

La lucha por la adopción en Colombia por parte de personas con orientación sexual diversa:  
un logro alcanzado ante la corte constitucional

Alejandro Giraldo-Henao - David Mendieta

## La lucha por la adopción en Colombia por parte de personas con orientación sexual diversa: un logro alcanzado ante la corte constitucional\*

The fight for adoption in Colombia by people with diverse sexual  
orientation: an achievement before the constitutional court

Recibido: noviembre 15 de de 2019 - Evaluado: febrero 15 de 2019 - Aceptado: marzo 23 de 2020

Alejandro Giraldo-Henao\*\*  
David Mendieta\*\*\*

### Para citar este artículo / To cite this article

Giraldo-Henao, A., & Mendieta, D. (2020). La lucha por la adopción en Colombia por parte de personas con orientación sexual diversa: un logro alcanzado ante la corte constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 11(21), 15-42

**Resumen:** La adopción de niños por parte de parejas con orientación sexual diversa ha sido abordada por la Corte Constitucional colombiana que, de manera gradual, ha permitido la adopción por parte de personas homosexuales (primero en forma individual y luego conjunta), no como un derecho del adulto o de la pareja sino como salvaguarda del derecho de los niños a tener una familia. Mediante la metodología descriptiva analítica, el objetivo de esta investigación es establecer y analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional atinente al tema en cuestión, para concluir que las decisiones del tribunal constitucional mantienen el énfasis en la idoneidad física, mental, moral y social del adoptante más que

---

\* Artículo inédito, artículo de investigación e innovación.

\*\* Abogado, especialista en Derecho de Familia y candidato a Magister de la Universidad de Medellín, profesor universitario. Email: alejandropbravo@gmail.com. ORCID: 0000-0002-6733-9223

\*\*\* Abogado, Especialista en Derecho Constitucional y Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Medellín y editor de la revista Opinión Jurídica. Medellín- Colombia Email: dmendieta@udem.edu.co; davidmendieta.gonzalez@hotmail.com ORCID: 0000-0002-6944-6815

en su orientación sexual, fiel así al precepto constitucional que prioriza los derechos de los menores por encima de cualquier otra consideración.

**Palabras clave:** adopción, Colombia, discriminación, diversidad, familia, menor, parejas homosexuales.

**Abstract:** The adoption of children by couples with diverse sexual orientation has been addressed by the Colombian Constitutional Court which, gradually, has allowed the adoption by homosexual persons (first individually and then jointly), not as a right of the adult or partner but as a safeguard of the right of children to have a family. Through the analytical descriptive methodology, the objective of this investigation is to establish and analyze the jurisprudence of the Constitutional Court regarding the subject matter, to conclude that the decisions of the constitutional court maintain the emphasis on the physical, mental, moral and social suitability of the adopter more than in their sexual orientation, faithful to the constitutional precept that prioritizes the rights of minors over any other consideration.

**Keywords:** adoption, Colombia, discrimination, diversity, family, homosexual couples, minor

**Resumo:** A adoção de crianças por casais com orientações sexuais diversificadas tem sido tratada pelo Tribunal Constitucional da Colômbia que, gradativamente, tem permitido a adoção por homossexuais (primeiro individualmente e depois em conjunto), não como um direito da criança, adulto ou companheiro, mas como salvaguarda do direito da criança de constituir família. Por meio de metodologia analítica descritiva, o objetivo desta pesquisa é estabelecer e analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a matéria em questão, para concluir que as decisões do Tribunal Constitucional mantêm a ênfase na idoneidade física, mental, moral e social do adotante mais do que em sua orientação sexual, portanto, fiéis ao precepto constitucional que prioriza os direitos do menor a qualquer outra consideração.

**Palavras chave:** adoção, Colômbia, discriminação, diversidade, família, casais menores, homossexuais.

**Résumé:** L'adoption d'enfants par des couples aux orientations sexuelles diverses a été abordée par la Cour constitutionnelle colombienne qui, progressivement, a permis l'adoption par des personnes homosexuelles (d'abord individuellement puis conjointement), et non comme un droit de l'enfant, adulte ou partenaire, mais comme garantie du droit des enfants à avoir une famille. Grâce à une méthodologie analytique descriptive, l'objectif de cette recherche est d'établir et d'analyser la jurisprudence de la Cour constitutionnelle concernant la question en question, pour conclure que les décisions de la Cour constitutionnelle maintiennent l'accent sur l'aptitude physique, mentale, morale et sociale de l'adoptant. plus, que dans leur orientation sexuelle, donc fidèles au précepte constitutionnel qui donne la priorité aux droits des mineurs sur toute autre considération.

**Mots-clés:** adoption, Colombie, discrimination, diversité, famille, mineurs, couples homosexuels.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Esquema de resolución del problema jurídico. - Plan de redacción. - 1. La familia: evolución histórica a la luz de las Constituciones de 1986 y 1991. - 2. La adopción en Colombia. - 3. Tipos de adopción aplicados a la familia diversa. -3.1 Adopción individual o monoparental. -3.2. Adopción complementaria o por consentimiento. - 3.3. Adopción conjunta. - 4. La adopción no es un proceso que deba ser determinado por la orientación sexual del adoptante sino por su identidad - Conclusiones. Referencias.

## Introducción

La adopción por parte de personas homosexuales sigue siendo un tema controversial en Colombia en particular, y en América Latina en general<sup>1</sup>. Muchos colombianos siguen estando en contra de esta posibilidad y en medio de circunstancias poco propicias para este tipo de adopción, la Corte Constitucional ha intervenido para permitir la adopción, no como un reconocimiento a los adoptantes como tales, sino como una medida para salvaguardar el derecho de los niños a tener una familia (López Medina, 2016).

El presente artículo identifica y analiza las bases jurisprudenciales que le han permitido a las minorías con orientación sexual diversa iniciar procesos de adopción en Colombia. El punto de partida jurisprudencial se dio con el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como grupo familiar a través de la (Sentencia C-577, 2011).

Ahora bien, históricamente la legislación colombiana le brindó protección y reconocimiento a la familia tradicional para el ejercicio de la adopción, pero ignoró a las parejas del mismo sexo, dejándolas por fuera de los contenidos legales. Fue la Corte Constitucional la que entró a llenar este déficit de protección que se hacía urgente si se considera, por ejemplo, que existen varias circunstancias que hacen que un niño tenga menos probabilidades de ser adoptado: la edad (ser mayor de 8 años, 11 meses), tener una discapacidad mental o física y ser miembro de un grupo de dos o más hermanos en condición de adoptabilidad (Resolución 3748, 2010). En Colombia se calcula que se encuentran 9.277 niños y adolescentes esperando a ser adoptados, de los cuales 1.670 (18 %) tienen entre 0 y 11 años; 2.041 (22 %) tienen entre 12 y 18 años y 5.473 (59 %) son mayores de 18 años (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2018).

