

Bogotá D. C., agosto de 2014.

Honorables Magistradas y Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
E. S. D.

Ref: Intervención ciudadana de Colombia Diversa y Dejusticia en el proceso D-10315. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006 y contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990.

Respetadas Magistradas y Magistrados:

Nosotros, Mauricio Albarracín Caballero, Jaime Ardila Salcedo¹, Daniel Gómez-Mazo, Alejandro Lanz Sánchez, Olga Patricia Velásquez Ocampo, Juan Felipe Rivera Osorio y María Paula Toro Hoyos, director ejecutivo y miembros del área de derechos humanos y litigio de **Colombia Diversa**, junto con Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán, Silvia Rojas, Nina Chaparro, y Nathalia Sandoval Rojas, director e investigadoras del **Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–**, ponemos a su consideración la siguiente intervención en el proceso de constitucionalidad de la referencia.

Los apartes normativos que el demandante considera inconstitucionales se refieren a los cónyuges y compañeros permanentes como sujetos adoptantes, así como a las expresiones padre y madre que indican los sujetos que adquieren derechos y obligaciones por la adopción, por cuanto considera que discriminan injustificadamente a las parejas del mismo sexo. En nuestra intervención sostendremos que aunque estas normas no excluyen a las parejas del mismo sexo, la norma es susceptible de una interpretación que excluya a este grupo, lo cual desconoce el interés superior del niño, vulnera los derechos de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella, al amor y al cuidado, y desconoce el principio de no discriminación así como otros derechos fundamentales de los adoptantes. Debido a esto, solicitaremos a la Corte que declare la exequibilidad condicionada de la totalidad de las normas demandadas en el entendido que incluyan los cónyuges y los compañeros permanentes del mismo sexo.

La intervención tiene cinco partes. En la primera, precisamos cuál creemos que debe ser el alcance de la disposición normativa que la Corte deberá estudiar en este caso y por qué su intervención es importante. En la segunda parte, sostenemos que el problema jurídico que la Corte debe resolver en esta demanda gira primordialmente en torno a los derechos de los niños y

¹ MD, MPH, PhD(c) Universidad de McMaster, Canadá; y voluntario de Colombia Diversa.

las niñas, entre otras razones, porque que en la práctica los problemas de la restricción homoparental les han afectado principalmente a ellos. En la tercera, presentamos las razones por las cuales incluir expresamente a las parejas del mismo sexo como adoptantes garantiza de mejor manera el interés superior del niño y sus derechos fundamentales. A su turno, indicaremos por qué los argumentos que usualmente se presentan para oponerse a esto son constitucionalmente inaceptables. En la cuarta parte, en la última parte mostraremos los derechos de los adoptantes que se verían vulnerados si se prohibiera la adopción homoparental, y presentaremos otras consecuencias negativas que tendría la prohibición de la adopción por personas con orientación sexual diversa en términos del interés público que existe en el reconocimiento de las relaciones filiales. Finalmente, presentaremos un análisis de la evidencia más reciente disponible con respecto a los desenlaces médicos, psicológicos y sociales de niños adoptados por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta las revisiones de la literatura y revisiones sistemáticas pertinentes.

1. Precisión del alcance de la disposición normativa estudiada por la Corte y la importancia del pronunciamiento constitucional

Tal como lo indicó la Corte en el auto admisorio, de la demanda ciudadana se desprenden cargos ciertos y pertinentes de constitucionalidad contra las normas acusadas. En todo caso, con el objeto de precisar el alcance de nuestra intervención empezaremos por señalar cuál es el ámbito normativo que creemos debe constituir el objeto del debate de la Corte en esta oportunidad. Además, indicaremos las razones por las que consideramos que el texto de las normas no descarta por sí solo a las parejas del mismo sexo como sujetos adoptantes, pero mostraremos cómo la Corte ha intervenido –y debe hacerlo también en este caso– para garantizar que se haga una interpretación de este tipo de normas conforme al principio de igualdad y no discriminación.

1.1 Fijación de los términos de la disposición jurídica demandada: unidad normativa y cosa juzgada

En nuestro concepto, el demandante hizo un ejercicio de acopio de las disposiciones que se refieren específicamente a los cónyuges y compañeros permanentes como sujetos adoptantes. Al hacerlo, la acción se presentó contra una proposición jurídica que permite el análisis de fondo de la Corte Constitucional. Sin embargo, encontramos que para que dicha proposición jurídica esté completa y el juicio de constitucionalidad que hará la Corte sea congruente, la demanda debe integrar el numeral 2 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. Este artículo establece lo siguiente:

“Artículo 68. Requisitos para adoptar. 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 ex pupilo 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.

Parágrafo 1°. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

Parágrafo 2° Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores”. (Subrayas fuera del texto).

Como puede observarse, el numeral 2 de este artículo que hemos subrayado hace referencia a la adopción conjunta hecha por los cónyuges y se trata de la disposición general que establece quiénes pueden adoptar. Esta es la pregunta general que debe responder la Corte Constitucional en esta demanda. Por ello, la adecuada comprensión de la demanda depende de integrar este artículo en el análisis constitucional que procederá a hacer la Corte. Por ello, solicitamos a la Corte que integre la unidad normativa con esta disposición.

Lo contrario ocurre con las expresiones de la Ley 54 de 1990 demandadas por el accionante. En nuestro concepto, la constitucionalidad del artículo primero de esta ley, que define qué es la unión marital de hecho y por quiénes puede estar compuesta, en lo que se refiere específicamente a la posibilidad de que se entienda que la unión marital de hecho es aplicable también a las parejas del mismo sexo ya fue resuelto por la Corte. En la sentencia C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Sala Plena de la Corte decidió que todo el contenido de esta ley –y por lo tanto su artículo primero–, era exequible “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”. Por esta razón, creemos que la Corte debería declarar la existencia de cosa juzgada respecto de esta norma.

1.2 Alcance de las normas demandadas

Los apartes normativos que el demandante considera inconstitucionales se refieren a los cónyuges y compañeros permanentes como sujetos adoptantes, así como a las expresiones padre y madre que indican los sujetos que adquieren derechos y obligaciones por la adopción, por cuanto considera que discriminan a las parejas del mismo sexo. En nuestro concepto, del tenor literal del texto y de la interpretación sistemática de las normas relativas a la adopción no podría derivarse la conclusión de que las disposiciones acusadas excluyen a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar, de forma conjunta o consentida. Sin embargo, esto no hace improcedente el análisis constitucional solicitado por el demandante.

El artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 no se refiere al tema de la orientación sexual cuando establece los requisitos que ha de cumplir la persona que desee adoptar. Ni para la adopción conjunta, ni para la adopción consentida la ley exige que el o los potenciales adoptantes sean heterosexuales, y tampoco se hace mención alguna al sexo de los compañeros permanentes o cónyuges. Así, de conformidad con el principio según el cual, para los particulares cualquier conducta no prohibida por el ordenamiento jurídico se encuentra permitida, como no existe una norma que de forma explícita prohíba que las parejas del mismo sexo adopten, no podría entenderse que existe un impedimento para hacerlo, distinto al derivado del cumplimiento de los requisitos generales establecidos para todos los adoptantes en la legislación.

Adicionalmente, las expresiones “un hombre y una mujer” y “al hombre y a la mujer” contenidas en el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, deben interpretarse en el sentido de incluir a las parejas del mismo sexo en consonancia con lo establecido en la sentencia C-075 de 2007, que declaró que la regulación sobre unión marital de hecho contenida en esta ley es constitucional en tanto se entienda que su regulación también resulta aplicable para parejas del mismo sexo.

En similar dirección, en la sentencia C-577 de 2011 la Corte declaró que existía un déficit de protección constitucional en relación con las parejas del mismo sexo al no encontrar una alternativa contractual para constituir familia. Esta sentencia contempló que dicho déficit de protección debía ser superado por medio de una ley expedida por el Congreso y que, en caso de que dicho órgano regulase la materia antes del 20 de junio de 2013, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante jueces y notarios competentes a formalizar y solemnizar su vínculo contractual. Las parejas del mismo sexo han solemnizado su vínculo por medio de la figura del matrimonio civil. Estos matrimonios fueron válidamente celebrados por jueces de la república competentes para tal fin. Así mismo, estos matrimonios han sido registrados ante la Registraduría Nacional del Estado Civil. A la fecha, Colombia Diversa tiene conocimiento de 30 matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, sin contar aquellos de los cuales esta organización no tiene noticia.

Así las cosas, las expresiones “Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente”, “Cónyuge o compañero permanente del adoptante”, “conjuntamente los compañeros permanentes” y “el cónyuge o compañero permanente”, contenidas en los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, no excluye a las parejas del mismo por cuanto emplea expresiones cuya interpretación literal no podría entenderse restringida a personas heterosexuales o a parejas de diferente sexo. Pero, adicionalmente, tampoco deberían entenderse como excluyentes de estas parejas porque la propia Corte Constitucional ha dicho que las parejas del mismo sexo pueden conformar uniones maritales de hecho y, después del 20 de junio de 2012, también pueden casarse.

En este sentido, solicitar requisitos no previstos en la ley a las parejas del mismo sexo en un trámite como la adopción desconocería el debido proceso. La Corte Constitucional en la sentencia T-051 de 2010 indicó que solicitar el cumplimiento de requisitos diferenciales a estas parejas para acceder a beneficios estatales, en ese caso para la pensión de sobrevivientes, era inconstitucional por cuanto ello constituía una violación al derecho al debido proceso, al presentarse una extralimitación de los funcionarios en el ejercicio del poder estatal, el cual es reglado.

Pero la aparente neutralidad del tenor literal de las expresiones usadas en las normas no excluye la necesidad de que la Corte intervenga para fijar la interpretación constitucional de las normas demandadas, al menos por dos razones.

Primero, porque tal como la Corte misma lo ha constado, es un hecho cierto que algunas normas (sobre todo las relativas a los cónyuges y los compañeros permanentes) pueden ser interpretadas en el sentido de excluir a las personas con orientación sexual diversa. Esto ocurre principalmente por la exclusión y discriminación histórica que la Corte ha establecido que se ha cometido contra esta población, y que se traduce en un déficit de protección legal frente a las uniones de parejas del mismo sexo. En un escenario de estigmatización y discriminación de la diversidad sexual que aún no se supera, continúa siendo necesario que la Corte intervenga a favor de estas minorías y establezca el alcance de su derecho a la igualdad en la interpretación de todas las disposiciones pertinentes dentro del ordenamiento jurídico.

Además, debido al tipo de control constitucional que ejerce, la Corte nunca ha fijado de manera explícita la regla general según la cual todas las normas existentes en el ordenamiento colombiano deben entenderse en el sentido de incluir a las parejas del mismo sexo. En virtud del principio de igualdad y la supremacía de la Constitución sería razonable esperar que las autoridades interpreten todas las normas que generan efectos en las parejas, incluyendo a las del mismo sexo, pero debido a que la Corte solo tiene competencia para pronunciarse respecto de las normas puestas a su consideración y a la persistencia de la discriminación, la Corte ha optado por reiterar esta regla inclusiva de las parejas del mismo sexo cada que encuentra una expresión que puede interpretarse de forma contraria.

Así, si bien en la sentencia C-075 de 2007 la Corte se pronunció por primera vez sobre la Ley 54 de 1990 y estableció que esta regulación sobre unión marital de hecho solo era constitucional en el entendido de que incluyera también a las parejas del mismo sexo, posteriormente en las sentencias que disponían efectos para las uniones maritales de hecho, la Corte decidió pronunciarse nuevamente y establecer que solo es constitucional una interpretación que incluyera en estos efectos a las uniones maritales de hecho conformadas por parejas del mismo sexo. Así, por ejemplo, en la sentencia C-029 de 2009 la Corte consideró que para cada norma que se refiera a unión marital de hecho, en cada caso concreto se deben presentar las razones por las cuales se puedan asimilar los dos tipos de pareja (del mismo sexo y de sexo diferente) para que la Corte pueda declarar la exequibilidad de cada norma demandada en el entendido de que las expresiones referidas a los compañeros permanentes también aplica para las parejas del mismo sexo².

