosexuales frente a los proporcionados por el ICBF en ausencia de familias que cuiden de sus beneficiados.

La opinión pública como constructo social ha sido la autora intelectual de los avances de los derechos de los homosexuales por medio de la permeabilización en los individuos que la componen debido a la exposición a esta minoría, resultando en el desarrollo de un medio social más amigable para los homosexuales que desemboca en mayor visibilidad y reconocimiento como ciudadanos que exigen un trato igual al respecto de los demás habitantes del territorio nacional.

En cuanto al caso estudiado es necesario recordar que la custodia de la madre no está en riesgo ya que su calidad de homosexual per se no comporta perjuicios contra la menor, como si lo haría la separación de la misma en virtud de su derecho a no ser separada de su familia, reconocido en el ámbito nacional e internacional desde su carácter vinculante. No pudiendo el estado intervenir en tal situación por referirse al ámbito privado de la persona en virtud del despliegue de sus derechos fundamentales, las circunstancias fácticas de la familia homoparental van a estar presentes en los efectos pragmáticos, siendo inocuo y constituyente de perjuicios, por no estar la menor amparada bajo el régimen legal de sus dos madres, la declaratoria negativa frente a la solicitud de adopción.

En concordancia con el ordenamiento jurídico establecido por medio de la constitución que cubre de validez la legislación nacional y el precedente establecido por el intérprete constitucional, se debe fallar a favor de la adopción homoparental en razón de que ya son familia a la luz del ordenamiento, extendiendo la aplicación de la decisión judicial a todo tipo de adopción por parte de parejas del mismo sexo, bien sea consentida o conjunta, en razón de que tal dogma no se sostendría frente a la aplicación del test estricto de igualdad y proporcionalidad constitucional en el supuesto de un trato diferenciado frente a los homosexuales que aspiran a la adopción.

Bibliografía

APA, C. o. Resolution on Sexual Orientation, Parents and Children.

Arzaluz Solano, S. *La Utilización del Estudio de Caso en el Análisis Local*.

Brazilian Resolution. (s.f.). Recuperado el 18 de agosto de 2011, de Wikipedia:
http://en.wikipedia.org/wiki/Brazilian_Resolution

Buchanan, R. J. (2002). La homosexualidad en la Historia. *Revista Agenda Cultural Alma Mater*,
Numero 79 .

C-098, C-098 (Corte Constitucional Colombiana 1996).

C-481, C-481 (Corte Constitucional Colombiana 1998).

C-507, C-507 (Corte Constitucional Colombiana 1999).

C-814, C-814 (Corte Constitucional Colombiana 2001).

C-373, C-373 (Corte Constitucional Colombiana 2002).

C-075, C-075 (Corte Constitucional Colombiana 2007).

C-811, C-811 (Corte Constitucional Colombiana 2007).

C-336, C-336 (Corte Constitucional Colombiana 2008).

C-798, C-798 (Corte Constitucional Colombiana 2008).

C-029, C-029 (Corte Constitucional Colombiana 2009).

C-802, C-802 (Corte Constitucional Colombiana 2009).

C-577, C-577 (Corte Constitucional Colombiana 2011).

Camargo Beltrán, S. (s.f.). Homosexualismo.

Child Rights Information Network (CRIN). *Los derechos de los niños: Una guía de litigio estratégico*.

Concepto jurídico en el proceso T-2597191. Respuesta al oficio OPT-A-388/2010 (Corte
Constitucional Colombiana)

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU). (2011) 17-06-2011 SOGI

Coral Díaz, A. M. *El Concepto de Litigio Estratégico en América Latina: 1990-2010*.

Correa, L. (2008). Litigio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho. *7 Opinión*, No 14. 149-162.

De Romilly, J. *Por Que Grecia*.

Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas. (2 de Noviembre de 2011). Obtenido de Wikipedia:
http://es.wikipedia.org/wiki/Legislaci%C3%B3n_sobre_la_homosexualidad_en_el_mundo#Legislaci.C3.B3n_LGBT_en_Am.C3.A9rica_Latina_y_el_Caribe

Fallo Juzgado Primero Penal del Circuito de Río Negro (4 de Noviembre de 2008, primera instancia).

Fallo Tribunal Superior de Antioquia (23 de enero de 2003, segunda instancia)

Homosexualidad. (s.f.). Recuperado el 7 de Agosto de 2011, de Wikipedia:
<http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad>

Identidad Sexual. (s.f.). Recuperado el 15 de Noviembre de 2011, de
http://www.psicocarea.org/identidad_sexual.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Concepto 5926 (17 de mayo de 2011).

Jaramillo Sierra, I. C. *Mujeres Cortes y Medios: La Reforma Judicial del Aborto*.

Karl-María Kertbeny. (s.f.). Recuperado el 15 de Noviembre de 2011, de Wikipedia:
http://es.wikipedia.org/wiki/Karl-Maria_Kertbeny

Legislación Sobre la Homosexualidad en el Mundo. (2 de Noviembre de 2011). Obtenido de Wikipedia:
http://es.wikipedia.org/wiki/Legislaci%C3%B3n_sobre_la_homosexualidad_en_el_mundo#Legislaci.C3.B3n_LGBT_en_Am.C3.A9rica_Latina_y_el_Caribe

Martínez Carazo, Piedad Cristina. *El Método de Estudio de Caso: Estrategia Metodológica de la Investigación Científica*

Organización de Naciones Unidas. *Principios de Yogyakarta* (26 de marzo de 2007).

Procuraduría General de la Nación (2011). Concepto de la en el proceso T-2597191 respuesta al oficio OPT-A-358/2010(Corte Constitucional Colombiana).

Seawright, J. &. *Case Selection Techniques in Case Study Research: A Menu of Qualitative and Quantitative Options*.

SU-623, SU-623 (Corte Constitucional Colombiana 2001).

Tutela en estudio, T-2597191 (Corte Constitucional Colombiana).

T-097, T-097 (Corte Constitucional Colombiana 1994).

T-539, T-539 (Corte Constitucional Colombiana 1994).

T-290, T-290 (Corte Constitucional Colombiana 1995).

T-101, T-101 (Corte Constitucional Colombiana 1998).

T-268, T-268 (Corte Constitucional Colombiana 2000).

T-618, T-618 (Corte Constitucional Colombiana 2000).

T-999, T-999 (Corte Constitucional Colombiana 2000).

T-1426, T-1426 (Corte Constitucional Colombiana 2000).

T-435, T-435 (Corte Constitucional Colombiana 2002).

T-499, T-499 (Corte Constitucional Colombiana 2003).

T-856, T-856 (Corte Constitucional Colombiana 2007).

T-1241, T-1241 (Corte Constitucional Colombiana 2008).

Villarreal, M. *El litigio estratégico como herramienta del derecho de interés público*.

Violence Against LGBT. (2 de Noviembre de 2011). Obtenido de Wikipedia:
http://en.wikipedia.org/wiki/Violence_against_LGBT_people#cite_note-2

Yacuzzi, Enrique. *El Estudio de Caso Como Metodología de Investigación: Teoría, Mecanismos Causales, Validación*.

Yin, R. K. (2003). *Case Study Research, Design and Methodology*.