---

<sup>1</sup> “Las sociedades en el continente americano están dominadas por principios de heteronormatividad, cisonormatividad, y los binarios de sexo y género. Además, existe una amplia y generalizada intolerancia e irrespeto hacia las personas LGBTI o aquellas percibidas como tales, lo cual se suma al fracaso de los Estados en adoptar medidas efectivas para investigar y castigar efectivamente la violencia por prejuicio” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Teniendo en cuenta lo anterior, cerca del 81 % de los niños y adolescentes colombianos en situación de adoptabilidad, muy probablemente no serán adoptados, lo que constituye un drama para cualquier sociedad. Por eso se hace necesario buscar medidas para que más niños y adolescentes puedan gozar del derecho a tener una familia. Es importante enfatizar que desde que Colombia, sumándose a Uruguay, Argentina, México y Brasil, aprobó de manera definitiva la adopción por parte de personas con orientación sexual diversa en el año 2015, ningún otro país latinoamericano lo ha hecho.

## **Problema de la investigación**

¿Cuáles fueron los argumentos de la Corte Constitucional colombiana, para declarar constitucionales las adopciones monoparentales, complementaria y conjunta de niños, por parte de personas con orientación sexual diversa?

## **Metodología**

La presente investigación es de carácter cualitativa, con algunos elementos cuantitativos. Se evidenció cómo la adopción por parte de personas con orientación sexual diversa fue posible en Colombia solo por varias decisiones de la Corte Constitucional y se aportaron algunos datos acerca la adopción en el país entre los años 2010 y 2018. La metodología es descriptiva-analítica, el aspecto descriptivo se encuentra en el seguimiento de las sentencias de la Corte Constitucional que trataron el tema objeto de la investigación y algunos datos obtenidos del ICBF. El analítico se ve reflejado en la revisión hermenéutica de las sentencias y su explicación dentro de uno de los tipos de adopción existentes en el país (monoparental, conjunta y complementarias). Lo anterior permitirá concluir que los tres tipos de adopción por parte de personas con orientación sexual diversa se lograron en Colombia de manera gradual, gracias a pronunciamientos de la Corte Constitucional y su aprobación no depende de la orientación sexual del adoptante sino de su idoneidad física, mental y moral.

## **Esquema de resolución del problema jurídico.**

Para resolver el problema de investigación jurídica, el presente artículo centra su discusión y reflexión en relación con la adopción por parte de parejas con orientación sexual diversa, para ello, además del resumen, la introducción y la metodología del artículo, primero describe de manera sucinta la evolución histórica del concepto

jurídico de familia a la luz de las constituciones de 1886 y 1991, segundo, identifica las generalidades de la adopción en Colombia; tercero, estudia los tipos de adopción aplicados a la familia diversa, entre los que se destaca la adopción individual o monoparental, la adopción complementaria o por consentimiento y la adopción conjunta; finalmente y como cuarto punto de discusión en el artículo, se advierte que la adopción no es un proceso que deba ser determinado por la orientación sexual del adoptante sino por su idoneidad.

## Plan de redacción

### 1. La familia: evolución histórica a la luz de las constituciones de 1886 y 1991

La regulación de la familia en la anterior Constitución colombiana, que data de 1886, era pobre e incipiente. Solo se hacía mención en el artículo 23 del Título II que reglamentaba los derechos civiles y las garantías individuales, así:

Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes. (Parra Benítez, 2008).

Es más, el texto constitucional de 1886 delegó en el legislador el papel de regular instituciones y derechos que hacen parte de los denominados civiles y políticos, como el matrimonio, al establecer que harían parte del Código Civil (Ley 57, 1885). Dicha remisión se encuentra en el artículo 52 en los siguientes términos: “las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución”.

El Código Civil colombiano, que es una norma que data del siglo XIX, no definió la institución de la familia, pero en el artículo 874 mencionó la palabra, para referirse a la limitación del uso y la habitación, en los siguientes términos:

El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia. La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con

el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos. (Ley 57, 1885)

De la lectura del anterior artículo podemos concluir que ya en el siglo XIX la familia estaba constituida no solo por vínculos de sangre, sino también por los nexos que surgen de la convivencia bajo un mismo techo.

Por su parte, en la Constitución colombiana de 1991 el concepto de familia es mencionado en varios artículos. Por ejemplo, el artículo 5 indica que “*El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad*” (1991) y, más adelante, el artículo 43 señala que.

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Pero es el artículo 42 donde se define cómo se constituye la familia y se mencionan varios deberes del Estado en aras de su protección, así: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. (1991)

El anterior artículo ha generado en Colombia un debate interpretativo, pues para los sectores conservadores es claro, desde la literalidad de la norma, que la familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla, pero esta interpretación exegética de una institución tan importante como lo es la familia deja por fuera múltiples variables que se pueden presentar, variables en las que imperan los vínculos afectivos, la solidaridad y el amor y no la simple unión entre un hombre y una mujer (Kamelmajer de Carlucci, 2010).

La Corte Constitucional le da interpretación sistemática y garantista a esta norma, de conformidad con los principios fundamentales plasmados y desarrollados en la misma Constitución y con los pronunciamientos de tribunales internacionales defensores de derechos humanos, al establecer que, en Colombia, pueden existir muchos tipos de familia diferentes a las surgidas de relaciones heterosexuales:

La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza, de manera que otro ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasgo compartido por las distintas

clases de familia y determinar si está presente en las uniones homosexuales, cabe recordar que a familias tales como la surgida del matrimonio o de la unión marital de hecho, jurídicamente se les atribuyen unos efectos patrimoniales y otros de índole personal (Sentencia C-577, 2011).

Durante mucho tiempo se le dio prevalencia a la familia conformada según los parámetros del artículo 113 del Código Civil (Ley 57, 1885). Con posterioridad se ampliaron los derechos a las uniones maritales de hecho en los términos de la (Ley 54, 1990), que es la que reconoce la existencia de las sociedades patrimoniales, diferentes de las sociedades conyugales surgidas del matrimonio.

Pero las uniones entre parejas del mismo sexo quedaron excluidas de las instituciones anteriores hasta que la Corte Constitucional de manera gradual amplió las garantías para este tipo de uniones, primero reconociéndoles el estatus de uniones maritales con derechos y deberes (Sentencia C-075, 2007), derecho a la pensión de sobrevivientes (Sentencia C-336, 2008), derecho a recibir alimentos (Sentencia C-798, 2008), derecho a heredar (Sentencia C-238, 2012) e, incluso, se les reconoció el derecho a contraer matrimonio civil (Sentencia C-577, 2011) y (Sentencia SU-214, 2016). No fue el Congreso de la República quien se preocupó por reconocerle derechos a esta minoría, en un país de tradición conservadora, sino la Corte Constitucional y frente a la adopción, el cambio vino también del Tribunal Constitucional colombiano. Al respecto señala Ahneyenzy Carrillo Velásquez

Para que se pudiera dar una evolución normativa en relación a los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, fue necesario implementar técnicas de interpretaciones diferentes a las dogmáticas, literales o restrictivas, debido a que la tendencia de estas técnicas tradicionales normalmente no permite que la ley avance de forma paralela con la evolución de la sociedad (Carrillo, 2016, pág. 139).