Por estas razones, en este caso, se justifica que la Corte fije la interpretación constitucional de las normas demandadas, de modo que se excluyan de forma explícita las interpretaciones discriminatorias que podrían excluir, aun tratándose de expresiones neutrales, a las personas homosexuales como sujetos adoptantes.

² Sentencias C-283 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-051 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo; T-911 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-336 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

1.3 Competencia de la Corte para definir que las parejas del mismo sexo pueden adoptar niños y niñas

En ocasiones anteriores en las que la Corte Constitucional decidió excluir las interpretaciones discriminatorias de las parejas del mismo sexo, como ocurrió con el matrimonio igualitario en la sentencia C-577 de 2011, este Tribunal decidió exhortar al Congreso para regular los derechos de las parejas del mismo sexo. Esta decisión, aunque legítima desde el punto de vista del control constitucional, fracasó en su propósito de proteger los derechos de este grupo minoritario.

El legislativo ha sido renuente a defender o regular los derechos de este grupo tradicionalmente excluido. Y, por el contrario, los debates en el seno del Congreso se han convertido en escenarios para que la sociedad exalte sus prejuicios, acusando a las personas LGBT de múltiples faltas morales y religiosas. En este caso, el debate político no ha ayudado a crear consensos democráticos para problemáticas sociales, sino para ofender de forma pública y sistemática a un grupo minoritario y con escaso poder político.

En el presente caso hay un enorme riesgo de que el proceso político no logre garantizar integral y adecuadamente los derechos en juego. En efecto, los niños y niñas son un grupo poblacional numéricamente muy importante en el país, pero sin representación política específica, por lo cual sus derechos e interés superior podrían ser desatendidos o analizados desde perspectivas discriminatorias y excluyentes, en particular si se tiene en cuenta que el otro grupo cuyos derechos están en juego es una minoría históricamente discriminada y sin representación política alguna, como lo ha demostrado la experiencia reciente.

En este escenario, el órgano encargado de garantizar la protección de estos derechos más allá del debate de las mayorías es la Corte Constitucional, de manera que se garanticen los derechos fundamentales. Cuando no es el Congreso el lugar constitucionalmente más adecuado para garantizar estos derechos, es la Corte quien directamente debe hacerlo.

A diferencia de la discusión sobre matrimonio igualitario donde existían en principio múltiples alternativas jurídicas para formalizar las uniones de parejas del mismo sexo (matrimonio, unión marital de hecho, contratos innominados, entre otros), en el caso de la adopción no existe ninguna otra figura que permita garantizar los derechos de los niños a tener una familia. Si se regulase la materia por medio de una institución distinta a la adopción se estaría dando un tratamiento diferencial a los niños de parejas heterosexuales y a aquellos criados por parejas del mismo sexo, lo que a todas luces contradiría el mandato constitucional de acuerdo con el cual “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”

En este sentido, concluimos que la Corte debe tomar una decisión de fondo y definitiva sobre la adopción en este caso, fijando directamente la interpretación constitucional de las normas demandadas, pues no cabe la posibilidad de que la Corte exhorte al Congreso a regular el tema de la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo.

2. Los derechos de los niños y las niñas: el debate que debe abordar la Corte en esta oportunidad

En nuestro concepto, la adopción por parte de parejas del mismo sexo constituye un asunto que involucra primordialmente la garantía de los derechos de los niños y niñas. Desde esa perspectiva, el análisis constitucional de la Corte debe partir por reconocer que en la actualidad el derecho de muchos niños y niñas a tener una familia, a la alimentación, al amor y al cuidado es satisfecho por personas homosexuales o por parejas del mismo sexo. Por tratarse de la garantía de derechos, de ningún modo podrían entenderse como casos aislados que no ameritan protección constitucional. Además, la Corte debe considerar el número significativo de niños y niñas en Colombia que están a la espera de ser adoptados y que serían injustificadamente excluidos de la posibilidad de gozar del derecho a tener una familia si se entiende que no pueden ser adoptados por parejas del mismo sexo.

2.1 La adopción como medida de protección de los derechos de niños y niñas

En cuanto a lo primero, debe tenerse en cuenta que el debate sobre la constitucionalidad de las normas demandadas para permitir la adopción por parejas del mismo sexo gira alrededor de los derechos de los niños y niñas pues la adopción es una medida de protección a su favor. Así lo reconoce el Código de Infancia y Adolescencia en su artículo 61 al definir la adopción como la medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Se trata además de una medida que pretende garantizar el derecho de los niños, a las niñas y a los adolescentes a su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión³.

El Código de Infancia contempla tres modalidades de adopción: la individual, la conjunta y la consentida. La individual hace referencia a la facultad que se le otorga a una persona para adoptar. La conjunta, a la facultad de que se otorga a las personas solteras, los cónyuges conjuntamente, los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, y al guardador, al pupilo o ex pupilo, una vez aprobadas las cuentas de su administración. Por último, la adopción consentida consiste en el permiso que se otorga al cónyuge o compañero permanente del padre o madre biológico de un niño, cuando demuestran la convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años⁴.

³ Al respecto, la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que: “el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”. Dicha posición ha sido consistentemente reiterada por la Corte en las sentencias T-884 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-466 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras. Al respecto, véanse también las sentencias C-477 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-562 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

⁴ En cualquiera de estas tres modalidades, según el art. 68 del Código de Infancia y Adolescencia el o los adoptantes deben tener las características de ser capaz, haber cumplido 25 años de edad, tener al menos 15 años más que el adoptable, y garantizar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente.

Aunque la adopción conjunta y la adopción consentida son diferentes, se asemejan en cuanto ambas tienden a garantizar el derecho a la familia. La adopción conjunta, es decir, la que realiza una pareja de un niño o niña con el cual no se tiene relación filial, tiene, según la jurisprudencia, “el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar”⁵. La adopción consentida, por su parte, se presenta cuando un cónyuge o compañero permanente adopta al hijo de su respectiva pareja. En estos casos, el niño o la niña ya tiene un vínculo familiar establecido con la pareja de su padre o madre biológicos y lo que pretende el trámite es formalizar ese lazo afectivo para garantizar que el niño o niña no pueda ser separado de su familia⁶. Esto significa que las restricciones a la posibilidad de adoptar (en cualquiera de sus modalidades) afectan los mismos derechos fundamentales. La diferencia radica en que en la adopción consentida la afectación de estos derechos puede ser aún más grave pues ya existe un vínculo familiar de facto que solo exige reconocimiento jurídico.

En cualquiera de los casos, pese a que la jurisprudencia ha entendido que la adopción es fundamentalmente una forma de garantizar los derechos de los niños y niñas –y no un derecho de los adoptantes-⁷, debe advertirse que este es un trámite que involucra varios de los derechos fundamentales de los adoptantes. En primer lugar, incluye el derecho al libre desarrollo de la personalidad en los casos en los que su expresión se traduce en el deseo de tener hijos. Tanto la adopción conjunta como en la consentida implican también la garantía del derecho que tienen las parejas a decidir libre y responsablemente el número de hijos, tal como lo indica el artículo 42 de la Constitución. Finalmente, involucran el derecho al debido proceso en el trámite de adopción y el principio de no discriminación durante el mismo⁸.

2.2 Los niños y niñas que se verán afectados por la decisión de la Corte

En Colombia es evidente que el debate sobre el derecho a la adopción por parejas del mismo sexo no solo converge en la abstracción de los derechos y la teoría jurídica, sino que trasciende a la vida de muchas familias colombianas conformadas por parejas del mismo sexo. De una parte, en la actualidad muchas de estas familias están compuestas por niños y niñas que sufren de un déficit de protección legal derivado únicamente del sexo de sus padres, lo cual pone en riesgo los derechos filiales y patrimoniales de estos niños y niñas.

Solo por mencionar dos ejemplos, que al ser escogidos por la Corte para su revisión ilustran la realidad nacional, se encuentran los casos de adopción individual de un ciudadano estadounidense⁹, y de adopción consentida de una pareja de mamás lesbianas. En el primero, este ciudadano estadounidense realizó satisfactoriamente los trámites de adopción de dos niños colombianos de difícil adopción pero fue injustificadamente separado de ellos después de que una funcionaria supiera que él era homosexual. Tras nueve meses de contiendas jurídicas el ICBF le devolvió la

⁵ Sentencia T-586 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶ C-840 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ Sentencias C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-831 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-746 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-087 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-510 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-814 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-477 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-562 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

⁸ Así lo indicó la Corte en la sentencia T-276 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ Sentencia T-276 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

patria potestad de sus hijos y la Corte avaló esta decisión. En el segundo¹⁰, una mujer, quien se casó con otra hace más de siete años, solicitó la adopción consentida de los hijos biológicos de esta última. Sin embargo, sin ninguna razón, su solicitud fue rechazada. Este caso está a la espera de una decisión de la Sala Plena¹¹.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional debe tener en cuenta que la decisión que se tome no solo afectará casos futuros de adopción, sino que también terminará incidiendo en el goce efectivo de los derechos de muchos niños y niñas cuya familia está ya compuesta por parejas del mismo sexo; y que si bien estos niños y niñas sufren de un déficit de protección derivado de la histórica discriminación a las personas homosexuales, como ocurre en el caso de las mamás lesbianas, también tienen unos derechos derivados de la convivencia cotidiana con sus familias compuestas por parejas del mismo sexo, que podrían verse abruptamente desconocidos en caso de que se restringiera la posibilidad de adopción a estas parejas.

Pero, de otra parte, tal vez una de las consecuencias más serias que debe considerar la Corte al abordar este debate es que de no permitir la adopción a las parejas del mismo sexo, se reduciría aún más la posibilidad de los niños en situación de adoptabilidad de hacer parte de una familia. En Colombia no existe una proporción entre candidatos adoptantes y adoptivos que garantice que todos los niños y niñas a cargo del Estado pueden entrar a formar parte de una familia. Existe un número altísimo de niños que están en situación de adoptabilidad, la mayoría de ellos considerados como de difícil adopción, lo que lleva a que muchos cumplen 18 años sin lograr ingresar a una familia

Según el Observatorio de Bienestar de la Niñez del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 7.997 niños, niñas y adolescentes se encontraban en situación de adoptabilidad y estaban a la espera de una familia en el año 2012. De estos, al menos 7.040 presentan características y necesidades especiales, bien sea por su edad (al ser mayores de 8 años), por tener alguna discapacidad o hacer parte de un grupo de hermanos. Por esto, se encuentran en una situación en la que es muy difícil encontrar una familia que los adopte¹².

En este escenario, negar la adopción a parejas del mismo sexo con las capacidades físicas, económicas y morales adecuadas para garantizar los derechos de un niño, disminuye la probabilidad de que este sea adoptado. Si el Estado colombiano tiene el deber de garantizar la efectividad de los derechos de los niños a tener una familia, en este caso a través de la medida de protección de la adopción, negar a un número significativo de niños una de las pocas posibilidades que tienen de ser adoptados va en contravía de sus obligaciones. Es inaceptable que además de a que el Estado no puede garantizar a todos los niños y niñas crecer dentro de una familia, su respuesta frente a la obligación insatisfecha sea una restricción más a las personas que podrían acogerlos.

¹⁰ Expediente No. T-2597191.

¹¹ Del mismo modo, en la sentencia T-290 de 1995 M.P Carlos Gaviria Díaz, la Corte conoció el caso de un hombre gay que había solicitado la adopción de una niña, que había quedado a su cuidado luego de ser abandonada por sus padres biológicos, y a quien le fue retirada la custodia de la niña. La Corte no se refirió a la orientación sexual del accionante como impedimento para la adopción; sin embargo, negó la tutela argumentando que el hombre no contaba con las condiciones económicas necesarias para proveer un ambiente sano que permitiera el desarrollo integral de la infante.

