

**Transformaciones jurisprudenciales sobre la adopción por parte de parejas del mismo
sexo dentro del constitucionalismo colombiano**

Estudiante:

Rosa Elena Quiceno Reyes

**Artículo científico como prerrequisito para optar por el título de Especialista en Derecho
de Familia**

Docente:

MMag. Magdalena Schaffler LL.M. (Göttingen)

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA

SANTIAGO DE CALI

2019

Resumen:

Este artículo científico pretendió realizar un análisis jurisprudencial sobre las sentencias de la Corte Constitucional en las que se forjó el camino hacia el reconocimiento de los derechos para las parejas del mismo sexo a adoptar niños, niñas y adolescentes en Colombia. Este desarrollo jurisprudencial que ha beneficiado a la comunidad LGTBI no pudo darse en otros escenarios de mayor participación democrática, como el Congreso de la República, y de ahí, deriva su importancia jurídica, desde que el reconocimiento de derechos jurídicos se dio por vía de tutela ante la Corte Constitucional. Así, se analizará el *stare decisis* en una línea temporal que dé cuenta de los reveses y triunfos que permitieron establecer el estado de cosas que protege la Corte Constitucional hoy día.

Abstract:

The present essay intends to carry out a jurisprudential analysis on the sentences of the Constitutional Court in which the path towards the recognition of the rights for same-sex couples to adopt children and adolescents in Colombia was forged. This jurisprudential development that has benefited the LGTBI community could not occur in other scenarios of greater democratic participation, such as the Congress of the Republic, and hence derives its legal importance, since the recognition of legal rights was given via of protection before the Constitutional Court. Thus, the *stare decisis* will be analyzed in a time line that accounts for the setbacks and triumphs that allowed to establish the state of things that the Court protects today.

Introducción

El presente ensayo realiza un análisis jurisprudencial sobre las sentencias de la Corte Constitucional que forjaron el camino hacia el reconocimiento de los derechos para las parejas del mismo sexo a adoptar menores en Colombia. Desafortunadamente tras la imposibilidad de que el reconocimiento de estos derechos no pudiera darse en otros escenarios de mayor participación democrática, como el Congreso de la República; tal situación llevó a la Corte Constitucional a desplegar un activismo judicial que generó mucha controversia en su momento y respuestas de muchos frentes políticos, jurídicos y de otros escenarios.

El objetivo general de este artículo científico es analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la adopción igualitaria. Los objetivos generales serán dos, por una parte, determinar el alcance de la adopción de menores de edad para parejas del mismo sexo y, el segundo objetivo será analizar la doctrina sobre principios relevante para los desarrollos constitucionales. El método que se usará será el inductivo, pues este ensayo tendrá su apertura a partir del estudio de casos de sentencias de tutela para analizar, a partir de ahí los contextos y las consecuencias jurídico-políticas que generan los casos en mención.

El marco teórico en el que versan las discusiones sobre este tema cruzan, las teorías sobre el derecho a la igualdad, principio de legalidad y el pluralismo jurídico, teorías éstas que permitieron frente a los fallos emitidos por la Corte Constitucional en sus sentencias, analizar e interpretar el derecho a la adopción igualitaria para parejas del mismo sexo. Autores como Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, entre otros, son los cimientos en los que descansan los alcances dentro del Estado de Derecho, el Estado Constitucional, el rol de los derechos fundamentales y la función del juez dentro del Estado Constitucional.

El trabajo emprendido para cumplir con el objetivo general trazado comienza por analizar la categoría de constitucionalismo garantista y su estrecha relación con el principio de proporcionalidad, así, en esta parte nos detendremos a realizar una aproximación doctrinal sobre estos aspectos para comprender su papel en la configuración de los derechos de las parejas del mismo sexo dentro del ordenamiento jurídico; luego, analizaremos detenidamente, en una clase de deconstrucción, el principio de proporcionalidad, para explorar sus elementos constitutivos y la aproximación de estos frente a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, para configurar el hilo argumentativo que se planteó en la jurisprudencia constitucional y que

permitió el reconocimiento de esta prerrogativa por vía de precedente obligatorio que constituirá el último eslabón en la cadena argumentativa del presente artículo científico.

¿Qué es el constitucionalismo garantista y cómo se relaciona con el principio de proporcionalidad?