Respecto a lo normado en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098, 2006), el artículo 68 permite la adopción a personas de manera individual (adopción monoparental), a parejas conformadas por cónyuges y compañeros permanentes (adopción conjunta) y a aquellas personas que pretendan adoptar al hijo biológico de su cónyuge o compañero permanente (adopción complementaria o consentida), pero frente a las parejas del mismo sexo, hubo un déficit constitucional pues no tenían esta posibilidad. Fue necesario que diferentes actores, haciendo uso de la acción de tutela (artículo 86 de la Constitución Política) y de acciones de inconstitucionalidad (artículo 40, numeral 6 y artículo 241, numeral 4 de la Constitución Política), acudiesen ante los jueces y ante la Corte Constitucional para hacer efectiva la supremacía constitucional. (Mendieta González, 2010).

En Colombia hay antecedentes de la lucha de las personas con orientación sexual diversa por ser reconocidas como familia, como es el caso que sustenta la

(Sentencia T-290, 1995), en la cual a un hombre homosexual que estaba a cargo de una niña que fue abandonada por sus padres en 1989, luego de un trámite administrativo a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), le fue arrebatada en 1995 la que él consideraba su hija por su situación de extrema pobreza, aunque él alegaba que la verdadera razón era su orientación sexual. Una vez leída la sentencia, el argumento jurídico más fuerte puede encontrarse en la aclaración del voto del magistrado Carlos Gaviria Díaz, la cual transcribimos en su totalidad por la importancia que tiene para el tema que nos ocupa:

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. Se pretendía así dejar claramente establecido que eran otros los motivos que habían guiado a la Corte al confirmar la sentencia que denegó la tutela. No obstante, aunque por razones diferentes, los Magistrados fueron partidarios de excluir las frases que arriba se transcriben entre comillas. El suscrito juzga necesario explicitar, con toda nitidez, que esas palabras condensan de modo inequívoco su pensamiento sobre el asunto. La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales. El comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño (Sentencia T-290, 1995).

En el año 2001 un ciudadano, haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad, demandó la norma que para ese entonces regulaba la adopción en Colombia y que establecía quiénes podían adoptar, entre los que se encontraba “La pareja formada por el hombre y la mujer y que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”. Para el accionante la norma acusada establecía un trato discriminatorio para las parejas homosexuales e incluso ya menciona los derechos prevalentes de los niños como argumento para la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas demandadas. Es interesante porque este será el principal argumento para que, catorce años después, la Corte Constitucional declare constitucional la adopción conjunta para parejas del mismo sexo. Pero en el 2001 no estaban dadas las condiciones para un fallo en este sentido y lo que hizo el tribunal colombiano fue declarar la constitucionalidad de las normas demandadas sosteniendo el deber del Estado colombiano de proteger el tipo de familia mencionado por el artículo 42 de la Constitución y que surge de la unión entre un hombre y una mujer, así:

Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva,



y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege. Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional. En tal virtud, será declarada su exequibilidad (Sentencia C-814, 2001)

Como se dijo antes, las sociedades son cambiantes y el Estado colombiano tiene la obligación de proteger a la familia independientemente de si fue constituida por vínculos jurídicos solemnes o por la voluntad libre de conformarla. En Colombia, desde la primera década del siglo XXI, se estableció que las relaciones de pareja no se basan exclusivamente en el afecto que puede surgir entre un hombre y una mujer, sino que pueden existir otras formas de convivencia que generan efectos jurídicos, incluyendo las uniones entre parejas del mismo sexo a las cuales, de manera progresiva, les fueron reconocidos derechos que, históricamente no poseían y que en reiteradas ocasiones les habían sido negados (Estupiñán Velandia, 2016).

La Constitución no se refiere expresamente a los derechos de los homosexuales, esto no quiere decir que se puedan desconocer porque, acorde con los derechos fundamentales y las convenciones internacionales, todo ser humano tiene derecho a la autonomía personal y a la diversidad sexual (Muñoz, 2013). Todos debemos coexistir porque Colombia es un Estado diverso, pluricultural, con prevalencia de la dignidad humana (Mendieta & Tobón, 2018).

La familia no es ajena al cambio de los tiempos. Es núcleo de la sociedad, pero esta se transforma, y factores económicos, tecnológicos, políticos aceleran esa transformación. Usando la metáfora de Loewenstein (1975) en su clasificación “ontológica” de las constituciones, el ideal de constitución es un traje que queda a la medida de la sociedad, es decir refleja los valores, pero también la realidad de ese pueblo, entonces la interpretación de la Constitución y la creación de la ley debe responder a los cambios sociales<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> “Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominaban el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de

La Constitución protege la diversidad y el derecho a conformar una familia (Alarcón, 2011). En la sociedad no puede existir un modelo único de familia al cual brindarle absoluta protección, por ello se reconoce a la familia en sus varias tipologías (Álvarez Pertuz, 2011). El concepto de familia es dinámico, a medida que avanzan los años se han logrado diferentes tipos de derechos para las parejas diversas. En la (Sentencia C-075, 2007), la Corte Constitucional les otorgó a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias heterosexuales o unidas por el contrato del matrimonio, así:

Así, no obstante, las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado (Sentencia C-075, 2007).

Las sentencias C-577 (2011), C-683 de (2015) y SU 214 de (2016), también ampliaron el concepto de familia, declarando la existencia de muchos tipos de familia, incluyendo las formadas por parejas del mismo sexo, acorde con el principio de igualdad, con los mismos derechos y obligaciones que a las parejas heterosexuales:

El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia (Sentencia C-577, 2011).

El artículo 44 de la Constitución colombiana le da el derecho al niño a tener una familia, y a no ser separado de ella (Uprimny & Sánchez, 2012). A nivel internacional la norma rectora es la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la (Resolución 44/25) del 20 de noviembre de 1989 y se encuentra vigente en

---

la constitución y se somete a ellas. Para usar una expresión de la vida diaria; la constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente” (Loewenstein, 1975).

Colombia desde el 2 de septiembre de 1990 (Arango Olaya, 2004)<sup>3</sup>. Este instrumento internacional en su *Preámbulo* le da reconocimiento a la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana en concordancia con el principio de libertad y de no ser discriminados por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos (Resolución 217 A (III), 1948), también se proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales, los Estados miembros de la ONU, bajo la convicción de que la familia es el elemento fundamental de la sociedad, reconocieron la importancia de la protección del grupo familiar y en particular de los niños, que deben recibir la atención y apoyo necesarios para la formación como individuos aportantes a sus comunidades<sup>4</sup>.

Los niños tienen derecho al desarrollo de su personalidad, a ser educados, a crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. En el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, se define que “niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. (Resolución 44/25, 1989)

Teniendo en cuenta los mandatos internacionales, el Estado colombiano debe proteger a la familia como la microestructura en la que nace la sociedad y como espacio en que esta se desarrolla, en consonancia con el principio de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y respeto. El Estado garantizará la protección de sus integrantes, priorizando la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Como se dijo en la introducción del presente escrito, en promedio, solo el 19% de los niños y adolescentes en Colombia en condición de adoptabilidad logran ser parte de una familia y la gran mayoría son rechazados por tener una discapacidad física o mental, ser varios los hermanos que deben ser adoptados o ser mayores de ocho años (a mayor edad menos posibilidades de ser adoptado). Lo anterior es todo un drama pues quienes logran acceder a una familia tendrán más

---

<sup>3</sup> En este sentido deben tenerse en cuenta otros instrumentos emanados de las Naciones Unidas, tales como: la Observación General N.º 18, no discriminación, Comité de Derechos Humanos de la ONU, 10 de noviembre de 1989, la Declaración sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género, Organización de Naciones Unidas, 22 de diciembre de 2008 y la Observación General N.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Comité de los Derechos del Niño de la ONU, 29 de mayo de 2013.