¹² (La adopción y el derecho a la familia, 2013, recuperado el 25 de julio de 2014 de: http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas/ObservatorioBienestar/Boletines/boletin_regular_n6_adopciones.pdf

3. La prohibición de adopción homoparental desconoce el interés superior de niños y niñas, y vulnera sus derechos fundamentales

A continuación mostraremos las razones por las cuales consideramos que restringir el derecho de los niños a ser adoptados por parejas del mismo sexo desconoce su interés superior; sus derechos a tener una familia, a recibir cuidado y amor, y el derecho a la no discriminación. Al tiempo, mostraremos por qué son equivocados los argumentos de quienes afirman que permitir la adopción de niños por parejas del mismo sexo desconoce ese interés superior.

Con este fin, en primer lugar, precisaremos en qué consiste el concepto de interés superior del niño e indicaremos los parámetros establecidos a nivel nacional e internacional para determinar cuál es ese interés. Luego presentaremos los elementos que a nuestro juicio deben tenerse en cuenta para evaluar el interés superior en este caso, analizando los derechos de los niños que podrían verse afectados frente a una respuesta restrictiva sobre la posibilidad de ser adoptado. Por último, mostraremos a partir de los elementos anteriores que permitir la adopción –consentida y conjunta- por parejas del mismo sexo garantiza el interés superior del niño y que su prohibición desconocería varios derechos fundamentales.

3.1 El interés superior del niño

El interés superior del niño está contemplado en varios instrumentos internacionales vinculantes para Colombia y en la legislación nacional. La Convención de Derechos del Niño¹³, que significó un cambio de paradigma en la comprensión de los niños y niñas como sujetos de derechos, dispone en su artículo 3.1 que el interés superior del niño es una “consideración primordial” que todas las autoridades deben tener en cuenta al escoger cualquier decisión o medida concerniente a los niños y niñas. Con base en ello, el Código de la Infancia y Adolescencia, que reemplazó al antiguo Decreto 2737 de 1989, convierte el interés superior del niño en uno de los principios del Código. Establece además que este principio debe emplearse para la interpretación de las normas¹⁴ y como imperativo de conducta para lograr la satisfacción integral de los derechos fundamentales de los niños. Este criterio ha sido empleado en la decisión de casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para establecer si se violaron o no los derechos de los niños. Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.

¹³En virtud del art. 44 de la Constitución y del art. 6 del Código de Infancia y Adolescencia la Convención de Derechos del Niño se puede aplicar plenamente para el análisis de las normas demandadas.

¹⁴Código de Infancia y Adolescencia, Art. 6 “REGLAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, **en especial la Convención sobre los Derechos del Niño**, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente” y art. 9 “PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

El Comité de Derechos de Niño, al interpretar el artículo 3.1 de la Convención en la Observación General 14 de 2013¹⁵, resaltó el carácter complejo del concepto de interés superior. Este puede entenderse como: (i) un principio interpretativo para la aplicación de las normas, pues en caso de duda se deberá preferir la interpretación que mejor satisfaga el interés superior del niño; (ii) un derecho que tienen los niños individualmente y como grupo a que cuando las autoridades tomen decisiones que los afecten se evalúe su interés superior¹⁶; y (iii) una norma de procedimiento, garantía del derecho, que exige que en la toma de decisiones se estimen todas las posibles repercusiones en el interés del menor –tanto positivas como negativas- y que las opciones adoptadas se basen en dichas estimaciones.

Teniendo en cuenta este concepto, y tal como lo ha ordenado la Corte en otros casos¹⁷, para determinar cuál es el interés superior del niño en la decisión que debe adoptar la Corte en relación con la adopción por parte de parejas del mismo sexo, no pueden admitirse invocaciones abstractas del interés superior del niño que carezcan de justificación normativa o que se funden en prejuicios sin asidero científico. El interés superior debe verificarse con argumentos concretos referidos al objeto del debate y, en este caso, al interpretar las normas demandadas, luego de que se evalúen las consecuencias que se derivan de permitir o de restringir la adopción homoparental.

Además, teniendo en cuenta que el interés superior del niño pretende garantizar los derechos de niños y niñas, los jueces no pueden dejar de tomar una decisión favorable a ellos fundándose en una pretendida decisión contraria de las mayorías. La objeción mayoritaria es un argumento que tradicionalmente se ha usado para no permitir que las parejas homosexuales adopten. Sin embargo, se trata de una objeción que deja de lado el hecho de que los derechos adquieren el carácter de fundamental justamente porque su garantía está fuera del debate del mercado de y de la mayoría. También olvida que en un Estado pluralista como el colombiano, las formas de vida diferentes a las mayoritarias también tienen cabida y deben ser protegidas constitucionalmente. Para hacerlo, justamente la Corte es la institución más idónea pues se trata de un órgano cuyas decisiones no tienen que responder necesariamente a lógica mayoritaria. Una de las funciones principales de la Corte ha sido precisamente proteger los derechos de las minorías frente a atropellos o discriminaciones de la mayoría. Por eso, en este caso, se trata del tribunal más apropiado para decidir al respecto.

Antes bien, siguiendo lo dispuesto por el Comité de Derechos del Niño en la Observación General 14 de 2013, cuando un Estado debe tomar una decisión sobre una medida concreta que afecte a los niños, como en este caso ocurre con la posibilidad de ser adoptados por parejas del mismo sexo, deben verificarse dos etapas. Una primera que consiste en establecer los elementos pertinentes en cada contexto para evaluar el interés superior; y la segunda etapa que se centra en determinar, teniendo en cuenta los elementos del paso anterior, cuál es el interés superior del niño. En esta etapa se busca un equilibrio entre todos los elementos en juego, ponderándolos de tal forma que se garantice de la mejor forma el disfrute pleno y efectivo de los derechos de los niños.

¹⁵Comité de los Derechos del Niño. Observación General 14 de 2013. CRC/C/GC/14.

¹⁶Comité de los Derechos del Niño. Op. Cit, par. 23.

¹⁷Corte Constitucional. Sentencias T-900 de 2006 M.P Jaime Córdoba Triviño y T-510 de 1993 M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

Entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el interés superior del niño se encuentra, según la Corte Constitucional, la opinión del niño o niña; el derecho a preservar su identidad; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; el cuidado, seguridad y protección del niño; su situación de vulnerabilidad; la garantía de su desarrollo integral; el equilibrio con los derechos de los padres, y la protección frente a riesgos prohibidos, entre otros¹⁸.

3.2 Examen del interés superior del niño frente a la adopción homoparental

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la sentencia *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*¹⁹, estableció que el interés superior del niño involucrado en una situación en la que se considera el hecho de que sus padres tengan una orientación sexual diversa, debe hacerse con base en argumentos concretos revisando, por ejemplo, el impacto que la conducta de los padres podría tener en el bienestar y desarrollo de los niños. Asimismo, señaló que “una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”²⁰.

Teniendo esto en cuenta, revisaremos los derechos de los niños que entran en juego en la decisión sobre la adopción homoparental como elementos para evaluar cuál es el interés superior del niño, y analizaremos, con base en los argumentos científicos y normativos disponibles, cómo estos se verían afectados en caso de prohibirla. Emplearemos para ello los argumentos de quienes se oponen a esta forma de adopción.

3.2.1 Derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella

De acuerdo con el artículo 44 de la Constitución y el artículo 22 del Código de Infancia y Adolescencia, 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 formalicen su vínculo familiar, en el caso de la adopción consentida. De allí 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.

Hasta antes del 2011 la Corte sostuvo de manera reiterada que la familia que protegía la Constitución era la familia heterosexual y monogámica. Con base en esa concepción, derivada de la interpretación literal del artículo 42 de la Constitución. En la sentencia C-814 de 2001 la Corte declaró la exequibilidad de la expresión del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) que solo permitía la adopción a las parejas conformadas por un hombre y una mujer.

Sin embargo, en atención a los principios que fundamentan a 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, en la sentencia C-577 de 2011, la Corte

¹⁸Ibíd.

¹⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).

²⁰Op. Cit. par. 111.

decidió revisar la relación entre parejas del mismo sexo y la familia, dándole un giro significativo a la interpretación acogida por este Tribunal en sentencias anteriores.

En dicha sentencia la Corte Constitucional reconoció que las parejas del mismo sexo pueden conformar familias y que estas deben recibir igual protección constitucional. Para llegar a esta conclusión, retomó su jurisprudencia previa sobre el concepto de familia, con el fin de evidenciar que la familia heterosexual y monogámica no es la única que tiene pleno reconocimiento legal en el país. Recordó que el “carácter maleable de la familia”²¹ se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico, y que este 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”²². En razón de esta variedad de opciones de vida, “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”²³.

De esta forma, la Corte concluyó que la interpretación adecuada del artículo 42 de la Constitución es la que reconoce como familia aquellas integradas por parejas del mismo sexo.²⁴ 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 percibe el compromiso de “forjar una auténtica comunidad de vida basada en el afecto y que comparte el propósito de mantener la convivencia mutua, de proporcionarse acompañamiento y ayuda recíprocos, o de asumir en común las responsabilidades que atañen a la pareja y a su entorno compartido”²⁵. De ese modo, sostuvo 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 sexo²⁶.

A partir de esta interpretación del artículo 42 de la Constitución en virtud de la cual se modificó el precedente de la Corte en cuanto que pasó de no reconocer a admitir que las parejas del mismo sexo también constituyen familia, resulta indiscutible que 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. Si previamente la Corte consideró que las parejas del mismo sexo no podían ser padres adoptantes de acuerdo con la regulación del Código del Menor aduciendo que estas parejas no podían ser consideradas como familia, a partir de la sentencia C-577 de 2011 que reconoce de forma expresa que la unión de estas parejas constituye familia, la Corte debe modificar el precedente. Debería admitir que los niños, niñas y adolescentes pueden ser dados en adopción conjunta a familias conformadas por parejas del mismo sexo, o para el caso de adopción consentida puede formalizarse su pertenencia a la familia con la cual ya convive, e impedir de esta forma que pueda ser separado de ella. Esta es una forma de garantizar su derecho a tener una familia, que resulta legítima y compatible con la noción amplia de familia que existe en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico.

²¹ *Ibidem*. Sentencia T-900 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²² Cfr. Sentencia T-293 de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

²³ Cfr. Sentencia T-900 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁴ Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

En el actual contexto normativo, garantizar en la mayor medida posible el derecho a contar con una familia significa reconocer que las parejas del mismo sexo pueden constituir entornos familiares propicios para el pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Lo importante en los casos de adopción es que la familia –sin importar la orientación sexual de sus integrantes– brinde o sea capaz de brindar al niño un entorno seguro y que le permita asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos y su desarrollo integral²⁷.

3.2.2 Garantía del desarrollo integral del niño

El artículo 44 superior consagra del deber de la familia, la sociedad y el Estado de garantizar el desarrollo integral de los niños y niñas. De este se deriva el derecho de los niños y niñas al desarrollo adecuado en términos físicos, mentales, espirituales y sociales²⁸. Así, el entorno en el que crece los niños y niñas, así como las personas encargadas de las condiciones físicas y emocionales de ese entorno, deben brindar las condiciones más adecuadas para su desarrollo integral.

Los detractores de la adopción por parte de parejas del mismo sexo afirman que permitir esta figura afectaría gravemente el desarrollo de los niños de varias maneras. Afirman, por un lado, que existe la posibilidad de que el adoptado desarrolle preferencias homosexuales y, por el otro, que los niños y niñas pueden sufrir consecuencias psicológicas negativas. Ambas afirmaciones, sin embargo, carecen de sustento científico y se amparan en estigmas y prejuicios sociales sobre la homosexualidad que no tienen cabida en un Estado Social de Derecho. No es cierto que el crecimiento de los niños y niñas en hogares conformados por parejas del mismo sexo desconozca su derecho al desarrollo integral.