El constitucionalismo garantista es una corriente del derecho que ubica en el núcleo de su atención a los derechos fundamentales y la relación entre Estado e individuo. Las garantías son medios de tutela que aseguran el cumplimiento de estos derechos fundamentales y los protegen ante el riesgo de violación por parte de terceros o agentes del Estado. Luigi Ferrajoli expresa que el garantismo se describe a través de tres significados positivistas: el de “un modelo de derecho”, como “teoría de derecho” y como “filosofía del derecho”. (Ferrajoli, 2004, p. 20)

El garantismo constitucional como modelo de derecho se caracteriza por la positivización de los principios que cimientan las normas, así, en este modelo, el Derecho es un sistema de límites y vínculos al poder público, que protege los bienes e intereses perseguidos y que son impuestos por las Constituciones rígidas:

Como modelo de Derecho, el constitucionalismo garantista se caracteriza, con respecto al modelo paleo-positivista, por la positivización también de los principios a los que debe someterse la entera producción normativa. Así, se concibe como un sistema de límites y vínculos impuestos por constituciones rígidas a todos los poderes y garantizados por el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre su ejercicio: de límites impuestos en garantía del principio de igualdad y de los derechos de libertad, cuya violación por acción da lugar a antinomias, es decir a leyes inválidas que requieren ser anuladas mediante la intervención jurisdiccional; de vínculos impuestos esencialmente en garantía de los derechos sociales, cuyo incumplimiento por omisión da lugar a lagunas que deben ser colmadas por la intervención legislativa” (Ferrajoli, 2011, pp. 25-26).

El garantismo constitucional como teoría hace referencia a una tesis metodológica de aproximación al Derecho que mantiene la separación entre “ser” y “deber ser”, entre “efectividad” y “normatividad”. Este modelo desde la perspectiva garantista distingue la divergencia entre “validez y eficacia” de las normas, categorías que difieren entre sí, por su vigencia o existencia, exigiendo una posición crítica frente a la ley, con el objeto de evitar su eficacia parcial ante el ordenamiento:

Como teoría del Derecho, el constitucionalismo positivista o garantista es una teoría que tematiza la divergencia entre deber ser (constitucional) y ser

(legislativo) del Derecho. Con respecto a la teoría paleo-positivista, se caracteriza por la distinción y la virtual divergencia entre validez y vigencia, dado que admite la existencia de normas vigentes —por resultar conformes a las normas formales sobre su formación— pero que, sin embargo, son inválidas por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción” (Ferrajoli, 2011, pp. 25-26)

El garantismo constitucional como filosofía del derecho, se fundamenta en una teoría de democracia formal y sustancial, en lo formal hace referencia al imperio de la ley y en lo material a la vinculación de todos los poderes del Estado en la búsqueda de la plena satisfacción de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2011, pág. 26).

El papel de los derechos fundamentales en el estado constitucional

Los derechos fundamentales son una parte esencial del constitucionalismo contemporáneo, puesto que constituyen la principal garantía para los derechos de todos los ciudadanos de un Estado de derecho, orientando hacia el respeto de toda persona, constituyéndose como inalienables e intransferibles. Son realidades jurídicas expresadas en la codificación de un sistema constitucional, siendo un tema de derecho positivo porque se refiere a la manera en la que aparecen plasmados formalmente en una sociedad política o nación determinada, para su protección (Ferrajoli, 2004, p. 37). Desde una visión instrumental, afirma Ferrajoli, estos derechos se pueden considerar inherentes a todos los seres humanos bajo un carácter universal. Estos derechos, deben tomarse como reglas y no como principios sujetos a ponderación:

El fundamento axiológico externo del derecho: fundamento jurídico, puesto que viene positivamente consagrado y, sin embargo, lugar de expresión de la autonomía y la primacía del punto de vista ético-político o externo sobre el jurídico o el interno; campo de las garantías jurídicas tanto de la democracia formal como de la sustancial, pero precisamente por esto lógicamente diferenciado y axiológicamente separado del campo de las situaciones jurídicas, sean privadas o públicas, del mismo modo que la sociedad y los individuos están separados del Estado y la moral está separada del derecho (Ferrajoli, 1995, pp. 905-906)

Robert Alexy afirma que éstos deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental, siendo esta teoría, acogida en América

Latina tanto por tribunales como por cortes. Adicionalmente, los derechos fundamentales fuera de reglas también pueden tener carácter de principio, entendidos como mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. (Alexy, 2008, p. 85)

¿Cuáles son los sub principios que componen el principio de proporcionalidad y cómo se aproximan al problema de la adopción por parte de parejas del mismo sexo?

Los Estados son los encargados del reconocimiento y protección del ejercicio de los derechos fundamentales a través de su ordenamiento jurídico, reconociendo derechos subjetivos de aplicación inmediata, directa o indirectamente contenidos en las constituciones y en los pactos internacionales.

1.1.El principio de proporcionalidad

Dice Carlos Bernal Pulido que el principio de proporcionalidad “es un criterio metodológico para determinar si cierta intervención de los poderes públicos en un derecho fundamental es o no contraria a la Constitución” (Bernal-Pulido, 2009, pp. 49-50). Así pues, lo que intenta poner de presente el autor es que los derechos constitucionalmente reconocidos, los cuales tienen un amplio margen de construcción semántica y ontológica, deben ser interpretados y reglamentados dentro de los sistemas jurídicos, y este autor advierte que la juridización de estos derechos y su relación con el principio de proporcionalidad está ligado con el papel del Congreso por ser el legislativo y que ese papel de intervenir en un derecho significa perseguir un fin constitucionalmente legítimo, así pues si en la configuración de uno de estos derechos, el papel del legislativo se torna en un fin constitucionalmente ilegítimo y por ende, dicha norma debe ser considerada inconstitucional “por carecer de razonabilidad” (Bernal-Pulido, 2009, p. 50).