<sup>4</sup> Véanse los artículos 12, 16 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

oportunidades para alcanzar sus metas como seres humanos. La adopción es un acto de amor (Matarazzo, 2016).

## 2. La adopción en Colombia

El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098, 2006) regula la adopción en Colombia y su artículo 61 la define así: “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paternofilial entre personas que no la tienen por naturaleza” (Ley 1098, 2006).

La adopción es una ficción legal que busca proteger al menor que ha sido abandonado por su familia o que se encuentra en situación de peligro, otorgándole un grupo familiar, no necesariamente consanguíneo, que le pueda proveer todo lo necesario para su sustento, además de los cuidados indispensables para la edad del menor (Alventosa del Río, 2008). En Colombia, la adopción tiene dos etapas: una de carácter administrativo y otra judicial. En la etapa administrativa el menor se declara en estado de adoptabilidad por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). En la etapa judicial, un juez de familia dicta sentencia mediante la cual se establecen las relaciones paternofiliales. La adopción es irrevocable y el hijo adoptivo llevará los apellidos de los adoptantes. El Código de la Infancia y la Adolescencia establece en el artículo 68 quiénes pueden adoptar en Colombia, así:

Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

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

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. (Ley 1098, 2006)

### **3. Tipos de adopción aplicados a la familia diversa**

Según lo establecido en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia, se pueden identificar los siguientes tipos de adopción. Respecto de los adoptantes se destacan: i) la adopción individual o monoparental, si el adoptante es una sola persona, por ejemplo las personas solteras, viudas o divorciadas, tal como lo señala el numeral 1 del artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia); ii) la adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o compañero o compañera permanente, con la anuencia de este (numeral 5 del artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia) y iii) a adopción conjunta, ejercida por cónyuges o compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (numerales 2 y 3 del artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia).

A continuación, se mostrará cómo gradualmente la Corte Constitucional reconoció a las personas con orientación sexual diversa la posibilidad de adoptar en las tres circunstancias enunciadas en el párrafo anterior.

#### **3.1 Adopción individual o monoparental**

Puede adoptar una persona soltera, viuda o divorciada que cumpla con los requisitos de idoneidad física, mental, y moral, necesaria para suministrarle al menor una familia adecuada y estable (Quinche Ramírez, 2013). En el caso de las personas con orientación sexual diversa este tipo de adopción la reconoció la (Sentencia T-276, 2012). En esta providencia la Corte Constitucional colombiana resolvió una acción de tutela (recurso de amparo) del periodista estadounidense Chandler Burr. En este caso, el adoptante tenía una orientación sexual diversa, y el Tribunal Constitucional determinó que la orientación sexual de la persona no era impedimento para adoptar como soltero.

El supuesto fáctico es el siguiente: el ciudadano americano agotó el proceso de adopción de dos menores de edad ante ICBF, y una vez fueron aprobadas sus pretensiones, la subdirectora de adopciones de la entidad, al enterarse de que el adoptante era gay, impidió la salida de los menores del país, promovió un proceso

de restablecimiento de derechos de los menores entregados en adopción, los niños fueron separados de su padre adoptivo y se instauró una denuncia penal en contra del padre adoptante. Lo anterior argumentando que existía una amenaza sobre “la salud emocional de los niños” (Sentencia T-276, 2012).

El señor Burr acudió ante un juez he instauró una acción de tutela que, en Colombia, es el mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Esta petición llegó a la Corte Constitucional para su eventual revisión y fue seleccionada. El tribunal constitucional colombiano declaró que el ICBF en forma arbitraria no podía separar a los niños de su familia, que las medidas de restablecimiento solo pueden tomarse después de un examen integral de la situación, no pueden basarse en prejuicios o apariencias sino en evidencias y criterios objetivos, y la separación de los menores de su familia debe ser una medida excepcional. Igualmente le da importancia al derecho de los niños a ser escuchados por las autoridades:

El derecho de todo niño, niña o adolescente a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan (Sentencia T-276, 2012)

La Corte revocó la actuación del ICBF, regresó a los niños con el padre adoptivo y dejó claro para el ICBF que las actuaciones de restablecimiento de derechos deben basarse en situaciones comprobadas de amenazas o daños a los derechos de los menores y no en prejuicios contra las personas con orientación sexual diversa y dejó claro que la orientación sexual de adoptante no puede ser un criterio de exclusión en un proceso de adopción, así:

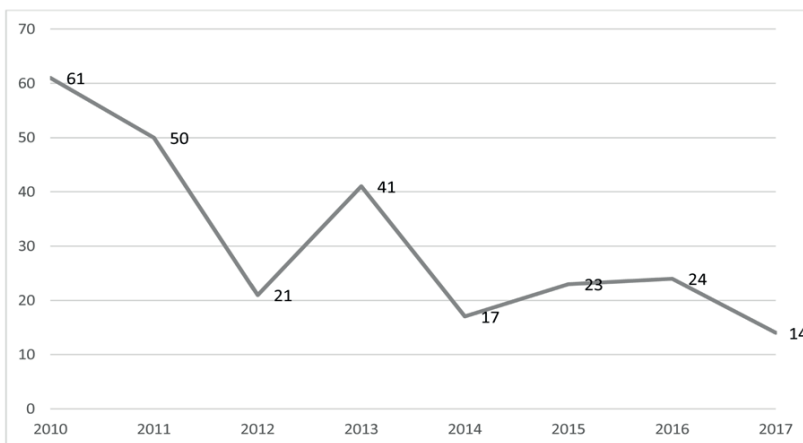
Finalmente, la Sala observa que si bien es cierto en el proceso de adopción no se tuvo conocimiento de la orientación sexual de XXX, tal hecho **no le puede ser imputable**, ya que, como manifestó la agencia Baker Victory Services, en los Estados de Nueva Jersey y Nueva York en Estados Unidos, donde se llevaron a cabo los estudios dirigidos a evaluar su aptitud como padre adoptivo, no es posible interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual (Sentencia T-276, 2012) (negrillas añadidas).

En este fallo el ciudadano norteamericano ganó al ICBF una tutela por la custodia de sus dos hijos adoptivos, que le fueron arrebatados por las autoridades del país cuando estas conocieron de su homosexualidad. Desde entonces, se estableció el precedente en Colombia que permite a las personas homosexuales solicitar en

adopción a niños y niñas de manera individual. Sobre este tema se pronunció el doctrinante colombiano Diego López Medina en los siguientes términos:

Es claro que la ley colombiana permite la adopción monoparental y en ella no se hace exigencia explícita alguna con relación a la orientación sexual de la persona adoptante. Sin embargo, en varios procedimientos administrativos de adopción, los adoptantes monoparentales se quejan de que han sido objeto de discriminación y que sus adopciones han sido dificultadas o negadas por el Estado por el hecho de su homosexualidad (López Medina, 2016).