La homosexualidad ha sido reconocida como una opción de vida amparada²⁹ en los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo, que no solo constituye una alternativa legítima sino una forma de ser que vale la pena amparar en la medida en que hace evidente el valor de la diversidad en la sociedad colombiana. En este orden de ideas, negar la adopción homoparental aduciendo como peligro para el desarrollo integral del niño o niña adoptado la posibilidad de desarrollar una orientación homosexual, implicaría afirmar que la homosexualidad es una conducta indeseada, desconociendo que la Corte ha dejado claro que se trata de una opción de vida legítima. Es decir, que este argumento se funda en un prejuicio constitucionalmente inaceptable sobre la orientación sexual. Además, se justifica con base en el desconocimiento de que la orientación sexual –no es algo que dependa exclusivamente de los padres.

Respecto de los impactos psicológicos negativos que tendría un niño o niña al ser adoptado por una pareja del mismo sexo, encontramos que la mayoría de la comunidad científica no ha

²⁷ La Corte Constitucional señaló en la sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que: “el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”. Dicha posición ha sido consistentemente reiterada por la Corte en las sentencias T-884 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-466 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras. Al respecto, véanse también las sentencias C-477 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-562 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

²⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27 y Código de Infancia y Adolescencia, Art. 25.

²⁹ Sentencia C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

encontrado evidencia que permita afirmar que se genera un impacto negativo en el desarrollo de los niños adoptados por parejas del mismo sexo y, por el contrario, ha llegado a la conclusión de que no se presentan diferencias significativas entre el desarrollo de los niños criados por parejas heterosexuales y los niños criados por parejas homosexuales. Como se verá ampliamente en la sección quinta de esta intervención, no existe en la literatura científica ninguna razón para pensar que los niños o niñas adoptados de forma conjunta o consentida por parejas del mismo sexo tengan desenlaces diferentes que los niños o niñas adoptados por hombres o mujeres solteros o por parejas heterosexuales.

Al respecto, también resultan relevantes los conceptos allegados a la Corte en el proceso de constitucionalidad que dio como resultado el fallo inhibitorio en la sentencia C-802 de 2009. En las pruebas allegadas a dicho proceso se evidenció que la opinión mayoritaria de la comunidad científica es que la presencia de padres del mismo sexo no afecta de manera negativa el desarrollo del menor, por lo que no habría sustento para sostener que la adopción por parte de parejas del mismo sexo afecta el interés superior del menor. El concepto enviado por el Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes que cita un concepto emitido por el Consejo de representantes de la American Psychological Association (APA), expresado en su Resolución sobre Orientación Sexual, Padres y Niño-as, y el concepto presentado por el Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia convergen en dos puntos fundamentales: (i) los resultados de la investigación existente que compara padres gays y lesbianas con padres heterosexuales confirman que los estereotipos comunes que soportan temores sobre la crianza de los niños no están confirmados por la evidencia científica y (ii) los estereotipos o temores sociales relacionados con la crianza de menores por parte de padres homosexuales son infundados.

En el mismo sentido, la Asociación Americana de Psicología (APA) que reúne cerca de 154.000 científicos psicólogos, revisó la evidencia de numerosas investigaciones sobre crianza por parte de parejas homosexuales en el meta-estudio titulado “Lesbian and gay parenting”³⁰. Este meta-estudio concluyó que “no hay evidencia que sugiera que mujeres lesbianas u hombres gays no son adecuados para ser padres o que se afecte el desarrollo psicosocial entre hijos de mujeres lesbianas u hombres gays en comparación a los hijos de parejas heterosexuales”³¹. En la muestra empírica, ni un solo estudio de niños de padres lesbianas o gays arrojó resultados que mostraran alguna desventaja.

Queremos resaltar que, en todo caso, estas y las demás pruebas científicas que la Corte decida acopiar para adoptar su decisión, no pueden ser interpretadas de cualquier modo en un juicio de constitucionalidad. En nuestro concepto, cuando la decisión que debe adoptarse involucre la posible limitación de los derechos de los niños, especialmente el derecho a la familia y a no ser separada de ella, solo puede limitarse el derecho si se cuenta con un alto grado de comprobación empírica. Cualquier limitación de derechos con base en un número irrelevante de estudios o con base en evidencia empírica incompleta o cuestionable científicamente es ilegítima y desproporcionada. En este caso, para efectos de salvaguardar la protección reforzada que prohija la Constitución y la prevalencia de los derechos de los niños, solo se podría adoptar una decisión

³⁰ American Psychological Association (APA). Lesbian & Gay Parenting, 2005.

³¹ *Ibid.* P. 15.

restrictiva si se contara con evidencia científica que indique que un resultado negativo será *altamente probable*, con base en conclusiones científicas que estén *más allá de toda duda razonable*.

En el caso de la adopción homoparental, existe evidencia científica que constituye el paradigma mayoritario y más reconocido en la materia, según la cual la crianza y educación familiar de niños y niñas por parte de parejas homosexuales no afecta en modo alguno el desarrollo integral de estos menores, ello puede corroborarse en la sección quinta esta intervención. Estos resultados, sumados a un examen riguroso y en favor de los derechos del resto de la evidencia científica, deberían llevar a la Corte a la conclusión de que las familias conformadas por pareja del mismo sexo no constituyen un lugar inapropiado para la garantía del desarrollo integral de los niños.

3.2.3 Derecho de los niños a no ser discriminados por las condiciones de sus padres

Los niños tienen derecho a la igualdad. En virtud de ello, el Estado tiene la obligación de tomar medidas para proteger a los niños de cualquier discriminación en razón de su origen familiar³². Por esta razón, contrariaría el interés superior del niño una medida que tuviera como resultado la discriminación de los niños y las niñas. Con base en este punto de partida, algunos sostienen que permitir a las parejas homosexuales la adopción (bien sea conjunta o consentida) sometería a los niños a la discriminación, por ejemplo, en el ámbito escolar. Sin embargo, esta afirmación parte de una comprensión errada del derecho a la igualdad y de las obligaciones del Estado en esta materia.

Es cierto que en algunos sectores de la sociedad colombiana la homosexualidad sigue implicando un estigma social. Frente a esta situación, el Estado tiene el deber de adoptar medidas que contribuyan a erradicar la discriminación basada en esa condición ya que, como hemos dicho, las diversas orientaciones sexuales son formas de vida legítimas y la Corte ha admitido que las diferenciaciones en razón de ellas están prohibidas *prima facie*. Específicamente, frente a los posibles estigmas y formas de discriminación sufridas por los niños y niñas que hacen parte de familias conformadas por parejas del mismo sexo, o adoptados por personas con orientación sexual diversa, el Estado colombiano tiene el deber de tomar medidas para proteger a los niños y niñas, y evitar que se perpetúen los tratos discriminatorios. Pero dentro de estas medidas, el Estado no puede adoptar aquellas que tengan como propósito o como consecuencia reforzar esos prejuicios, so pena de proteger a ciertos sujetos de la discriminación. Ello, antes que contribuir a la erradicación de la discriminación, la perpetúa.

Al respecto, es ilustrativo el caso *Palmore v. Sidoti* resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos. A mediados de los años 80, una corte estatal de los Estados Unidos negó la custodia de un niño a su madre, con el argumento de que ella sostenía un matrimonio con un afroamericano y, en consecuencia el niño podría ser objeto de estigmas y discriminaciones sociales. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos se pronunció anulando la decisión del tribunal y le otorgó la custodia a la madre sobre la base de que “[l]a Constitución no puede controlar esos prejuicios

³² Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2.2.

pero tampoco puede tolerarlos. [Esos] prejuicios privados deben estar fuera del alcance de la ley, pero la ley no puede, ni directa ni indirectamente, otorgarles efecto.”³³

Igualmente, en la sentencia del caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, la Corte IDH señaló que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones, e indicó que dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares. Con base en ello, sostuvo: “La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios”³⁴.

Este último caso debe ser especialmente considerado pues explica el alcance de la igualdad en casos en los que el Estado pretende hacer una diferenciación con fundamento en la orientación sexual. En el caso *Atala Riffo*, la Corte IDH estableció que el Estado tiene la obligación de probar con medios adecuados que dicha decisión no tiene un objetivo o efecto discriminatorio, pues de lo contrario la presunción de discriminación que se deriva de la utilización de una categoría prohibida no resulta desvirtuada³⁵. Valga la pena resaltar que las reglas de decisión de este caso son susceptibles de aplicación a la figura de la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo tanto conjunta como consentida. Si bien el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* se refiere a un caso de custodia y no de adopción, ambas instituciones jurídicas tienen como finalidad la garantía del interés superior del niño. Además la principal consecuencia práctica de la adopción de niños es la entrega de la custodia de los mismos a los adoptantes. De modo que las consideraciones en torno al derecho a la igualdad hechas en esta sentencia del sistema interamericano son también aplicables en este caso.

En concordancia con estas decisiones, la posibilidad fáctica de que se den estas discriminaciones no puede justificar una diferencia normativa en el trato entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales que buscan adoptar, ni puede considerarse como un desconocimiento del derecho a la igualdad de los niños y niñas adoptivos.

3.2.4 Otros derechos de los niños

Un último criterio para evaluar cuál es el interés superior del niño en los casos de adopción por parejas del mismo sexo, tiene que ver con otros derechos de los niños y niñas que se encuentran íntimamente relacionados con la garantía del derecho a la familia y a no ser separado de ella.

Así, por ejemplo, el derecho a la identidad³⁶ que se construye alrededor de pertenencia a una familia y que se evidencia en un rasgo tan importante como el nombre, se vería afectado por la negación del derecho de los niños a acceder a una familia homoparental. En el caso de la

³³ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984).

³⁴ Parr 119. Op. Cit.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párrafo 124.

³⁶ Código de Infancia y Adolescencia, art. 25.

adopción conjunta, se negaría el derecho de los niños y niñas a construir su identidad dentro de una familia, solo por el hecho de que ella está compuesta por una pareja del mismo sexo. Esta negativa se basa en un criterio sospechoso y no tiene ninguna justificación. Sin embargo, la afectación es mucho más grave en los casos de adopción consentida, por cuanto al haber ya un vínculo previamente establecido entre el o la adoptante, el o la adoptado/a y el padre o madre biológico de este, la negativa de reconocer formalmente a la familia, desconoce un componente fundamental de la identidad del niño o de la niña, de sus raíces. Le obliga jurídicamente a negar la realidad que vive y en la cual está construyendo su identidad.

En lo que se refiere a los derechos patrimoniales y a las facultades derivadas del derecho a la seguridad social que surgen como consecuencia del establecimiento de una familia también se presenta una grave afectación. La imposibilidad jurídica (no fáctica) de hacer parte de una familia también imposibilitaría la garantía adecuada que permita la estabilidad y condiciones adecuadas para el disfrute de los derechos de los niños en situación de adoptabilidad. De nuevo, en los casos de adopción consentida la afectación es aún mayor pues, por ejemplo, negaría la posibilidad de heredar los bienes de quien sería su padre o madre de crianza y no biológico.

Así por ejemplo, en el caso de un niño criado por su madre biológica y la compañera permanente de esta, que durante su vida fue la madre de crianza del niño, si esta última llegara a fallecer sin que se haya formalizado, a través de la adopción consentida, el vínculo entre madre de crianza e hijo, el niño no tendría derecho a hacer parte de la sucesión de su madre de crianza y a heredar sus bienes. El art. 1040 del Código Civil que regula este aspecto contempla a los descendientes e hijos adoptivos, entre otros, como llamados a suceder, generando entonces un déficit de protección en torno a los hijos de crianza.

3.3 Permitir la adopción a parejas del mismo sexo garantiza el interés superior del niño

Como indicamos desde el principio de esta intervención, para establecer cuál es la mejor decisión en relación con los alcances de la adopción, el factor determinante debe ser el interés superior del niño. A partir de los elementos presentados anteriormente, llegamos a la conclusión de que la mejor medida que puede adoptar el Estado para garantizar los derechos fundamentales y prevalentes de los niños y niñas en situación de adoptabilidad consiste en permitir la adopción por parejas del mismo sexo.

Al hacer un análisis concreto –y no una invocación abstracta- de los derechos de los niños que podrían verse involucrados en los casos de adopción homoparental, no solo encontramos que no hay razones jurídicas ni evidencias científicas que en alto grado demuestren que permitir este tipo de adopción –bien sea consentida o conjunta- genera afectación alguna en los derechos de los niños al desarrollo integral, a la igualdad, a la identidad, por mencionar los más importantes.