Así pues, el principio de razonabilidad debe corresponder con el de proporcionalidad, debido a que éste sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado (Corte Constitucional, Sentencia C-576 de 2004, pág. 16).

La Corte Constitucional ha definido, en la Sentencia C-144 de 2015 este principio como: “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, y sobre su alcance ha expresado que es una herramienta de la que se ha valido el derecho constitucional para medir, controlar y determinar que la esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad y equilibrio para que se correspondan a los preceptos, principios y valores plasmados en la Constitución que al ser confrontados con los casos en concreto, apoyarán a los jueces en su interpretación y alcance de los contenidos fácticos dándole un mayor valor constitucional. (Corte Constitucional, Sentencia C-144, 2015, p. 71)

En la Sentencia C-576 de 2004, la Corte Constitucional toma su decisión justificándose en el test de razonabilidad. El test está compuesto por tres etapas: *i)* la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual *ii)* la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, *iii)* la razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido”, esta última etapa la subdivide en la aplicación de tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad; estas etapas, respecto a lo expuesto en la Sentencia C-576 de 2004, no se dan en orden estricto, sino que éste está sujeto a necesidades lógicas y metodológicas, es decir que se transitarán de forma gradual, lo que significa que se pasará a la siguiente cuando se haya realizado con éxito la anterior. (Corte Constitucional, Sentencia C-576, 2004, p. 38)

Bernal Pulido, hace referencia al principio de proporcionalidad como un método jurídico aplicado por los tribunales constitucionales en el mundo, cuya finalidad es la búsqueda de una norma jurídica en abstracto que regule adecuadamente la intervención de un derecho fundamental y que evalúe su constitucionalidad, como también valorar si una decisión judicial, administrativa y/o particular, presupone de algún conflicto o colisión entre derechos fundamentales; para este autor es importante que este principio se desarrolle bajo un conjunto de tres elementos o subprincipios a los que él llamó: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; que serán aplicados de acuerdo a su exigencia (Bernal-Pulido, 2007, pág. 41), puesto que si una medida de intervención de los derechos fundamentales no cumple los requerimientos de estos subprincipios, vulnerará el derecho fundamental intervenido y por esta razón tendrá que declararse inconstitucional (Bernal-Pulido, 2007, págs. 41-43).

A fin de hacer una precisión sobre el estatus jurídico y el fundamento constitucional, es preciso aclarar que éste no es un principio constitucional en el sentido estricto de la expresión, es decir, que se encuentre tipificado dentro del texto constitucional, pues para su aplicación y admisibilidad en el ámbito de la jurisdicción constitucional, se debe determinar a qué tipo de entidad jurídica pertenece y de dónde proviene su validez, por lo que no va aparecer en las disposiciones de los derechos fundamentales sino que hará parte de las argumentaciones de los tribunales constitucionales, que evaluarán la compatibilidad de la ley con la Constitución (Bernal-Pulido, 2007, pág. 505).

Según la Corte Constitucional existe una diferencia empírica que permite hacer una distinción razonable entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales en materia de adopción. Para la Corte Constitucional no toda diferenciación entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales genera necesariamente discriminación y violación del derecho a la igualdad. Solamente es ilegítima la diferenciación que genera un déficit de protección de las parejas del mismo sexo porque no puede ser adecuadamente justificada como política pública legítima del Estado dentro de los pasos del test de igualdad. En el caso de la adopción, la finalidad de esta institución constituye una diferencia que valida la distinción entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo. La adopción según la Corte Constitucional, es una institución que tiene como objeto suplir las relaciones de filiación que tienen origen en los vínculos naturales de la progenitura y que esencialmente se establecen con un hombre y una mujer. Si este es el propósito de la adopción, entonces sí es relevante la diferencia entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo. El hecho de que los vínculos que se pretenden suplir provengan biológicamente de un hombre y una mujer crea una diferencia significativa entre parejas heterosexuales y homosexuales sobre la deseabilidad y convivencia de la adopción.

La ambivalencia legal sobre la adopción y matrimonio de las parejas del mismo sexo ha ocasionado reacciones de la comunidad LGTB¹, quienes han sentido vulnerados sus derechos fundamentales, acudiendo al juez constitucional para que se pronuncie y verifique la posible existencia de un daño respecto del caso concreto, que lo lleven a tomar decisiones libres e informadas, pero que al final no son sustentadas con motivaciones objetivas, razonables ni

¹ El movimiento LGBTBI representa la minoría social de personas con preferencias sexuales diversas, que en todo momento significa contrario a los heterosexuales. Cada una de esas siglas representa la inicial de cada uno de estos géneros diversos, como Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales.

jurídicas, sino a través de un sentir de prejuicios y estereotipos sociales que no tienen cabida dentro de un Estado social de derecho como el proclamado en la Constitución Política de 1991.