La siguiente figura muestra el número de personas que de manera individual han adoptado en Colombia desde el año 2010 y hasta el año 2017, no existe información acerca de la orientación sexual de los adoptantes, pues este dato no es pedido durante el trámite.



**Figura 1.** Número de adopciones monoparentales en Colombia (2010-2017)

**Fuente:** ICBF, 2018.

### 3.2. Adopción complementaria o por consentimiento

Una de las finalidades básicas de la adopción es integrar la familia y por eso se permite la adopción del hijo del cónyuge o del compañero permanente. En el caso de las parejas con orientación sexual diversa, este tipo de adopción la desarrolló la (Sentencia SU-617, 2014). En esta providencia la Corte Constitucional aceptó la primera adopción homoparental en la historia del país. La Corte insistió en que el debate de adopción por parte de parejas del mismo sexo debe girar en torno al interés superior del menor y no sobre el desarrollo a la igualdad de los padres o

madres homosexuales adoptantes frente a los heterosexuales (Pradilla-Rivera, 2011) (Sangalli, Ortiz, Wajzman, Sánchez, & Schmidt, 2014).

El supuesto es el siguiente: una pareja conformada por dos mujeres decidió que una de ellas se embarazara mediante inseminación artificial, en busca de lograr el sueño de ser madres y así nació una menor. Posteriormente, esta pareja decidió presentar ante el ICBF una solicitud de adopción, para que la compañera no inseminada figurara como madre legítima y tuviera los mismos derechos sobre la menor a pesar de no ser su madre biológica (Sentencia SU-617, 2014).

La pareja inició el proceso de adopción ante la Defensoría de Familia del municipio de Rionegro en el departamento de Antioquia (Colombia) pero la pretensión fue negada con el argumento que el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098, 2006) no regulaba esta clase de adopción para parejas del mismo sexo y que, adicionalmente y de acuerdo con el artículo 42 de la (Constitución Política de Colombia, 1991), una pareja homosexual no constituía familia bajo una interpretación exegetica. Por su parte, el ICBF conceptuó que las dos mujeres, aunque se habían casado en Alemania y convivían y desde el año 2005 y aunque habían formalizado la unión marital de hecho ante notario desde marzo del 2008, según los parámetros de la ley 54 de 1990, les faltó el elemento probatorio que acreditara la convivencia por más de dos años como lo exige el Código de la Infancia y la Adolescencia (Sentencia SU-617, 2014).

Ante la negativa de dicha petición, la pareja decidió presentar una acción de tutela argumentando la vulneración del derecho a la igualdad de la menor, el derecho a tener una familia y a estar protegida por los beneficios legales de la madre, tales como: el derecho a la salud, alimentos, a heredar, a exigir su custodia y cuidado. Con la finalidad de continuar con el proceso administrativo de adopción, anexaron a su petición –como elemento probatorio– un concepto psicológico en el que se evidenciaba el estado mental de la niña en el que, además, se conceptuaba que, en su proceso de crecimiento y madurez, no le afectaba negativamente el ser criada por dos madres.

En enero del 2009, un juez penal del circuito de municipio de Rionegro abocó su conocimiento y decidió a favor de la pareja accediendo a sus pretensiones y le ordenó al ICBF proseguir con el proceso de adopción para proteger el derecho de igualdad y el interés superior del menor, siempre y cuando se cumplieran los requisitos exigidos por ley. El ICBF impugnó la decisión ante el Tribunal Superior de Antioquia y el apoderado de las accionantes presentó apelación adhesiva en busca de que el Tribunal ordenara directamente la adopción. El 20 de enero de 2010 el Tribunal Superior de Antioquia negó la apelación adhesiva del apoderado de las accionantes y confirmó la decisión del juez de primera instancia y manifestó



que la compañera permanente sí tenía derecho de adoptar a la hija biológica de su compañera siempre y cuando demostrara ante la Defensoría de Familia una convivencia ininterrumpida de, por lo menos, dos años, esto para agotar el debido proceso (Sentencia SU-617, 2014).

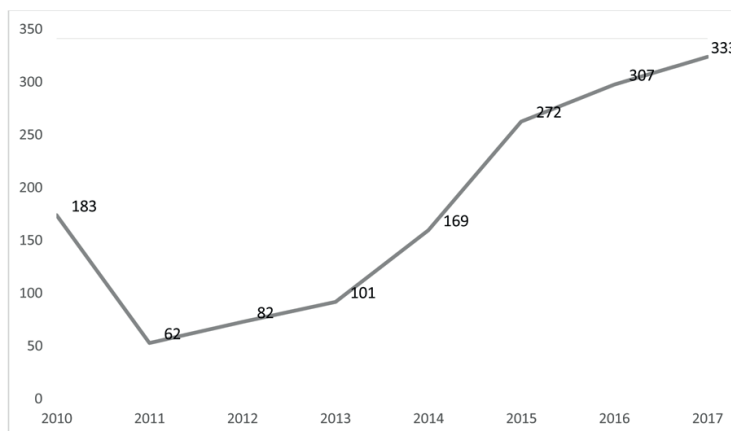
En Colombia, de acuerdo con el artículo 33 del (Decreto Ley 2591, 1991), todas las tutelas deben ser enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión y esta tutela que se viene comentando fue seleccionada. La máxima autoridad constitucional colombiana analizó el procedimiento que regula la adopción y encontró que, ciertamente, el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006) excluye tácitamente a las parejas homosexuales –que era la tesis de la Defensoría de Familia– pero la Corte conceptuó que esta exclusión vulneraba derechos fundamentales de la menor, y a la vez, la Corte dejó entrever que existía un déficit de protección normativa puesto que, a todas luces, la ley y la Constitución protegen a la pareja heterosexual pero también la Carta Magna protege el derecho a la diversidad dentro de la familia y dejó claro que en este caso no se debatía sobre los derechos de los homosexuales, toda vez que el debate jurídico versaba sobre una temática sustancialmente distinta, como lo es el derecho de la menor a tener una familia ya que “Cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo” (Sentencia SU-617, 2014).

El Tribunal Constitucional falló argumentando que la compañera permanente sí tiene derecho de adoptar en forma complementaria a la hija biológica de su compañera y a ser reconocida legalmente por proceso de adopción mediante sentencia que declare la ficción legal de madre adoptiva y que se debe agotar el trámite respectivo, como lo ordena la ley. Señaló, además, que no se podrá negar dicho trámite con el argumento de la identidad de sexos, así la Corte protegió el derecho a la familia en el marco de la autonomía de la voluntad y los derechos del niño (Corte Constitucional, 2014).

Con este precedente, la Corte Constitucional –tal vez sin quererlo– estableció un trato discriminatorio entre los niños hijos de padre o madre homosexual y cuyo compañero o compañera desea adoptar al menor y el resto de los niños en situación de adoptabilidad que no cumplen con estos parámetros. Aún estaba pendiente declarar la constitucionalidad de la adopción conjunta, es decir, aquella solicitada por las parejas homosexuales.