Por el contrario, encontramos que la adopción por parte de parejas del mismo sexo garantiza el goce efectivo de los derechos de niños y niñas. Se trata de una medida de protección que permite a los niños y niñas hacer parte de un núcleo familiar estable, para el caso de la adopción consentida, formalizar y generar consecuencias jurídicas al vínculo afectivo que ya se ha generado. De no aceptar la adopción de niños y niñas por parejas del mismo sexo, se limita seriamente el derecho que tienen a tener una familia, y a crecer en las condiciones de amor, protección y cuidado que brinda un núcleo familiar. Esto es especialmente cierto si se piensa en

el alto número de niños y niñas de difícil adopción frente a los cuales el Estado no puede garantizar una familia. Además, la adopción homoparental consentida garantiza de mejor modo el derecho a la identidad de los niños y niñas. Y esta opción en materia de adopción también protege de mejor modo que los niños y niñas tengan condiciones materiales apropiadas que se traduzcan en la garantía de sus derechos patrimoniales.

En consecuencia, la adopción homoparental no desconoce el interés del niño sino que brinda mayores opciones para la plena garantía de sus derechos. Si esto es así, adoptar una interpretación de las normas demandadas del Código de Infancia y Adolescencia que niegue esta adopción solo podría estar basado en prejuicios y estereotipos sobre las parejas del mismo sexo que no pueden anteponerse de ningún modo al interés superior del niño, por ser esta consideración primordial en la materia. Además, como mostraremos en los siguientes numerales, se trata de prejuicios injustificados que también vulneran derechos de los adoptantes.

4. La prohibición de adopción homoparental desconoce los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo

Interpretar las normas demandadas en el sentido de impedir que las parejas del mismo sexo adopten niños y niñas, vulnera varios derechos individuales de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género no mayoritarias, así como varios derechos de las parejas del mismo sexo. A continuación examinaremos cómo una decisión en sentido restrictivo, conculcaría el derecho a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a elegir libre y razonadamente el número de hijos, a conformar una familia, así como restringiría injustificadamente otros derechos patrimoniales y extra patrimoniales.

4.1 Derecho a la igualdad y no discriminación

Desde 1993, la Corte Constitucional inició un proceso de reconocimiento de derechos a las personas con orientaciones sexuales e identidades de género no mayoritarias. El desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia ha tenido tres etapas identificables. Primero, la protección jurídica individual de las personas LGBT. Segundo, una fase de protección de las parejas del mismo sexo. Y, tercero, el reconocimiento de que las parejas del mismo sexo constituyen una forma de familia constitucionalmente protegida. Como resultado de estos desarrollos jurisprudenciales, en la actualidad la jurisprudencia es pacífica en señalar que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación y que, por tanto, las diferenciaciones basadas en esta razón son *prima facie* inconstitucionales, salvo que se demuestre que la medida no desconoce el derecho a la igualdad, luego de someterse a un juicio estricto de proporcionalidad. En este caso, sin embargo, una medida restrictiva en materia de adopción no superaría este escrutinio.

4.1.1 La orientación sexual como criterio sospechoso de discriminación

En la sentencia C-481 de 1998³⁷ la Corte Constitucional estableció que, en principio, dar un tratamiento distinto a las personas que tuvieran una orientación sexual no mayoritaria contradice los mandatos constitucionales. Señaló la Corte que la orientación sexual es una categoría

³⁷Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

protegida por la Constitución, sea que tal elemento de la personalidad humana constituya un rasgo innato del sujeto que no se puede modificar ni ser elegido con libertad (caso en el cual se encuentra protegida por el art. 13 de la Carta Política cuando prohíbe la discriminación por razones de sexo) o que sea una elección hecha por el individuo de forma voluntaria (pues en este supuesto la orientación sexual estaría protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad). Con base en ello, concluyó que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación

Para la Corte Constitucional es claro que no todo trato diferencial entre distintos grupos de personas se encuentra constitucionalmente prohibido. Sin embargo, dado que existe una presunción de igualdad en el trato prevista en el artículo 13 de la Constitución, para dar un tratamiento diferenciado a dos grupos de personas es necesario presentar una justificación suficiente que logre controvertir tal presunción³⁸. Adicionalmente, la Corte ha sostenido que se encuentran vedadas constitucionalmente aquellas diferenciaciones “cuya finalidad (análisis de consecuencias) sea la exclusión de grupos de personas tradicionalmente señalados, y la negación del ejercicio de sus derechos fundamentales.”³⁹. Por esta razón, en casos en los que la distinción se base en una categoría sospechosa como la orientación sexual, esta justificación se vuelve aún más estricta y se entiende que, en principio, dicha diferenciación no es admisible.

Teniendo en cuenta esta concepción del derecho a la igualdad, la Corte ha reconocido los derechos de las parejas del mismo sexo, eliminando del ordenamiento jurídico las disposiciones normativas que sin justificación admisible constitucionalmente excluían a ciertas parejas solo por su orientación sexual, y más recientemente reconoció la Corte este mismo principio de igualdad en la concepción de familia. La primera sentencia que reconoció derechos a las parejas del mismo sexo fue la C-075 de 2007⁴⁰. En ella la Corte abordó el problema jurídico de si las parejas del mismo sexo podían o no constituir uniones maritales de hecho y conformar sociedades patrimoniales. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de las normas demandadas de la Ley 54 de 1990, bajo el entendido de que el régimen en ellas consagrado también aplica para las parejas del mismo sexo que se encuentren en una unión permanente y singular. La Corte amparó los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libre asociación, al mínimo vital y a la dignidad humana de las personas LGBT.

La Corte fue enfática al señalar que las parejas del mismo sexo afrontaban una situación precaria debido a la falta de regulación jurídica que existía respecto a esta materia en el país y que las necesidades de protección de estas parejas eran asimilables a aquellas que tenían las parejas compuestas por hombre y mujer. Ello aunado a que ambos proyectos de vida son opciones respetadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En este escenario, la Corte recalcó que la falta de reconocimiento jurídico que hasta ese momento afrontaban las parejas del mismo sexo en Colombia no les permitía desarrollar un proyecto de vida pleno, aun cuando se les reconocieran derechos como individuos a las personas pertenecientes a estas minorías sexuales.

Desde entonces la Corte Constitucional continuó en un camino de reconocimiento progresivo de derechos a favor de las parejas del mismo sexo por medio de sentencias de constitucionalidad y

³⁸Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2004, M. P.: Montealegre Lynett..

³⁹Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2004, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁰Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

tutela. Entre ellas están las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, T-856 de 2007, T-1241 de 2008, C-336 de 2008, C-798 de 2008, T-911 de 2009, C-029 de 2009, T-051 de 2010, T-592 de 2010, C-886 de 2010, y la sentencia T-909 de 2011, entre otras. Además, como se explicó con anterioridad, la sentencia C-577 de 2011 declaró que las parejas del mismo sexo constituyen una forma de familia constitucionalmente protegida, y posteriormente la Corte ha venido reiterando esta posición en múltiples sentencias de revisión de tutela y de constitucionalidad.

En otras decisiones internacionales también se ha precisado el alcance del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por la orientación sexual. En el reciente caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, que es especialmente pertinente para estudiar los derechos involucrados en la filiación entre niños y parejas del mismo sexo como explicamos previamente, la Corte IDH determinó que la orientación sexual es una categoría de discriminación prohibida por la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-.⁴¹ La Corte dictaminó que no es necesario que la decisión se base en forma exclusiva en la orientación sexual para que esta se encuentre prohibida por la CADH, pues para considerar que tal decisión constituye un acto discriminatorio basta "(...) con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona"⁴². Además, la Corte IDH fue clara en señalar que siempre que se vaya hacer una limitación de derechos con fundamento en la orientación sexual, el Estado tiene la obligación de probar con medios adecuados que dicha decisión no tiene un objetivo o efecto discriminatorio, pues de lo contrario la presunción de discriminación que se deriva de la utilización de una categoría prohibida no resulta desvirtuada.⁴³

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos, y del cual Colombia es signataria, ha establecido que es contrario a dicho instrumento la discriminación por orientación sexual en los casos *Young vs. Australia*,⁴⁴ *Toonen vs. Australia*,⁴⁵ y *X vs. Colombia*.⁴⁶

La protección de la orientación sexual como una categoría con base en la cual está prohibido discriminar también fue establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que monitorea el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual, por medio de la Observación General N° 20, declaró que en "*cualquier otra condición social*", *tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto...*"⁴⁷. De forma adicional, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 4, estableció que la orientación sexual es uno de las condiciones por las cuales se prohíbe discriminar, de conformidad con dicho instrumento.⁴⁸

⁴¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párrafo 91.

⁴²Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párrafo 94.

⁴³Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párrafo 124.

⁴⁴Comité de Derechos Humanos, caso *Young vs. Australia*.

⁴⁵Comité de Derechos Humanos, caso *Toonen vs. Australia*.

⁴⁶Comité de Derechos Humanos, caso *X vs. Colombia*.

⁴⁷Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General N° 20. E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

⁴⁸Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 4.

En conclusión, la discriminación por orientación sexual se encuentra prohibida por el sistema universal de protección de derechos humanos, y existen rigurosos estándares que han de ser satisfechos si se desea utilizar esta categoría sospechosa para diferenciar, imponer cargas o excluir de beneficios a una persona o grupo.

4.1.2 Prohibir a las parejas del mismo sexo adoptar constituiría un acto discriminatorio

La consecuencia principal de que la orientación sexual sea considerada como categoría prohibida o criterio sospechoso de discriminación, es que siempre que se pretenda dar un trato diferencial a dos personas o grupos en razón de la orientación sexual es necesario someter la medida diferenciadora a un juicio estricto de proporcionalidad. En este juicio ha de acreditarse: (i) que la política o decisión adoptada busca conseguir una necesidad social no solo importante sino imperiosa; (ii) que los medios elegidos para conseguir dicha finalidad no son solo conducentes sino indispensables, en el sentido que no existe otro medio para conseguir el objetivo buscado; y que existe una (iii) proporcionalidad en sentido estricto entre los beneficios que se derivan de la medida y los costos que ella implica en términos de derechos fundamentales, es decir que las consecuencias negativas obtenidas con la decisión o política “compensarán” las desventajas provenientes de su implementación.

En este caso, si bien hay quienes sostienen que adoptar no es un derecho del adoptante, en todo caso debe someterse a este escrutinio el hecho de que las personas LGBT puedan ser excluidas como potenciales adoptantes del trámite pertinente solo por razón de su orientación sexual. Sobre esta diferencia debe recordarse que la Corte Constitucional ha reconocido que no es necesario que se excluya del ejercicio de un derecho para poder hablar de discriminación. Así, por ejemplo, en la sentencia T-248 de 2012, referida a la donación de sangre por parte de homosexuales, la Corte Constitucional señaló que si bien donar sangre no es un derecho sino un deber anclado en el principio de solidaridad social, no por ello era constitucionalmente aceptable que se discriminase a las personas por su orientación sexual en el trámite conducente a la donación.⁴⁹

Aclarado esto, consideramos que una posible prohibición de que personas lesbianas, gay y bisexuales adopten a niños y niñas, derivada de una lectura restrictiva de las normas demandadas, no superaría este escrutinio estricto. Para empezar, usualmente se ha sostenido que esta medida persigue la protección del interés superior del niño, lo cual es sí mismo es un fin imperioso, sin embargo como mostramos previamente quienes sostienen la exclusión desarrollan este fin de forma abstracta y discriminatoria. En gracia de discusión, si se aceptará 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 en pareja, las personas con orientación sexual no heterosexual pueden satisfacer el interés del niño de tener una familia⁵⁰.