Para el caso concreto de la Sentencia C-071 de 2015 y de acuerdo a las normas demandadas, se podrá dilucidar sometiéndolo al riguroso estudio de los subprincipios antes mencionados, como son el de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, siendo este último el que permitirá dotar de enfoque dicho análisis sobre el tratamiento diferenciado a las parejas del mismo sexo con respecto a las heterosexuales, acorde a los valores y principios consagrados en la Constitución Política de 1991, para establecer si existieron limitaciones fundadas en el criterio de diferenciación como lo es, la orientación sexual y la defensa del principio moral adoptado por la Corte Constitucional al momento de decidir sobre la aprobación de la adopción igualitaria.

1.2.Sub principio de adecuación o idoneidad

Señala Bernal Pulido que “toda intervención en los derechos fundamentales debe de ser adecuada o idónea para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” (Bernal-Pulido, 2007, pág. 42), es decir “que impone dos exigencias: una legitimidad constitucional del fin y la adecuación o idoneidad de la medida examinada, por tanto para que sea legítima la medida, debe perseguir la protección de un derecho fundamental o de un bien jurídico y para que la medida sea idónea, debe tener algún tipo de relación fáctica con el fin que se propone, contribuyendo de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o de un bien jurídico” (Bernal-Pulido, 2007, pág. 42)

Bernal Pulido menciona que este sub principio excluye la adopción de medios que perjudiquen u obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado o que infrinjan un derecho constitucional, es decir, que un medio adoptado para promover un derecho de protección, no es adecuado o idóneo para dicho objeto si infringe u obstruye el derecho de defensa, situación que determinará que sea calificado de desproporcionado e inconstitucional. Este subprincipio es visto entonces como una expresión o manifestación de la idea del Óptimo de Pareto, donde una posición puede ser mejorada sin perjudicar ni desmejorar otra. (Bernal-Pulido, 2007, pág. 13)

1.3.Sub principio de necesidad

Este subprincipio supone que toda la intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revisten la misma idoneidad para alcanzar su objetivo, es por esto que Bernal hace énfasis en este segundo subprincipio, en que toda medida intervenida y cuestionada con respecto a los derechos fundamentales debe de ser necesaria y no debe existir ningún otro medio alternativo que tenga la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto o que cumpliendo de igual forma con su fin legítimo, pudiesen resultar más benignos o menos lesivos con el derecho afectado (Bernal-Pulido, 2007, p.40) La Corte Constitucional a través de Sentencia T-422 de 1996, también ha dicho sobre este subprincipio que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin. (Corte Constitucional, Sentencia T-422, 1996, p. 37)

Siguiendo la teoría Alexiana, este subprincipio también es una expresión o manifestación de la idea del Óptimo de Pareto, que busca mejorar una posición sin afectar al otro, siempre y cuando exista un medio más benigno o igualmente idóneo, realizando también una selección de medios como se da en el subprincipio de idoneidad (Alexy, 2008, pág. 526). Este subprincipio “exige que de entre dos medios igualmente idóneos, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo, si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra” (Alexy, 2008, p. 14).

1.4.Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Según Bernal, este subprincipio conocido como de proporcionalidad en sentido estricto, corresponde a una comparación de derechos o principios en colisión o conflicto que son el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Teniendo en cuenta lo anterior para alcanzar dicho objetivo debe existir una relación entre la importancia del objetivo perseguido y el significado del derecho intervenido, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general- (Bernal-Pulido, 2007, pág. 42).

¿Cómo aplica el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre adopción por parte de parejas del mismo sexo?

En la Sentencia SU-617 de 2014, en la que la Corte Constitucional decidió la tutela presentada por una pareja de mujeres lesbianas que había decidido tener un hijo por medio de inseminación artificial heteróloga. Esta pareja, que vivía en unión marital de hecho desde 2005 suscribió en 2007 un contrato en Alemania para que una de las dos mujeres quedara embarazada por medio de reproducción asistida. En el contrato se especificó que el donante, quien era conocido por las dos mujeres, no tendría interés en su relación con el menor que estaba por nacer y que, por tanto, no se solicitaría la declaración de paternidad con el padre biológico. También se aclaró que, en lugar del donante, la segunda relación de filiación estaría a cargo de la pareja de la madre biológica de la menor. En el año 2009, luego del nacimiento de la menor, se solicitó la adopción de la recién nacida por parte de la compañera de la madre biológica. La Defensora de Familia declaró improcedente la solicitud y argumentó que la ley no permite la adopción a parejas del mismo sexo. En su posición defendió que, aunque el Código de Infancia y Adolescencia no exige heterosexualidad para la adopción monoparental de menores, el artículo 68 de dicho código se debe interpretar en el marco de la Constitución que reconoce como familia solo a la pareja heterosexual (para lo cual cita como sustento la Sentencia C-029 de 2009). Igualmente, sostuvo que el precedente de la Sentencia C-814 de 2001 impide la adopción por parte de parejas del mismo sexo y que, en el caso particular, no estaba acreditada la convivencia de la pareja durante al menos dos años ininterrumpidos (que es exigida por el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia).