La siguiente figura muestra el número de personas que han adoptado el hijo o los hijos de su cónyuge o compañero permanente entre los años 2010 y 2017. Aunque la sentencia que posibilitó este tipo de adopción es del año 2014 (la SU 617), el ICBF

solo la implementó en el año 2017 y desde entonces y hasta el 14 de septiembre de 2018, se han realizado cinco adopciones de este tipo (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2018).



**Figura 2.** Número de adopciones complementarias realizadas en Colombia entre 2010 y 2017

Fuente: ICBF, 2018.

### 3.3. Adopción conjunta

Un ciudadano colombiano, haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40, numeral 6; 241, 242 y 379 de la Constitución Política, decidió demandar los artículos 64, 66 y 69 del Código de la Infancia y la Adolescencia, así como el artículo 1º de la Ley 54 de 1990. El argumento basilar del demandante era que las normas acusadas no autorizaban la adopción conjunta ni complementaria para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, el accionante fue enfático al señalar el déficit de protección para las parejas homoparentales y la necesidad de que se les reconocieran su derecho a adoptar mediante una institución que el accionante denominó *adopción igualitaria* (Sentencia C-071, 2015).

En el desarrollo de la demanda, se señala que la normativa vigente solo le permite acceder a las parejas heterosexuales al proceso de adopción y, por tanto, impide que las parejas del mismo sexo puedan optar por este proceso. Esta situación desconoce así derechos fundamentales como la vida digna, la igualdad, la prohibición de no discriminación por motivos de orientación sexual, el derecho a conformar una familia y a no ser separados de ella y los principios del pluralismo

y la diversidad cultural y, para finalizar, el interés superior del menor en situación de adoptabilidad a conformar una familia. Como se puede observar, gran parte de los argumentos del accionante recaen sobre derechos de las parejas homosexuales (Corte Constitucional. Sala Plena, 2015).

La Corte Constitucional en la (Sentencia C-071, 2015) declaró constitucionales los artículos demandados, en el entendido que esas normas también le son aplicables a parejas conformadas por personas del mismo sexo en aquellos casos en los que la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de uno de los compañeros permanentes, es decir, confirmó lo antes dicho por la Sentencia (Sentencia SU-617, 2014). Frente a la adopción complementaria o por consentimiento, no obstante, dejó pendiente la discusión sobre la adopción conjunta.

Paradójicamente el Procurador General de la Nación, cargo que para la época ocupaba Alejandro Ordóñez y que en Colombia tiene la misión de velar por los derechos humanos, inició una cruzada contra las decisiones progresistas de la Corte Constitucional en materia de adopción homoparental. En este sentido presentó dos solicitudes de nulidad de la (Sentencia C-071, 2015), la primera le fue negada en el Auto 235 de 2015, pues para la Corte no era posible pronunciarse frente a los reproches al comunicado de prensa que era lo cuestionado por el Procurador y en el Auto 180 de 2016, la Corte decide negar la nulidad ya que el Ministerio Público no probó las causales alegadas.

Al poco tiempo de proferida la sentencia que se viene comentando, la Corte Constitucional retomó el asunto de estudio, pues de nuevo varios ciudadanos, haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad, demandaron los artículos 64, 66 y 68 (parciales) del Código de la Infancia y la Adolescencia, con el argumento que vulneraban los derechos de las parejas homoparentales a adoptar frente a las parejas heterosexuales. La demanda reclamaba el derecho fundamental de los niños en situación de adoptabilidad a tener una familia, lo anterior conforme a los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución colombiana.

Así entonces, en la Sentencia (Sentencia C-683, 2015), los demandantes tenían la pretensión de que se declararan inexecutable las normas acusadas porque eran contrarias a derechos fundamentales como la igualdad, y a los derechos de los niños como el de tener una familia, por ejemplo. Argumentaban asimismo que las normas demandadas vulneraban la normativa internacional que protege derechos fundamentales y, por ende, el bloque de constitucionalidad. A juicio de los accionantes, estas normas generaban un déficit a la hora de hacer efectivos los derechos en mención. En ese orden de ideas, la normativa cuestionada descartaba a las parejas homosexuales que pretendían iniciar un proceso de adopción pues, en definitiva, resultaban tratadas bajo diferentes condiciones que las de las parejas

heterosexuales, condiciones claramente excluyentes de la pareja homosexual como grupo familiar idóneo para adoptar. Con lo anterior se vulneraban, de paso, los derechos de los niños en situación de adoptabilidad.

La Corte Constitucional analizó la acción en contra de las normas parcialmente acusadas. Para ello se basó en la jurisprudencia producida, la evidencia científica y el derecho comparado, con la finalidad de proteger al menor por el déficit de la normativa y de la situación que se genera cuando se niega al niño la opción de crecer en un grupo familiar que lo acompañe en todos sus procesos de crecimiento y formación (Sentencia C-071, 2015).

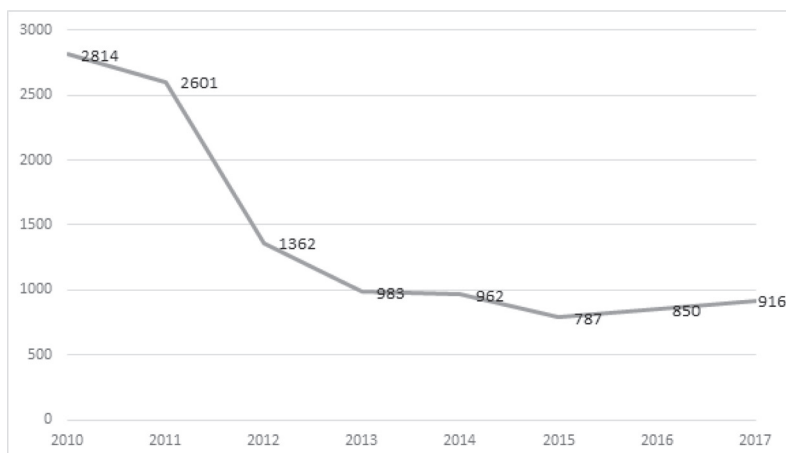
Acorde con la jurisprudencia comparada, con los conceptos técnicos emitidos por investigadores en el campo de la psicología y con la evidencia científica se concluyó que no hay afectación del interés superior del menor en el caso que este crezca en una familia homoparental, por el contrario, la adopción por parte de parejas homoparentales se ha presentado como una medida de protección del niño y en ese sentido, el ICBF debe realizar un análisis a cada caso concreto y debe valorar la idoneidad de los padres que desean adoptar y su estabilidad socioeconómica. Deja claro la Corte que la adopción no es un derecho, por lo tanto, no hay discriminación de las parejas homosexuales frente a las heterosexuales que pretendan adoptar:

La adopción no es un derecho del futuro o eventual adoptante, sino una medida de protección en favor de los niños y, en ese sentido, se deduce que de ninguna forma las normas sobre adopción le están negando a las parejas del mismo sexo un derecho que sí se les garantiza a las uniones heterosexuales, en tanto que ese derecho simplemente no existe (Sentencia C-683, 2015).