La posible restricción de la posibilidad de adoptar para los homosexuales no conduce a proteger el interés superior del niño, tal como lo mostramos en los numerales anteriores. No es útil para que los niños puedan ejercer plenamente sus derechos fundamentales y, por el contrario, las familias conformadas por personas del mismo sexo tienen en principio la capacidad de garantizar

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-248 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁰ OSORIO VALENCIA, Yhony Alexander, Homosexualidad: ¡Una batalla por derechos en tiempos del siglo XXI!, Vademécum de Familia, 2012, p. 9-24.

el derecho de los niños y niñas a formar una familia, a desarrollarse integralmente, al amor y al cuidado. Si esto es así, no hace falta entrar a estudiar la necesidad de la medida ni su proporcionalidad en sentido estricto, pues impedir a las personas con orientación sexual diversa adoptar no es adecuada para el fin para el que supuestamente sería útil, que es para proteger el interés superior del niño.

La diferenciación en las condiciones de adopción en razón de la orientación sexual, entonces, está prohibida constitucionalmente. La prohibición de adoptar niños para las personas lesbianas, gay y bisexuales constituiría un acto discriminatorio, por excluir a un grupo de individuos del ejercicio de varios derechos sin una justificación razonable.

4.2 Prohibir a una pareja del mismo sexo adoptar niños es una violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad

El artículo 16 de la Constitución Nacional estableció que *“todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”*⁵¹ Dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el análisis sobre el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido muy amplio. La Corte Constitucional ha entendido que el libre desarrollo de la personalidad se traduce en la libertad de las personas a escoger un proyecto de vida, movido por una identidad propia.⁵²

Si tomamos que la orientación sexual forma parte de la identidad de una persona y esta, a su vez, se encuentra amparada por el artículo 16, es forzoso concluir que cualquier limitación arbitraria de la posibilidad de llevar a cabo el proyecto de vida de una persona con base en la identidad sexual de una persona, constituye una violación de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Concretamente, en caso de no permitirse la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, se estaría limitando jurídicamente la posibilidad de que una persona LGBT tenga la misma posibilidad que tienen las demás personas de contemplar como parte viable de su proyecto de vida adulta la inclusión de hijos dentro de la familia. Sin ninguna justificación constitucionalmente admisible, la persona LGBT no tendría derecho a desarrollar su personalidad, si este desarrollo incluye la adopción. Por supuesto, esto es aún más grave en la adopción consentida puesto que pone al padre o madre biológica en la dramática situación de intentar llevar a cabo su legítimo proyecto de vida de tener una pareja del mismo sexo, al tiempo que ello implicaría someter a su hijo o hija en una situación de déficit de protección.

Es necesario recordar que realizar este tipo de análisis, sólo a partir de la orientación sexual, automáticamente excluye un sector población por su identidad sin siquiera entrar a mirar otros elementos que pueden ser relevantes a la hora de decidir si pueden o no adoptar niños y niñas. En este sentido, no solo nos encontramos dentro de una categoría de discriminación, sino también frente a un profundo impedimento para que las parejas del mismo sexo puedan desarrollarse plenamente, llevando a cabo sus planes vitales, puesto que su libre desarrollo de la personalidad se ve limitado de forma arbitraria solo en virtud de su orientación sexual. Así pues, prohibir a una pareja del mismo sexo adoptar niños es una violación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

⁵¹Constitución Política de Colombia, art. 16.

⁵²Corte Constitucional, Sentencia T-248 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4.3 Negar a todas las parejas del mismo sexo la posibilidad de adoptar solo en razón de su orientación sexual viola la dignidad humana

La dignidad humana es un principio supremo que se refiere al valor de cada persona. Es una idea que presupone que nuestra condición de humanos nos hace a todos iguales y nos da derecho a un trato conforme a este igual valor. En este orden de ideas, interpretar el Código de la Infancia y la Adolescencia para excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar un niño o niña es una violación de su dignidad como personas pues cuestiona la igualdad y el valor de una persona LGBT para adoptar a un niño o niña, con base en un criterio sospechoso como es la orientación sexual.

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 las y los homosexuales que a las y los heterosexuales, y niega sin posibilidad de contradicción alguna la idoneidad de estos 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.

4.4 Negar la adopción a parejas del mismo sexo implicaría una restricción inconstitucional al derecho a elegir libre y razonadamente el número de hijos

En Colombia, el derecho a decidir libre y razonadamente el número de hijos está enunciado, en parte, en el artículo 42 de la Constitución Política que define a la familia como núcleo de la sociedad, y establece que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.”⁵³ Según lo anterior, las parejas amparadas por el artículo 42 constitucional tienen derecho a decidir sobre los hijos que desean tener de forma responsable.

Si esto es así, entonces en primer lugar, debe concluirse que las parejas del mismo sexo tienen derecho a elegir libre y razonadamente el número de hijos, puesto que tal como quedó definido desde la sentencia C-577 de 2011, las parejas del mismo sexo están amparadas por el mencionado artículo constitucional. En todo caso, debe señalarse también que los derechos reproductivos consagrados en esa cláusula nunca han estado limitados por la jurisprudencia constitucional a las parejas o individuos heterosexuales, ni se encuentran buenos argumentos para llegar a esta conclusión. Desde esta perspectiva, una posible restricción de su derecho a adoptar violaría el derecho de las parejas LGBT a elegir libremente el número de hijos.

Adicionalmente, si el plan contemplado de forma autónoma por un ciudadano incluye conformar su familia mediante la adopción de un niño o niña, una interpretación que limite esta posibilidad desconocería que la autonomía exige que no haya injerencias indebidas ni del Estado ni de terceros en la elección del proyecto de vida. El Estado debe limitarse a diseñar y aplicar

⁵³Constitución Política de Colombia, artículo 41.

instituciones y programas que faciliten y garanticen el goce y ejercicio legal de estas libertades de las personas.⁵⁴

4.5 Establecer una restricción de la adopción para las parejas del mismo sexo viola el derecho de estas a conformar una familia

El artículo 42 de la Constitución Política también contempla el derecho de las personas a conformar una familia, del mismo modo que el artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra este derecho para el hombre y la mujer.⁵⁵ De acuerdo con la Corte, según la cual “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia”⁵⁶, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, incluyendo la conformación de una familia a partir de una pareja conformada por personas del mismo sexo.

En la sentencia C-577 de 2011 se reconoció por primera vez que las parejas del mismo sexo podían conformar familias “de conformidad con el artículo 42 superior.”⁵⁷ En este sentido, establecer una interpretación restrictiva de las normas relativas a la adopción, que excluya las parejas del mismo sexo, restringiría injustificadamente ese reconocimiento que hizo la Corte sobre el carácter de familia de estas parejas, ya que este se hizo sin ninguna limitación. Al mismo tiempo, como mostramos previamente, desconocería que los niños y niñas pueden ver su derecho ejercido tanto en una familia conformada por una pareja heterosexual como en una familia homosexual.

4.6 Negar el derecho a la adopción consentida a las parejas del mismo sexo viola derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del adoptante y adoptado

El artículo 14 constitucional establece el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Sobre este, la Corte ha afirmado que “dentro del desarrollo del derecho a la personalidad jurídica se reconoce el estado civil de las personas mediante la expresión de una determinada situación o calidad como la nacionalidad, el sexo, la edad, estado mental, si son hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, casados o solteros etc....”⁵⁸(Subrayas fuera de texto).

La anterior interpretación fue adoptada por el Consejo de Estado en su Sección Segunda, mediante Sentencia del 10 de Marzo de 2011⁵⁹. De igual forma, el artículo 1 del Decreto 1260 de 1970, estableció que: “El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.” (Subrayas fuera del texto original).

⁵⁴VILLANUEVA FLOREZ, Rocio. "Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos." *Revista Internacional de Derechos Humanos* 43 (2006): 392-450.

⁵⁵“Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.” Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17.2.

⁵⁶Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza.

⁵⁷Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza.

⁵⁸Corte Constitucional, sentencia T-909 de 2001., M.P: Jaime Araujo Rentería.

⁵⁹Consejo de Estado-Sección Segunda, sentencia del 20 de Marzo de 2011. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

En el caso puntual de la adopción consentida por parte del compañero permanente o cónyuge del mismo sexo del hijo de su pareja, negar la posibilidad de adoptar por el hecho de la orientación sexual vulneraría el reconocimiento de la personalidad jurídica del adoptante, toda vez que se le negaría su calidad de padre, elemento asociado al estado civil de las personas. Si el estado civil se refiere a la situación jurídica de un individuo en la familia, no poder adoptar a una persona con quien ya se tienen relaciones de familia, como es el caso de los hijos del cónyuge o compañero permanente del mismo sexo, representaría una vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

4.7 Otros derechos involucrados en la adopción consentida

En el caso de la adopción consentida, más allá de las vulneraciones de derechos fundamentales que ya hemos identificado, el padre o madre adoptante quedaría en un estado de desprotección en los ámbitos de la seguridad social, los derechos patrimoniales, y el cuidado personal, en caso de que se interpretaran de manera restringida las normas relativas a la adopción. Así, por ejemplo, el hijo criado por una pareja del mismo sexo sólo podría afiliarse como beneficiario al sistema de salud al padre o madre con quien comparte parentesco consanguíneo, debido a que con relación al otro padre o madre no permite la configuración de parentesco civil, al negarse la adopción.⁶⁰ Pero, ¿qué ocurriría si quien aporta como cotizante en el grupo familiar es precisamente el padre con quien no comparte lazo de consanguinidad y que reclama la adopción consentida? Allí el potencial adoptante no podría prodigar la protección a su hijo o hija en la práctica, únicamente por una restricción legal basada en la orientación sexual.

Una situación análoga ocurre con relación a la pensión de sobrevivientes⁶¹, a la herencia en la sucesión intestada, al derecho a recibir alimentos, al derecho a no testificar en contra de familiares cercanos, entre otros. El padre o madre a quien se le negó la adopción del hijo de su compañero o compañera permanente o cónyuge del mismo sexo, se encuentra excluido de todas las protecciones que el ordenamiento jurídico ofrece para los adoptantes que ven reconocida su calidad de padres por medio de la adopción consentida.

Lo mismo puede predicarse de otros derechos de carácter no patrimonial como, por ejemplo, el ejercicio de cuidados personales y la custodia del niño o niña. Si el padre o madre biológica falleciese, su compañero permanente no podría asumir la custodia y cuidados personales del niño con quien ya conforma una familia, debido a que no tiene ninguna relación jurídico-filial con este. Tampoco podría, por ejemplo, tomar decisiones médicas sobre la salud del niño, como la realización de procedimientos quirúrgicos, a pesar de que de ello dependa la vida y la salud del menor, pues su consentimiento no sería válido.

En conclusión, cuando a una persona que funge como padre o madre del hijo del compañero permanente se le niega la posibilidad de realizar la adopción consentida del niño a pesar de que cumple con todos los requisitos de la institución, y también cumple con las obligaciones y los deberes de un padre o una madre, tanto a nivel afectivo como económico y social, se le están afectando múltiples derechos de carácter patrimonial y extra-patrimonial.

⁶⁰ Ley 100 de 1993, art. 163.

⁶¹ Ley 100 de 1993, art. 47.

4.8 Garantías de interés público que se afectarían al no permitir la adopción consentida

Existen otras consecuencias relacionadas con la garantía del interés público que se derivan de no permitir que las parejas del mismo sexo adopten a niños y niñas, especialmente en el caso de la adopción consentida. Principalmente, si no se reconocen las relaciones familiares existentes entre el compañero permanente o cónyuge del mismo sexo y el hijo de su pareja, no podría aplicarse el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de cargos públicos o el desempeño de funciones públicas.⁶² Así por ejemplo, el padre no biológico que ocupe un cargo estatal podría, por ejemplo, contratar con su hijo a costas del patrimonio público y la moralidad administrativa, pues no aplicarían a ellos las restricciones legales que sí aplican para aquellos casos en que existe una adopción de por medio.

Por esta razón, en la adopción conjunta existe un interés público de garantizar la moralidad administrativa y la transparencia de la actividad pública que podría verse seriamente afectado si, de manera injustificada, se restringiera el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar niños y niñas.