Sin embargo, la Corte Constitucional hizo énfasis dentro de la misma Sentencia C-814 de 2001 que esta decisión se falla únicamente en el caso presentado por las dos mujeres, el cual deberá seguir con los trámites administrativos para la adopción, cumpliendo con los requisitos exigidos en la Ley 1098 de 2006 en su artículo 68.

Es así como a través del presente análisis se determinará si dicho problema jurídico se resolvió adecuadamente en materia de derechos fundamentales con respecto a las personas del mismo sexo:

1. Presupuestos fácticos: son compañero(a)s permanentes, por lo que cumplen con la exigencia normativa para adoptar.

2. Presupuestos normativos: el epicentro del análisis constitucional es el interés superior del menor. Las parejas del mismo constituyen familia y cuentan con protección constitucional, según Sentencia C-577 del 26 de julio de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
3. Causas legítimas: Artículo 1 (dignidad humana dentro en un Estado social de derecho), Artículo 13 (derecho a la igualdad), Artículo 14 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica estado civil), Artículo 15 (derecho a la intimidad y al buen nombre), Artículo 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), Artículo 42 (derecho a la autonomía reproductiva), Artículo 44 (derechos fundamentales de los niños)
4. La argumentación para negar la posibilidad del trámite de adopción en el caso de homosexuales, es la protección de:
 - a. La familia tal como está consagrada en la constitución, y;
 - b. El interés superior del menor

Es pertinente evaluar en estos aspectos, la constitucionalidad de los supuestos en los que se basa esta argumentación, para algunos hay sólo un tipo de familia que consagra, protege y permite la constitución: la familia heterosexual y monogámica, este presupuesto se sustenta en una interpretación equivocada del Artículo 42 de la Constitución Nacional, por tanto no hay razón para excluir de tal protección a la familia que surge de la unión homosexual, desconociendo el reconocimiento dado por la Corte Constitucional en la sentencia C-577de 2011.

El interés superior del menor se garantiza si únicamente se permite su adopción por parte de una pareja heterosexual, este presupuesto se puede controvertir al demostrar, de la mano de la mejor evidencia científica disponible, que la mayoría de los estudios sobre los efectos que puede ocasionar en un menor el hecho de ser criado en un ambiente homoparental, coinciden en que no se evidencia una afectación negativa en su desarrollo, dado que existen algunos estudios que discrepan de esta posición mayoritaria, por lo cual debe hacerse un examen más amplio sobre la función del juez constitucional en la valoración de pruebas empíricas.

La regla constitucional adecuada que debe formularse en el presente caso, es que mientras no exista un daño cierto y comprobado, no puede ejercerse una restricción de derechos fundamentales, máxime cuando está de por medio una categoría constitucionalmente sospechosa en materia de igualdad, que analizaremos a continuación:

1. Existe un fin constitucional que se persigue con el trato desigual, es decir que dicho trato desigual es un medio adecuado para alcanzar dicho fin (Sub-principio de idoneidad), en este caso existen dos fines objeto de protección que se deben de analizar: i) satisfacer los derechos de las parejas del mismo sexo y ii) efectivizar el derecho de los menores a tener una familia.
2. No existe un medio alternativo que se pueda alcanzar en igual grado, sin afectar la igualdad (sub-principio de necesidad).
3. Que la afectación en la igualdad es proporcional respecto de la importancia de garantizar el fin constitucional (ponderación).

Al llevar a cabo el análisis de idoneidad de la Sentencia C-071 de 2015 sobre posible vulneración del principio de igualdad de las parejas del mismo sexo en comparación con las heterosexuales (Artículo 13 de la Constitución Política); la presunta vulneración del derecho de estas parejas a conformar una familia (Artículo 42 de la Constitución Política), y al desconocimiento del interés superior del menor (Artículo 44 de la Constitución Política) al momento de la adopción del niño o niña, se tiene entonces que a través de estudios científicos, se ha reconocido que una familia conformada por una pareja del mismo sexo puede ser igual de adecuada que una pareja heterosexual a la hora de adoptar, pues tienen capacidad e idoneidad parental para garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño, cuyo fin legítimo es el de proteger su interés superior.

De acuerdo con el Artículo 44 de la constitución² y el Artículo 22 del Código de Infancia y Adolescencia³, los niños y niñas tienen derecho a tener una familia y no ser separados de ella. La adopción permite que los niños ingresen a una familia, en el caso de la adopción conjunta, o que

² Sobre los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes.

³ Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.

formalicen su vínculo familiar, en el caso de la adopción consentida, por lo anterior y de acuerdo al análisis se puede concluir que para que las regulaciones relativas a la adopción respondan al interés superior del niño, deben garantizar en la mayor medida de lo posible, el derecho a contar con una familia. Esta congruencia de disposiciones legal y constitucional es lo que Ferrajoli ha denominado constitucionalismo garantista, “en cuanto positivamente normativo en relación con la misma normación positiva, y en cuanto sistema de límites y vínculos sustanciales relativo al «qué», junto a los formales relativos al «quién» y al «cómo» de las decisiones” (Ferrajoli, 2012, pág. 23)

Es así como la Corte Constitucional en Sentencia C-577 de 2011, atendiendo a los principios sobre los que descansa Colombia como un Estado democrático, pluriétnico y multicultural, al principio de igualdad, y los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación, la sentencia C-577 de 2011, decidió revisar la relación entre parejas del mismo sexo y la familia, dándole un giro significativo a la interpretación acogida por ese Tribunal en sentencias anteriores, reconociendo en esta ocasión que: *i*) las parejas del mismo sexo pueden conformar familias y que *ii*) éstas deben recibir igual protección constitucional; por lo anterior se evidenció el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a conformar familia con igual protección jurídica que la familia heterosexual y monogámica, dejando de ser esta última la única que tiene pleno reconocimiento legal en el país. Este ejercicio jurisdiccional ha sido ampliamente trabajado por la doctrina, y el alcance ha repercutido además en América Latina, así lo destaca Carlos Bernal Pulido: “algunas Cortes Constitucionales de América Latina, en un claro ejercicio de control político a lo que, desde su punto de vista, constituye la insuficiencia de las políticas públicas, han aplicado directamente los derechos sociales y han escogido criterios óptimos para su satisfacción” (Bernal-Pulido, 2009, pág. 239)

En razón de esta variedad de opciones de vida, la Corte Constitucional señaló en Sentencia T-606 de 2013 que “La familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados (...) no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”.

De esta forma, la Corte Constitucional concluyó que la interpretación adecuada del artículo 42 de la Constitución Política, es la que reconoce como familia aquellas integradas por parejas del mismo sexo, según Sentencia C-577 de 2011. El alto tribunal consideró que los efectos jurídicos

propios de la familia se generan cuando entre los miembros de la pareja del mismo sexo se perciba el compromiso de

Forjar una auténtica comunidad de vida basada en el afecto y que comparte el propósito de mantener la convivencia mutua, proporcionarse acompañamiento y ayuda recíprocos, o de asumir en común las responsabilidades que atañen a la pareja y a su entorno compartido (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011).

De ese modo, la Corte Constitucional sostuvo en esta Sentencia que la familia puede tener su origen en vínculos naturales o jurídicos y que ellos pueden concretarse tanto por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, como de la familia conformada por dos personas del mismo sexo.

A partir de esta interpretación del artículo 42 de la Constitución de 1991, con la que se modificó el precedente de la Corte Constitucional en cuanto a que admitió que las parejas del mismo sexo también constituyen familia, y el derecho de los niños y niñas a tener una familia debe ser reconocido y garantizado admitiendo la adopción por parte de personas con orientación sexual e identidad de género no normativas, garantizando de esta manera al niño, niña o adolescente el derecho a tener una familia, que resulta legítima y compatible con la noción amplia de familia que existe en la actualidad en el ordenamiento jurídico del país.

En la presente sentencia, pese a los preceptos y requisitos legales y jurisprudenciales existentes en la legislación colombiana, se actuó de manera regresiva en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, en los siguientes aspectos:

1. El fallo emitido por la Corte Constitucional en la presente Sentencia vulneró el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la constitución y el derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia, dictaminado en el artículo 42 de la constitución.
2. Desconoció el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, señalado en el artículo 44 de la Constitución, a las adopciones conjuntas establecidos en el numeral 1° del artículo 64 y numeral 3° del artículo 68 la Ley 1098 de 2006, considerando la Corte Constitucional que:
 - a. Es facultad del Congreso determinar los efectos de la adopción estableciendo quiénes pueden ser adoptantes;

- b. La Corte Constitucional en la Sentencia C-071 de 2015 precisó además que “la extensión del nuevo concepto jurisprudencial de familia contenido en la sentencia C-577 de 2011 no implica una extensión automática y uniforme para todos los efectos legales y mucho menos para la adopción”;
- c. “La Sala sostuvo que la institución de la adopción conjunta, en las normas acusadas, está concebida y diseñada para suplir las relaciones de paternidad y maternidad, razón por la cual –según la opción actual del legislador- sólo pueden acudir a esta institución las parejas conformadas por hombre y mujer, lo cual no contradice ni el derecho a la igualdad, ni los preceptos del Artículo 42 Superior que se refieren a la familia”;
- d. La Corte en su fallo demuestra estas vulneraciones al hacer manifiesto “el alcance de cosa juzgada constitucional⁴ en la presente sentencia a los cargos analizados, cargos que, como ya se reseñó, estuvieron circunscritos a la presunta vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo a la igualdad y a tener una familia, pero no se examinó el cuestionamiento relativo a la afectación del interés superior de menor, concebido en el Artículo 44 de la Constitución Política de 1991. En efecto, negar a todas las parejas del mismo sexo, la posibilidad de adoptar solo en razón de su orientación sexual y no por motivos objetivos, referidos a su capacidad individual para ser padres o madres adoptantes, asigna un valor intrínseco inferior a los homosexuales que los heterosexuales, y niega sin posibilidad de contradicción alguna la idoneidad de éstos para asumir un rol clásico en la sociedad. La limitación de la adopción para personas no heterosexuales impide el desarrollo de la dignidad humana entendida como vivir como quieran, vivir bien y vivir sin humillaciones.