Pero la orientación sexual de una persona no puede ser tenida en cuenta como criterio de exclusión en un proceso de adopción pues, *“según la Corte, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional, la orientación sexual de una persona o su sexo no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar”* (2015). La sala plena de la Corte Constitucional aprobó esta decisión por seis votos a favor y dos en contra, la ponencia argumenta que, tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, pueden agotar el proceso de adopción conjunta cuando cumplan con los requisitos exigidos por ley<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Esta sentencia también fue objeto de solicitud de nulidad por parte de la Procuraduría General de la Nación, la cual fue negada en el Auto 244 de 2016, con el argumento que el inconformismo del Procurador no es razón, ni válida ni suficiente para la declaratoria de nulidad de una sentencia, e incluso se invita al alto funcionario a hacer un uso racional de sus competencias.

La siguiente figura muestra el número de personas que han adoptado de manera conjunta entre los años 2010 y 2017 y no eran parejas homoparentales pues no estaba permitida en el país. Desde la Sentencia C 071 de 2015 y su implementación a cargo del ICBF en el año 2017 y hasta el 14 de septiembre del 2018, 5 parejas del mismo sexo han adoptado en Colombia (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2018).



**Figura 3.** Número de adopciones conjuntas realizadas en Colombia entre 2010 y 2017

Fuente: ICBF, 2018.

#### **4. La adopción no es un proceso que deba ser determinado por la orientación sexual del adoptante sino por su idoneidad**

El artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia exige, como requisito para la adopción, la idoneidad física, mental, moral y social, esto con el fin de asegurar las mejores condiciones para el cuidado y atención de las necesidades del menor que se integra a una familia. Podemos definir la idoneidad en los siguientes términos (Rolong Arias & Pábon Giraldo, 2018):

- **Idoneidad física:** se describe como la salud física de los peticionarios, deben tener una buena y permanente relación emocional paterno filial. La salud debe ser buena, que no conlleve discapacidad seria, supervivencia corta o cualquier otro obstáculo serio para la relación paterno filial. La debe certificar un médico.
- **Idoneidad mental:** es entendida como los rasgos de personalidad que indiquen funcionamiento adaptativo, salud mental, la estabilidad emocional y afectiva, capacidad para establecer y mantener vínculos para relacionarse

adecuadamente consigo mismo, con los otros y con el entorno, para ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite al menor, niña o adolescente un desarrollo equilibrado. La idoneidad mental se prueba con entrevistas psicológicas y psiquiátricas y valoración de trabajo social. En el ámbito psicológico existen múltiples métodos para analizar la personalidad y sus variaciones de individuo a individuo, una parte de las cuales tiene como herramienta fundamental un análisis cuantitativo mediante la estadística y técnicas psicométricas. Es importante que el profesional en psicología cuente con unos elementos de verificación adecuados y validados y estandarizados que permitan unos resultados idóneos.

- Idoneidad moral: está referida a la noción de moral social o moral pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética. Esta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio o país y es aceptada como norma ética de convivencia, pero no determinada por la preferencia sexual. (pág. 178)

Así pues, el hecho de que las personas con orientación sexual diversa puedan adoptar, no se da porque la adopción sea un derecho del adoptante, sino que existe porque salvaguarda los derechos prevalentes del menor en situación de adaptabilidad, especialmente el derecho a acceder a una familia y, en esa medida, la adopción no puede ser determinada por la orientación sexual del o los adoptantes sino por su idoneidad física, mental y moral. Tener en cuenta esto nos permitirá construir sociedades respetuosas e incluyentes (Estrada, 2011).

La Corte Constitucional de Colombia, yendo en contra de los sectores más conservadores del país, ha jugado un papel determinante a la hora materializar los principios y derechos fundamentales sobre los que se sustenta nuestra Constitución frente a la adopción homoparental. Las decisiones de la Corte en los últimos cinco años han estado encaminadas a salvaguardar los derechos de los niños, pero al mismo tiempo se ha eliminado una discriminación que recaía sobre las personas con orientación sexual diversa (Vallejo Gómez, 2019). Lo anterior es un referente a tener en cuenta por el constitucionalismo latinoamericano<sup>6</sup>. La Corte no solo se ha adaptado a los cambios socio-culturales y las exigencias de la sociedad actual (Patiño & Laura, 2019), sino que también ha sido motor de esos cambios<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Sobre los avances del constitucionalismo latinoamericano en los últimos 50 años se puede consultar a Villabella y su trabajo *El constitucionalismo contemporáneo de América Latina: breve estudio comparado*.

<sup>7</sup> “El análisis jurisprudencial realizado en la presente investigación demuestra el valor de los fallos de la Corte Constitucional para mantener el ordenamiento jurídico vivo, al adaptarse progresivamente a los cambios socio-culturales y a las exigencias de la sociedad actual” (Patiño & Laura, 2019).

## Conclusiones

En Colombia, la definición de la familia ha cambiado con los años. Durante mucho tiempo estuvo enmarcada dentro del matrimonio, pero hoy es entendida como un concepto extenso que incluye toda unión signada por lazos de afecto, comunidad de vida y ayuda mutua entre personas que viven bajo un mismo techo. No tienen que estar unidas por el matrimonio, como lo afirman las concepciones tradicionales, puede existir solo la convivencia, no se determina por la orientación sexual de quienes la conforman y las relaciones en las que se sustentan pueden ser vínculos consanguíneos, extramatrimoniales, adoptivos o de crianza, existentes entre padres e hijos, abuelos y nietos, tíos y sobrinos, compañeros permanentes, entre otros.

La Corte Constitucional colombiana en unas primeras decisiones relativas al asunto de este artículo (Sentencia T-290, 1995) y (Sentencia C-814, 2001) les negó a las personas con orientación sexual diversa la posibilidad de adoptar. Con posterioridad, y dados los cambios sociales, ha interpretado de manera sistemática y no gramatical el artículo 42 de la (Constitución Política de Colombia, 1991) que define la familia y se hizo necesario, entonces, adaptar una ficción, como lo es la adopción, a esta nueva realidad social y jurídica.

El cambio fue posible gracias al Tribunal Constitucional que de manera gradual les reconoció a las personas con orientación sexual diversa la posibilidad de adoptar, primero de manera individual o monoparental (Sentencia T-276, 2012), luego, adopción complementaria o por consentimiento, cuando uno de los miembros de la pareja homosexual pretende adoptar el hijo(a) biológico(a) de su compañero(a) (Sentencia SU-617, 2014) y (Sentencia C-071, 2015), para concluir con la adopción conjunta, es decir cuando una pareja homosexual, ya sean cónyuges o compañeros permanentes, decide adoptar un menor (Sentencia C-683, 2015).

Entre los años 2017 (año de la implementación de la adopción por parte de personas con orientación sexual diversa por parte del ICBF) y el 14 de septiembre de 2018, solo once parejas con esta condición han adoptado en el país, seis de ellas fueron adopciones conjuntas y cinco complementarias, y mientras tanto, 9277 niños y adolescentes siguen esperando ser adoptados.

En Colombia, gracias a la Corte Constitucional, quedó claro que la adopción no es un asunto determinado por la orientación sexual de quien adopta, sino por su idoneidad física, mental y moral.