5. Análisis de la evidencia científica con respecto a la adopción conjunta y consentida por parte de parejas del mismo sexo⁶³

5.1 Introducción

La composición de una unidad familiar se presenta de diferentes formas, integrantes, roles, etc. Afortunadamente para los tomadores de decisión en Colombia, existe evidencia médico científica de alta calidad proveniente de jurisdicciones donde desde hace más de 20 años se realizaron avances en este tema, como en el Estado de Rhode Island en Estados Unidos que aprobó la adopción consentida desde 1993 y la Provincia de Ontario en Canadá que aprobó la adopción conjunta desde 1995. Esta evidencia nos permite determinar con un alto grado de certeza si es inconveniente para la salud de un menor ser adoptado por una pareja del mismo sexo. A la provincia de Ontario y el Estado de Rhode Island se han sumado por lo menos 55 jurisdicciones (que incluyen todas las provincias de Canadá, un gran número de Estados en los Estados Unidos, México DF, Brasil, Argentina, Suráfrica, casi todos los países de Europa Occidental y Australia) en las cuales se han realizado un sinnúmero de adopciones que han sido documentadas por investigadores médicos y psicólogos en centros de investigación ampliamente reconocidos por su rigurosidad científica.

Esta sección presenta un análisis de la evidencia más reciente disponible con respecto a los desenlaces médicos, psicológicos y sociales de niños adoptados por parejas del mismo sexo en dichas jurisdicciones. Este documento está basado en dos tipos de estudios: 1) revisiones sistemáticas⁶⁴ de alta calidad según la escala AMSTAR⁶⁵ y estudios primarios publicados

⁶² Cfr. Constitución Política, art. 292 y 293. Ley 734 de 2002, art. 40.

⁶³ Esta sección fue elaborada por Jaime Ardila Salcedo, MD, MPH, PhD(c) Universidad de McMaster, Canadá; y voluntario de Colombia Diversa.

⁶⁴ El propósito de una revisión sistemática es resumir la mejor evidencia disponible para una pregunta específica. Esto se logra al sintetizar los resultados de varios estudios.

posterior a las últimas revisiones de la literatura. Aunque el contexto donde la mayoría de dichos estudios se llevaron a cabo difiere en algunos aspectos mínimos del contexto colombiano, las poblaciones y las condiciones en que se llevaron a cabo dichas adopciones reflejan condiciones muy similares al sistema de adopción en Colombia (evaluación de la idoneidad de las parejas por parte de una agencia especializada y asignación a aquellas quienes cumplan criterios de seguridad y estabilidad familiar).

Para este análisis se utilizó una metodología sistemática rápida, siguiendo a grandes rasgos la metodología propuesta por las guías para revisión y diseminación de la literatura de la Universidad de York (CRD, 2008). Las revisiones rápidas de la literatura se emplean para sintetizar la evidencia disponible dentro de un periodo de tiempo limitado, usualmente tres o menos meses. Diferentes grupos enfocados en el uso de la evidencia en la formulación de políticas en salud emplean actualmente esta metodología. Un ejemplo de ello es el McMaster Health Forum, que ha creado un sistema de respuesta rápida para informar la toma de decisiones de políticas en salud (Lavis, 2014).

5.2 Objetivo de la revisión

La presente revisión tiene como objeto informar a la Honorable Corte Constitucional acerca del estado de la evidencia científica más reciente con respecto a los desenlaces médicos, psicológicos y sociales (en general, salud entendida como un estado de bienestar) de niños adoptados por parejas del mismo sexo, ya sea de manera conjunta o consentida.

5.3 Preguntas de revisión

- ¿Qué desenlaces se han utilizado para determinar la salud de niños adoptados por parejas del mismo sexo?
- ¿Cuál es el estado de salud de los niños adoptados por parejas del mismo sexo?
- ¿Es inconveniente para niños o niñas ser adoptados por parejas del mismo sexo?

Una revisión sistemática utiliza procedimientos transparentes para encontrar, evaluar y sintetizar los resultados de investigación relevante al tema. Los procedimientos son definidos de forma explícita con anterioridad con el fin de garantizar que el ejercicio sea transparente y pueda ser replicado. Esta práctica se utiliza también para minimizar el riesgo de sesgos.

Los estudios incluidos en una revisión sistemática son evaluados para garantizar su calidad, de tal forma que los hallazgos de un gran número de estudios pueda ser combinados. La revisión por pares en una parte clave del proceso; investigadores calificados e independientes controlan la rigurosidad de los métodos del autor de la revisión.

Una revisión sistemática debe contener:

- Criterios claros de inclusión y exclusión
- Una estrategia de búsqueda explícita
- Coficación y análisis sistemático de los estudios incluidos.

Fuente: http://www.campbellcollaboration.org/what_is_a_systematic_review/

⁶⁵ La escala AMSTAR es un instrumento que permite evaluar la calidad de una revisión sistemática. Ver: http://amstar.ca/About_Amstar.php

5.3 Metodología

Bases de datos y estrategia de búsqueda

Se condujo una búsqueda en Medline⁶⁶ en Julio de 2014. La estrategia de búsqueda fue: ("Homosexuality"[Mesh]) AND (("Family"[Mesh]) OR "Adoption"[Mesh]))

Selección de publicaciones

La selección de las publicaciones la hizo el autor de esta revisión, quien cuenta con experiencia en revisiones sistemáticas y búsqueda de la literatura, y quien es médico salubrista y experto en políticas en salud.

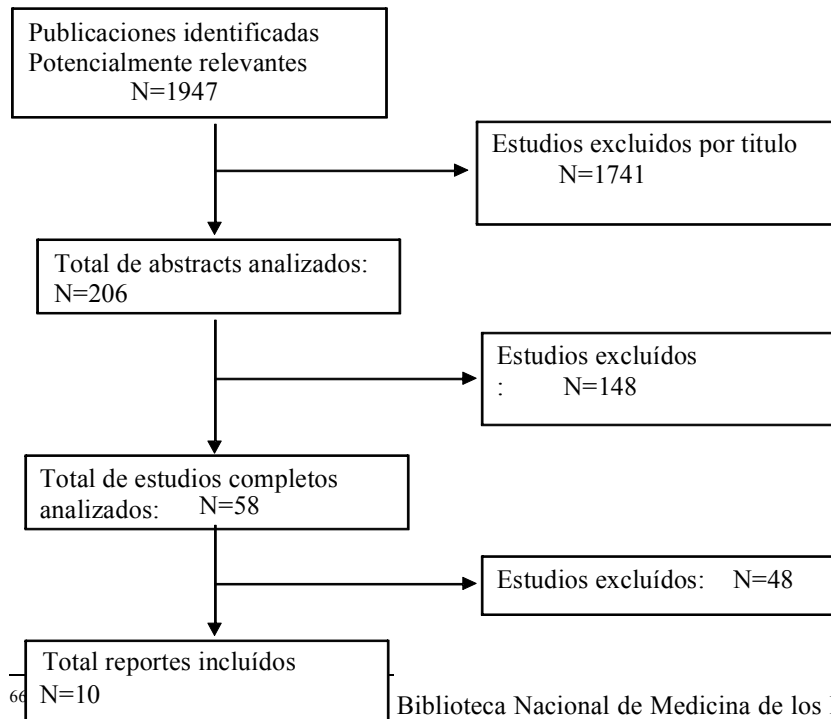
Extracción de datos

La extracción de datos se hizo por un revisor y se reportan los datos de forma narrativa que incluye: información del diseño de estudio o del tipo de documento, la intervención y los desenlaces.

5.4 Resultados

En la búsqueda descrita se encontraron 1.947 publicaciones potencialmente incluíbles. Luego del proceso de selección, se analizaron 10 revisiones sistemáticas que en conjunto resumen más de 35 estudios primarios.

Síntesis de los resultados



⁶⁶ Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos, e incluye publicaciones científicas de la más alta calidad proveniente de todo el mundo. Contiene más de 21 millones de referencias. http://www.nlm.nih.gov/pubs/factsheets/dif_med_pub.html

La revisión sistemática más reciente fue publicada en 2005 por Fiona Tasker, investigadora de la Escuela de Psicología de Birbeck College University of London, en el Reino Unido.

La Dra. Tasker revisó la evidencia concerniente a desenlaces en desarrollo de niños criados por padres o madres homosexuales, evaluando las relaciones familiares, el ajuste psicológico, las relaciones de los niños o niñas con sus pares, y su desarrollo psicosocial. Esta revisión incluyó estudios científicos publicados entre 1978 y Enero de 2004. Aunque la revisión de Tasker analiza diferentes tipos de familias (mujeres lesbianas divorciadas solas u hombres homosexuales divorciados solos), sólo haré referencia a familias conformadas por adopción conjunta o consentida.

5.4.1 Relaciones Familiares y Paternidad

Se contestaron preguntas como: ¿tienen los niños criados por parejas de madres lesbianas o padres gay relaciones cercanas? ¿Qué roles desempeñan los padres en la vida de los niños y niñas adoptados? ¿Qué tipo de relaciones tienen los niños y niñas con su familia extensa?

Varios estudios británicos y estadounidenses publicados en los años ochenta consideraron que las relaciones familiares de niños de madres lesbianas divorciadas que luego recomponían su familia con una mujer, tenían desenlaces similares a aquellas madres que se divorciaban y recomponían su familia con un hombre. Estos estudios fueron unánimes en concluir que no existen diferencias sistemáticas entre la calidad de las relaciones familiares de los niños de madres lesbianas y aquellos niños viviendo con madres heterosexuales divorciadas (Golombok, 1983; Green, 1986; Hoeffler, 1981; Kirkpatrick, 1981). De hecho, un estudio reportó que los niños de parejas de mujeres lesbianas tenían mayor probabilidad de visitar a su padre, comparado con aquellos hijos de mujeres heterosexuales divorciadas (Golombok, 1983).

El estudio de Golombok en 1983 hizo seguimiento a aquellos niños criados por lesbianas y sus contrapartes de niños criados por mujeres solteras divorciadas. Los jóvenes entrevistados reportaron buenas relaciones con sus madres y con su padre, y no se encontraron diferencias entre las madres lesbianas y las madres heterosexuales. En general, hijos e hijas de las madres lesbianas reportaron relaciones más positivas con la nueva pareja de su madre en comparación a los jóvenes de madres heterosexuales que encontraron una nueva pareja (Tasker, 1997).

La revisión de Tasker encontró que la paternidad de hombres gay divorciados es similar a la de hombres heterosexuales divorciados (Bigner, 1989a; Bigner, 1989b; Bigner, 1992). El estudio de Bigner encontró en ambos grupos (gay y heterosexuales) razones similares para ser padres. En ambos grupos se encontró también grados similares de involucramiento en las actividades de sus hijos. De hecho, se encontró que los padres gay fueron más estrictos que los padres heterosexuales en determinar estándares apropiados para el comportamiento de los niños. Se reportó también que los padres gay emplearon más comunicación y estrategias de razonamiento para responder a las necesidades de los niños, comparados con los padres heterosexuales. Los padres gay fueron más precavidos que los padres heterosexuales en expresar afecto físico a sus hijos.

La encuesta Británica de Paternidad Gay y Bisexual, publicada en 2001, encontró que aquellos padres gay divorciados que habían logrado una adopción consentida en su relación posterior

habían sido más exitosos en la crianza de sus hijos, que aquellos padres gay que habían permanecido solteros (Barrett, 2001).

5.4.2 Ajuste psicológico

Existe preocupación acerca del bienestar psicológico de los niños con padres gay o madres lesbianas que puedan reflejar relaciones familiares (como conflicto entre los padres, separación de los padres, o problemas mentales de los padres). Sin embargo, ninguno de estos factores están directamente relacionados con tener una madre lesbiana o un padre gay, ya que dichos factores no dependen de la orientación sexual de una persona. Al contrario, éstos dependen de múltiples factores que están distribuidos de igual manera en hombres y mujeres tanto homosexuales como heterosexuales.