En este juicio ha de acreditarse: (i) que la política o decisión adoptada buscó conseguir una necesidad social no sólo importante sino imperiosa; (ii) que los medios elegidos para conseguir

⁴ “De esta manera, la Sentencia C-071-15 configura cosa juzgada constitucional en relación con los cargos concernientes a la vulneración del derecho a la igualdad y a tener una familia de las parejas del mismo sexo (Artículos 13 y 42 de la Constitución). Sin embargo, no ocurre lo mismo con el cargo referente a la vulneración del interés superior del menor (art. 44 CP), respecto del cual no existe, hasta ahora, un pronunciamiento por parte de este Tribunal”. [Sentencia, C-071 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]

dicha finalidad no sólo fueron conducentes sino indispensables, en el sentido que no existió otro medio para conseguir el objetivo buscado; y que existió una (iii) proporcionalidad en sentido estricto entre los beneficios que se derivaron de la medida y los costos que ella implica en términos de derechos fundamentales frente a las consecuencias negativas obtenidas con la decisión de la Corte Constitucional:

1. Declaró que no está prohibido por la constitución que parejas del mismo sexo adopten, pero descartó los argumentos citados en sentencias que hacían referencia al Artículo 42 como fuente.
2. Reconoció el derecho a la adopción del hijo/a biológica/o del compañero/a establecido a una pareja de mujeres lesbianas y que hizo extensivo a todas las parejas del mismo sexo.
3. Abrió la posibilidad para estudiar sobre la adopción conjunta de parejas del mismo sexo, pero frente al análisis de los derechos de los niños y niñas, siendo enfática y explícita en decir que frente a este asunto no existe cosa juzgada.
4. Al estudiar la adopción conjunta fue incoherente con sus precedentes ya que sobre no discriminación y protección de la familia, afirmó en su decisión que las parejas del mismo sexo tienen derecho a la protección familiar pero descalifican para ser padres y madres mediante adopción conjunta, además no analizó con seriedad que la orientación sexual es el fundamento de la diferenciación, con lo cual perpetúa una discriminación sin ninguna base legal ni científica, es contradictoria con su propio precedente al afirmar que son iguales ante la ley y tienen protección familiar pero no da ninguna consecuencia a esos derechos.
5. Creó una gran contradicción lógica y social: cuando consideró que las parejas del mismo sexo son buenos padres y madres con sus hijos/as biológicos, pero, no aptos para adoptar conjuntamente. Además de otra contradicción cuando manifiesta que una persona gay o lesbiana como soltera es buen padre o madre, pero dos no lo son, esto es insostenible desde el punto de vista constitucional.
6. Estableció un criterio discriminatorio basado en la orientación sexual y no previsto en la ley al afirmar que sólo pueden acudir a esta institución las parejas conformadas por hombre y mujer, esto es contradictorio con la adopción individual prevista en el Código de Infancia y adolescencia. Se considera entonces, que la prohibición de que personas lesbianas, gay y bisexuales adopten a niños, niñas y adolescentes, derivada de una lectura restrictiva de las normas demandadas para la adopción conjunta que fue excluyente y discriminatoria, en el

sentido de que se sostiene que esta medida persigue solo la protección del interés del niño, lo cual en sí mismo es un fin imperioso.

7. En gracia de discusión, si se aceptara que es un fin imperioso válido, los medios elegidos para alcanzar tal fin no son conducentes, mucho menos necesarios, en la medida que tanto en la adopción individual como conjunta, las personas con orientación sexual no heterosexual pueden satisfacer el derecho del niño de tener una familia.

Conclusiones

Existe una gran evolución en los fallos emitidos con respecto a la adopción igualitaria gracias a la interpretación constitucional y a los distintos test que la Corte Constitucional ha realizado, donde se observa un gran paso entre ellos uno de los más importantes como lo fue el que consideró que las parejas del mismo sexo son familia, concepto jurídico que se dio gracias a la sentencia C-577 de 2011, al considerar que el solo hecho de conformar una comunidad de vida permanente y singular por parte de las parejas homosexuales era un factor importante y esencial para ser considerados como familia, pero dejó un vacío jurídico a la extensión de este concepto frente al caso de la adopción y el matrimonio.