## Referencias

- Alarcón, Y. (2011). Constitucionalismo y garantismo en los derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia. *Vniversias*, 60(122), 363-394. doi:10.11144
- Álvarez Pertuz, A. (2011). Constitucionalización del derecho de familia. *Revista Jurídica CUC*, 7(1), 27-51. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4919253>
- Alventosa del Río, J. (2008). *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Madrid: Gobierno de España.
- Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Jurídica*, 79-102. doi:10.18046
- Carrillo, A. (1 de Diciembre de 2016). Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana. *Academia & Derecho*(13), 119-142. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/285>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Organización de los Estados Americanos.
- Constitución Política de Colombia. (5 de Agosto de 1886). Consejo Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>
- Constitución Política de Colombia. (20 de Julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Decreto Ley 2591. (19 de Noviembre de 1991). Presidencia de la República. *por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2591\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html)
- Estrada, S. (2011). Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. *Revista de Derecho*(36), 126-159. Obtenido de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972011000200007&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972011000200007&script=sci_abstract&tlng=es)
- Estupiñan Velandia, J. (2016). Evolución del concepto de familia bajo el Estado social de derecho. *FUAC*, 9(15), 164 -179. Obtenido de <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/649/602>



- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (24 de Octubre de 2014). Concepto de carácter científico relacionado con los efectos que, para el desarrollo integral de una niña, un niño o un adolescente, podría tener el hecho de ser adoptado por una pareja del mismo sexo. Obtenido de icbf.gov.co: <https://www.dropbox.com/s/gc26auavcvn93o2/Concepto%20ICBF2.pdf?dl=0>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2018). *El programa de adopciones de la dirección de protección*. Obtenido de icbf.gov.co: [icbf.gov.co/sites/default/files/infografia\\_de\\_programa\\_de\\_adopciones\\_2\\_observaciones\\_finales\\_002\\_2.pdf](http://icbf.gov.co/sites/default/files/infografia_de_programa_de_adopciones_2_observaciones_finales_002_2.pdf)
- Kamelmajer de Carlucci, R. (2010). *El nuevo derecho de familia: visión doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá D.C.: Ibañez.
- Ley 1098. (8 de Noviembre de 2006). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1098\\_2006.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html)
- Ley 54. (28 de Diciembre de 1990). Congreso de la República. *Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 39.615 del 31 de diciembre de 1990. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0054\\_1990.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0054_1990.htm)
- Ley 54. (28 de Diciembre de 1990). Congreso de la República. *Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 39.615 del 31 de diciembre de de 1990. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0054\\_1990.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0054_1990.htm)
- Ley 57. (15 de Abril de 1885). Congreso de la República. *Código Civil*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 7019, de 20 de abril de 1887. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Loewenstein, K. (1975). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Londoño Jaramillo, M. (2014). Derechos de las parejas del mismo sexo Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Opinión Jurídica*, 11(22), 45-64. Obtenido de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/552>
- López Medina, D. (2016). *Cómo se construyen los derechos*. Bogotá: Legis.
- Matarazzo, S. (2016). La adopción en Colombia: un proceso judicial, psicológico y emocional. Reflexión a partir de una experiencia personal. *Revista de Derecho Privado*(31), 409-427. Obtenido de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0123-43662016000200016](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662016000200016)
- Mendieta Gonzáles, D. (2010). La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia. *Vniversitas*, 59(120), 61-84. Obtenido de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14451#:~:text=La%20acci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20de%20inconstitucionalidad,diecinueve%20antes%20de%20que%20Kelsen>

- Mendieta, D., & Tobón, M. L. (2018). La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, X(3), 278-289. Obtenido de <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.103.05>
- Muñoz, F. (2013). El núcleo fundamental de la sociedad: los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta. *Revista Ius et Praxis*, XIX(1), 7-34. doi:10.4067
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (10 de Noviembre de 1989). *Observaciones generales adoptadas por el Comité de derechos humanos*. Obtenido de Instrumento de Derechos Humanos: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen2.html#discriminacion>
- Parra Benítez, J. (2008). *Derecho de familia*. Bogotá D.C.: Temis.
- Patiño, J., & Laura, G. (2019). La pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 207-236. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/6002>
- Pradilla-Rivera, S. J. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño (a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia ya no ser separados de ella. *Universidad del Rosario*, 13(1), 329-348. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1509>
- Quinche Ramírez, M. (2013). *El derecho judicial de la población LGTB y la familia diversa*. Bogotá D.C.: Legis.
- Resolución 217 A (III). (10 de Diciembre de 1948). Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris, Francia: ONU. Obtenido de <https://undocs.org/es/A/RES/217>
- Resolución 3748. (6 de Septiembre de 2010). Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). *Por la cual se aprueba el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopciones y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.850 de 2 de octubre de 2010. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion\\_icbf\\_3748\\_2010.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_3748_2010.htm)
- Resolución 44/25. (20 de Noviembre de 1989). United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF). *Convención Sobre los Derechos del Niño*. Madrid, España: Unicef comité español. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Rolong Arias, K., & Pábon Giraldo, L. (2018). La adopción por personas del mismo sexo en Colombia una medida para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en condición de vulnerabilidad. *Academia & Derecho*, 9(16), 163-184. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/308>

- Sangalli, M., Ortíz, F., Wajzman, M., Sánchez, C., & Schmidt, C. (2014). El interés superior del niño en las adopciones homoparentales. *Lecciones y Ensayos*(92), 217-232. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/92/el-interes-superior-del-nino-en-las-adopciones-homoparentales.pdf>
- Sentencia C-071. (18 de Febrero de 2015). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-10315. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>
- Sentencia C-075. (7 de Febrero de 2007). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-6362. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>
- Sentencia C-238. (22 de Marzo de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-8662. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-238-12.htm>
- Sentencia C-336. (16 de Abril de 2008). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-6947. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>
- Sentencia C-577. (26 de Julio de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expedientes acumulados D-8367 y D-8376. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>
- Sentencia C-683. (4 de Noviembre de 2015). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-10371. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-683-15.htm>
- Sentencia C-798. (20 de Agosto de 2008). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-7177. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-798-08.htm>
- Sentencia C-814. (2 de Agosto de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-3378. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-814-01.htm>
- Sentencia SU-214. (28 de Abril de 2016). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Alberto Rojas Ríos*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-4.167.863 AC. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm>
- Sentencia SU-617. (28 de Agosto de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Luis Guillermo Guerrero Pérez*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-2597191. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU617-14.htm>
- Sentencia T-276. (11 de Abril de 2012). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. M.P: *Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia:

- expediente T-3'242.483. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>
- Sentencia T-290. (5 de Julio de 1995). Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.: Expediente No. T- 63127.
- Tobón, M. L., & Mendieta, D. (2018). El (des) control de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 16(2), 51-84. Obtenido de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002018000200051](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000200051)
- Uprimny, R., & Sánchez, L. M. (2012). Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después. *Cahiers des Amériques latines*, 71, 33-53. doi:10.4000
- Vallejo Gómez, J. D. (2019). Adopción homoparental en Colombia y principio de progresividad en materia de Derechos Humanos. *Diálogos de Derecho y Política*(22), 101-121. Obtenido de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/338188>
- Villabella Armengol, C. M. (2017). El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 50(149), 943-978. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/11362>