También existe preocupación de que los niños de hombres y mujeres homosexuales sean víctimas de prejuicios debido a su conformación familiar, y que esto los lleve a ser más vulnerables a estrés emocional o baja autoestima. Tasker no encontró ninguna diferencia entre padres o madres homosexuales en cuanto al ajuste psicológico de los niños.

En general, no se encontraron estudios que muestren diferencias en ajuste psicológico de niños criados por parejas homosexuales al compararse con parejas heterosexuales u hombres o mujeres divorciados. Green (1986) no encontró ninguna diferencia en las habilidades intelectuales en pruebas estandarizadas de inteligencia, así como tampoco encontraron Kirkpatrick y colegas diferencias en cuanto a síntomas de enfermedades psiquiátricas en hijos criados por parejas homosexuales. Turner (1991) encontró que el estrés psicológico que presentaban niños de padres gay se debía más a problemas de la separación de sus padres o de no tener padres, que por tener un padre homosexual.

5.4.3 Relación con los pares

Uno de los temores con mayor prevalencia es el de que los hijos de parejas del mismo sexo vayan a ser sujetos de prejuicio debido a la identidad sexual de sus padres. Hay una variabilidad considerable al respecto, dado que este desenlace depende del contexto en el que el padre gay o madre lesbiana pueda ser abierto con respecto a su sexualidad, condición que a su vez depende de condiciones sociales, políticas y legales. La forma como los niños y niñas lidian con la posibilidad de prejuicio depende de qué tan obvia es la orientación sexual de sus padres, de cómo se identifican con el sentido que tienen sus padres de ser diferentes, y de su edad.

5.4.4 Desarrollo psicosexual y orientación sexual

Hasta el momento no hay ningún estudio que muestre que tener una madre lesbiana o un padre gay influya en el desarrollo del rol de género. De hecho, la mayoría de hijos e hijas de padres gays o madres lesbianas se identifican como heterosexuales en los estudios hasta ahora llevados a cabo.

5.4.4 Conclusiones de la revisión de Tasker

Esta revisión de alta calidad concluye que la evidencia disponible hasta 2004 indica que, aunque existen diferencias obvias entre niños criados por parejas del mismo sexo, éstos se adaptan tan fácil o difícilmente como los hijos criados por padres heterosexuales. El comité de aspectos psicosociales del niño y la familia de los Estados Unidos concluyó que “el desarrollo óptimo de los niños parece estar más influenciado por la naturaleza de la relación y las interacciones en la unidad familiar, que por la forma estructural particular que ésta tome”.

Otra revisión sistemática de alta calidad llevada a cabo por investigadores de la unidad de estudios psicosociales de la Universidad de Noruega en 2002 (Anderson, 2002), que analizó 23 estudios que siguieron hijos e hijas criados por parejas homosexuales, fue consistente con los hallazgos de Tasker. Anderson y colegas no encontraron ninguna evidencia de que hijos criados por parejas homosexuales fueran diferentes de otros niños en términos de ajuste emocional, preferencia sexual, estigmatización, comportamiento de rol de género, ajuste comportamental, identidad de género o funcionamiento cognitivo. Los estudios reportaron hallazgos similares a pesar de la variedad conceptual y metodológica. En resumen, los hallazgos de estos investigadores apoyan la idea de que las parejas homosexuales son aptas para adopción conjunta y consentida.

5.4.5 ¿Pueden las parejas homosexuales suplir las necesidades de niños adoptados?

Este es precisamente el título de un estudio publicado en 2001 por las profesoras Devon Brooks y Sheryl Goldberg (Brooks, 2001) del departamento de trabajo social de la Universidad de California en Berkeley. En él concluyeron que, a pesar de la controversia suscitada al entregar niños en adopción a parejas homosexuales en el estado de California, no existe evidencia ni justificación para presumir que los hombres gay o mujeres lesbianas sean menos capaces de criar niños en adopción conjunta. La recomendación de estas dos reconocidas investigadoras en trabajo social es que, en el mejor interés de niños y niñas que esperan ser adoptados, no existe razón científica para no permitir a parejas del mismo sexo ser padres de hijos o hijas adoptivos.

5.5 Concepto de la Academia Americana de Pediatría

A las dos revisiones sistemáticas de alta calidad aquí resumidas se suma el concepto de la Academia Americana de Pediatría, publicada en 2002, que recomienda que es fundamental para el bien de los niños y niñas hijos de un padre gay o una madre lesbiana, el poder ser adoptados de forma consentida por la pareja de su padre o madre. Dicho concepto se basa en las siguientes razones:

1. La adopción consentida garantiza la protección del segundo padre o madre, así como los derechos y responsabilidades en caso de que el primer padre muera o termine incapacitado. Más importante aún, la adopción consentida protege la relación con ambos padres o ambas madres. En ausencia de adopción consentida, los miembros de la familia del padre o madre legal pueden despojar al niño de su segundo padre o madre, causándole un mayor trauma.
2. Protege los derechos del segundo padre en caso de separación, pero aún más importante, protege los derechos del niño de mantener una relación con ambos padres posterior a la

separación, esto visto como un desenlace positivo posterior a la separación o divorcio de parejas heterosexuales, que también debe ser protegido para familias con padres del mismo sexo.

3. Establece el requerimiento de la protección del mejor por ambos padres en caso de separación.
4. Asegura que los niños o niñas tengan beneficios legales de ambos padres.
5. Crea la base para la seguridad financiera de los niños en evento de muerte de alguno de los padres.

5.6 Conclusiones

La evidencia científica ha hecho reportes sobre el seguimiento de hijos de parejas del mismo sexo desde hace más de veinte años, incluso de parejas homosexuales que criaron niños y niñas antes de que fuera legal la adopción en varias jurisdicciones. Este es el caso de la cohorte de niños y niñas del estudio de Golombok, que empezó a seguirse desde la década de 1970 en el Reino Unido. A estos estudios se suma evidencia de Estados Unidos y Canadá, conducidos con los más altos estándares de rigurosidad científica. Dichos estudios no reportan ninguna diferencia en el desarrollo psicosocial de niños y niñas criados por parejas homosexuales.

Los desenlaces revisados por diferentes estudios incluyeron el desarrollo psicosexual, la relación con los padres, el desempeño escolar y la interacción con los pares, entre muchos otros. Ninguno de estos estudios ha mostrado que estos niños sean diferentes de los adoptados por hombres o mujeres solteras o por parejas heterosexuales. Sólo hay un estudio primario llevado a cabo por Mark Regnerus, que fue retractado⁶⁷ por los innumerables sesgos y problemas metodológicos de diseño. Incluso la Corte de Michigan rechazó la inclusión de este estudio en el caso de adopción por parte de parejas del mismo sexo porque, como afirmó el juez Bernard Friedman en su sentencia⁶⁸, "el [análisis de Regnerus] está sesgado ya que pretendía estudiar una gran muestra al azar de los estadounidenses adultos jóvenes (edades 18-39) sin tener en cuenta los arreglos familiares", pero de hecho lo que hizo no fue estudiar esto en absoluto, porque Regnerus equiparó haber sido criado por una pareja del mismo sexo con haber vivido alguna vez con un padre que tuvo una "relación romántica con alguien del mismo sexo" durante cualquier periodo de tiempo.

Así las cosas, no existe en la literatura científica ninguna razón para pensar que los niños o niñas adoptados de forma conjunta o consentida por parejas homosexuales tengan desenlaces diferentes que los niños o niñas adoptados por hombres o mujeres solteros o por parejas heterosexuales.

⁶⁷ En investigación médico científica, una retracción se hace cuando el autor, o los pares evaluadores de la revista, consideran que dicha publicación nunca debió salir a la luz debido a problemas con el diseño del estudio, ya sea porque induce a error, o por falta de ética en la conducción del estudio. Ver:

<http://chronicle.com/blogs/percolator/controversial-gay-parenting-study-is-severely-flawed-journals-audit-finds/30255>

⁶⁸ AMERICA BLOG (21 de marzo de 2014) Michigan gay marriage ban struck down. 14th court victory in a row post- Windsor decision. En:

<http://americablog.com/2014/03/michigan-gay-marriage-ban-struck-14th-court-victory-row-post-windsor-decision.html>

Si la Honorable Corte quiere ampliar en dichas conclusiones, solicitamos remitirse a los estudios originales anexos a esta intervención, en particular las tablas de evidencia de las revisiones de Tasker y Anderson.

Peticiones

Teniendo en cuenta todos los argumentos presentados anteriormente, respetuosamente le solicitamos a la honorable Corte Constitucional que resuelva:

Primero. Declarar exequibles los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, “*Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”, bajo el entendido de que las expresiones demandas incluyen dentro de su ámbito de aplicación a los cónyuges y los compañeros permanentes del mismo sexo.

Segundo. Declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre la exequibilidad del artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990, “*Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, al existir cosa juzgada en relación con la sentencia C-075 de 2007.

Tercero. Prevenir al Instituto Colombiano de Bienestar Familias para que se abstenga de considerar la orientación sexual de los adoptantes como criterio descalificatorio dentro de los procesos de adopción de niños y niñas.

De los Honorables Magistrados y Magistradas,

Rodrigo Uprimny Yepes
Director
Dejusticia

Mauricio Albarracín Caballero
Director Ejecutivo
Colombia Diversa

Diana Esther Guzmán Rodríguez
Investigadora de Dejusticia

Jaime Ardila Salcedo
MD, MPH, PhD(c) Universidad de
McMaster, Canadá
Voluntario de Colombia Diversa.

Nathalia Sandoval Rojas
Investigadora de Dejusticia

Daniel Gómez-Mazo
Coordinador DDHH y Litigio Colombia
Diversa

Nina Chaparro
Investigadora de Dejusticia

Alejandro Lanz Sánchez
DDHH y Litigio Colombia Diversa

Silvia Rojas Castro
Investigadora de Dejusticia

Olga Patricia Velásquez Ocampo
Voluntaria Colombia Diversa

Juan Felipe Rivera Osorio
DDHH y Litigio Colombia Diversa

María Paula Toro Hoyos
DDHH y Litigio Colombia Diversa

Estudios científicos citados

Adjuntamos a la Corte los estudios científicos citados en el CD adjunto.

Anderssen N, Amlie C, Andre E. Outcomes for children with lesbian or gay parents. A review of studies from 1978 to 2000. *Scandinavian Journal of Psychology*, 2002, 43, 335-351.

Barrett H, Tasker F. Growing up with a gay parent: views of 101 gay fathers on their sons' and daughters' experiences. *Educ Child Psychol*. 2001;18:62-77.

Bigner JJ, Jacobsen RB. The value of children to gay and heterosexual fathers. *J Homosex*. 1989;18:163-172.

Bigner JJ, Jacobsen RB. Parenting behaviors of homosexual and heterosexual fathers. *J Homosex*. 1989;18:173-186.

Bigner JJ, Jacobsen RB. Adult responses to child behavior and attitudes toward fathering: gay and nongay fathers. *J Homosex*. 1992;23:99-112.

Brooks D, Goldberg S. Gay and lesbian adoptive and foster care placements: can they meet the needs of wanting children? *Social Work*. 2001 Vol 46 Number 2.

Golombok S, Spencer A, Rutter M. Children in lesbian and single parent households: psychosexual and psychiatric appraisal. *J Child Psychol Psychiatry*. 1983;24:551-572.

Green R, Mandel JB, Hotvedt ME, Gray J, Smith L. Lesbian mothers and their children: a comparison with solo parent heterosexual mothers and their children. *Arch Sexual Behav*. 1986;15: 167-184.

Hoeffler B. Children's acquisition of sex-role behavior in lesbianmother families. *Am J Orthopsychiatry*. 1981;51:536-544.

Kirkpatrick M, Smith C, Roy R. Lesbian mothers and their children: a comparative survey. *Am J Orthopsychiatry*. 1981;51:545-551.

Tasker F, Golombok S. *Growing Up in a Lesbian Family: Effects on Child Development*. New York, NY: Guilford; 1997.

Tasker F. Lesbian Mothers, Gay Fathers, and Their Children: A Review. *Developmental and Behavioral Pediatrics*. 2005;26(3):224-240