En el análisis hecho a la sentencia C-071 de 2015, se observa cómo para la Corte Constitucional pese a la demanda presentada cuya finalidad era la de buscar una interpretación de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la infancia y la adolescencia, que permitiera la adopción igualitaria por parte de las parejas del mismo sexo en el que se reconociera el derecho a la igualdad del artículo 13 Constitucional, de los niños a tener una familia y no ser separados de ésta artículo 44 Constitucional y fundamentado bajo el principio general de la prevalencia del interés superior del niño; también se demandó el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, sobre uniones maritales de hecho, donde la Corte Constitucional tenía que resolver como problema jurídico principal si el concepto de “compañero permanente” hacía referencia también a las parejas del mismo sexo o no, y si, por consiguiente, podrían adoptar dichas parejas de manera conjunta o consentida. De acuerdo al problema jurídico presentado para Corte Constitucional, se considera que se falló de manera errónea puesto que se determinó que la sentencia constituye por un lado un retroceso en materia de los derechos fundamentales para las parejas del mismo sexo y un avance en los derechos del niño con respecto al interés superior.

Como resultado del análisis hecho a la decisión de la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada se puede concluir que teniendo en cuenta el test de proporcionalidad hecho, este fallo fue más regresivo que progresivo con respecto a reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo porque se observa que se vulneró el derecho a la igualdad al declarar constitucional el artículo 1 de la ley 54 donde manifiesta que las uniones de hecho son considerada solo para las conformadas por un hombre y una mujer y que el concepto de compañero y compañera permanente solo se aplica a las parejas heterosexuales y no se hizo extensivo a las parejas homosexuales; no se resolvió los casos en que ya se encuentra conformada una familia entre los hijos adoptivos no biológicos de parejas homosexuales y finalmente discriminando entre aquellas parejas homosexuales que tienen un hijo o hija biológica, que sí podrían adoptar de manera consentida, de aquellas de las que no, dejando claro que las parejas del mismo sexo solo pueden adoptar a los hijos nacidos por medios como el alquiler de vientres, la inseminación artificial o en los casos en donde uno de los miembros de la pareja homosexual hubiera tenido hijos en una relación anterior, de tipo heterosexual.

En esta sentencia C-071 de 2015, se argumentan requisitos y formalidades que son considerados motivos de vulneración de derechos a las parejas del mismo sexo al querer conformar una familia ya otorgada por la sentencia C-577 de 2011, cuando trata de evaluar la idoneidad física, mental, moral y social para darle una crianza adecuada al niño, donde la parte moral y sexualidad es vista desde un plano abstracto, por lo que ha sido la causal o razón justificada dentro del proceso de adopción para negarles este derecho, pesando más en convicciones que en decisiones, máxime cuando la Organización Mundial de la Salud en 1990 eliminó a la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales, no siendo constitucional valorar la idoneidad física y mental bajo esta patología. Y por último no resolvió lo pertinente a la comprensión del asunto de si con la adopción por parte de parejas del mismo sexo se estaba afectando el interés superior del niño, demanda ésta que se resolvió en la sentencia C-683 de 2015.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista española de derecho constitucional*(91).
- Bernal Pulido, C. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (2 ed.). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Bernal-Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Bernal-Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Castillo, L. (2013). Principio de proporcionalidad. En M. Álvarez, & R. Cippitani, *Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica* (págs. 513-520). México: ISEG, Instituto Tecnológico de Monterey, Università degli studi di Perugia.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías, la ley del más debil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*(34), 15-53.
- Ferrajoli, L. (2012). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En L. Ferrajoli, *Un debate sobre el constitucionalismo* (págs. 11-68). Madrid: Marcial Pons.
- Ramirez-Carvajal, D. M. (2007). A propósito de la justicia material (reflexiones sobre la justicia en proceso vs. la justicia material). *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín, Vol. 6*, pp. 165-185.
- Vila-Casado, I. (2007). *Fundamentos del derecho constitucional contemporaneo* (1 ed.). Bogotá: Legis.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional (1992, junio 3). Sentencia T-402 [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (1994, mayo 13). Sentencia T-230 [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (1995, julio 5). Sentencia T-290 [MP. Carlos Gaviria Díaz]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (1998, septiembre 9). Sentencia C-481 [MP. Alejandro Martínez Caballero]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2001, agosto 2). Sentencia C-814 [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2001, agosto 9). Sentencia C-840 [MP. Jaime Araujo Rentería]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2004, junio 8). Sentencia C-576 [MP. Jaime Araujo Rentería]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2007, febrero 7). Sentencia C-075 [MP. Rodrigo Escobar Gil]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2008, abril 16). Sentencia C-336 [MP. Clara Inés Vargas Hernández]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2009, enero 28). Sentencia C-029 [MP. Rodrigo Escobar Gil]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2011, julio 26). Sentencia T-577 [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2013, septiembre 02). Sentencia T-606 [MP. Alberto Rojas R.]. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2012, abril 11). Sentencia T-276 [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2014, agosto 28). Sentencia SU-617 [MP. Luis Guillermo Guerrero P.]. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2015, febrero 18). Sentencia C-071 [MP. Jorge Iván Palacio P.]. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2015, mayo 13). Sentencia C-284 [MP. Mauricio González C.]. Bogotá, Colombia.