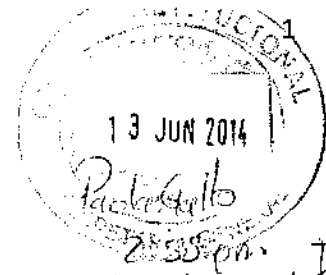


ADOPCION IGUALITARIA



D-10315
OK

El grupo de personas con orientación sexual homosexual como pertenecientes al LGBTI han sido históricamente discriminadas a tal punto que los actos carnales homosexuales en algún momento de la historia republicana llegaron a ser tipificados como delitos penales repudiados por el ordenamiento jurídico interno el Estado y la sociedad colombiana en general. Años después esta disposición fue derogada con la expedición del nuevo código penal vigente y dejó de ser tipificada como una infracción penal, pero de todas formas las personas homosexuales siguen siendo discriminadas por la sociedad al declararse abiertamente como homosexuales.

A pesar de la evidente discriminación en contra de las personas con orientación sexual homosexual y de la abierta desprotección legal para con ellas a través de fallos de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional caso a caso ha ido otorgando la protección de derechos fundamentales a las personas con orientación sexual homosexual.

Lenta y progresivamente se ha proscrito que las personas por el solo hecho de tener una orientación sexual determinada sean discriminadas, por ejemplo por lo manuales de convivencia de los colegios en los que los actos de homosexualidad eran tratados como faltas académicas con sanciones disciplinarias. En algunos pocos casos hasta existen unas cuantas Leyes en donde se pretende proteger y otorgar derechos a los individuos con orientación sexual homosexual.

Aunque la legislación de protección derechos es ínfima los demás derechos han tenido que ser tutelados vía sede Corte Constitucional, se puede afirmar la existencia de cierta tendencia en proteger al individuo homosexual; pero si se realiza un barrido de la legislación vigente, no se encuentra ni una sola norma, ni un solo decreto reglamentario, ni Ley de la república, que proteja los derechos de los homosexuales como parejas. Solamente existe una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, que otorgó derechos a los homosexuales ya no individualmente como personas sino como integrantes de una pareja y esto se dio en la sentencia de constitucionalidad C-075 de 2007.

En esta sentencia en primera ocasión la Corte otorgaba derechos a las parejas de homosexuales igualando unos cuantos derechos patrimoniales, en su situación de convivencia, a la de las uniones maritales de hecho; de las parejas de heterosexuales; ya que no se puede decir que existió una igualación de derechos puesto que tan solo fue una mera cuestión de determinados derechos patrimoniales. Después de esta sentencia hito se han dado unos nuevos casos en los que se han otorgado derechos como parejas, por ejemplo en el tema de pensiones, de seguridad social y hasta de algunos subsidios de vivienda.

Sim embargo a pesar del avance jurisprudencial hoy en día la legislación vigente sigue desprotegiendo todos los derechos de los homosexuales como parejas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha logrado dar el cambio suficiente para otorgar la misma protección que ostentan las parejas de heterosexuales. Aunque se puede apreciar que el precedente jurisprudencial de la Corte en el tema de trato igualitario a las parejas del mismo sexo, ha virado a tal punto que el concepto de familia ya no es el mismo que se tenía hace 10 años y finalmente la Corte ha aceptado que se debe presentar un cambio en la interpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional puesto que la familia protegida por la Constitución ya no es solamente la heterosexual y monogámica, en el entendido que la familia se conforma tanto por vínculos jurídicos como por vínculos naturales o de hecho.

Con este cambio de interpretación de la Corte Constitucional y observando el grado de desprotección de las parejas de homosexuales en el tema legislativo se estima la conveniencia de interponer una acción de inconstitucionalidad a la legislación que regula

el tema de la adopción conjunta y de adopción de los hijos del compañero permanente, y de la que otorga los derechos únicamente a las uniones maritales de hecho conformadas por una hombre y una mujer, para que la Corte se pronuncie en este determinado tema y no desaproveche la oportunidad histórica de reivindicar los derechos de los homosexuales como parejas igualando sus derechos como los de las parejas de heterosexuales.

En este orden de ideas se presentará demanda de inconstitucionalidad a la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) artículos 64, 66, 68 numeral 3º y 5º, y a la Ley 54 de 1990 (Que regula las Uniones Maritales de hecho y el régimen patrimonial dentro de las Uniones Maritales de hecho) artículo 1º. La acción se establecerá y dividirá en secciones. La primera de ellas será la presentación de la demanda, en esta se presenta el texto literal de las Leyes demandadas y se señalarán claramente los artículos y las expresiones atacados de inconstitucionalidad.

En la segunda sección se expone la procedibilidad de la demanda y se desarrollará el tema de “cosa juzgada”, se dará explicación al por qué de la procedencia de la acción presentada. En la tercera sección se entrará al respectivo análisis de los cargos presentados en cuanto a la violación de los artículos de la Constitución Política, allí se expondrá la violación de principio de dignidad humana; el principio de pluralidad y de diversidad cultural, del derecho fundamental a la igualdad y al principio de prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual; del derecho a tener una familia y al establecimiento de aquella como base fundamental de la sociedad, finalmente el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella. En cuarta sección para un acápite a las conclusiones finales obtenidas del proceso de interponer esta demanda de inconstitucionalidad. Y finalmente una quinta sección de disposiciones finales, que abordará temas eminentemente procesales de la acción respecto al trámite y de la competencia de la Corte Constitucional.

SECCION 1: PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

I. NORMAS DEMANDADAS

"LEY 1098 de 2006"

Diario Oficial No.46.446, de 8 de noviembre de 2006
par la cual se expide el "Código de la Infancia y la Adolecencia"
 El Congreso de Colombia
 DECRETA:
 (...)

Artículo 64.

Efectos jurídicos de la adopción. La adopción produce los siguientes efectos:

1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre a madre e hija.
2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.
3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.
4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9° del artículo 140 del Código Civil.
5. Si el adoptante es el cónyuge o compañera permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

Artículo 66.

Del consentimiento. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañera permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para

otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

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:

(...)

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."

5. El cónyuge a compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

"LEY 54 de 1990"

Diario Oficial No. 39.615, de 28 de diciembre de 1990

Par la cual "se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes"

Artículo 1o.

A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho."

II. **PETICION:** Se solicita a la honorable Corte Constitucional de Colombia que se declare la inexequibilidad de la expresión hombre y una mujer del artículo 1º de la Ley 54 de 1990 en la cual se regulan las uniones maritales de hecho el su régimen patrimonial.

Además de declarar la inexequibilidad de la expresión conyuge o compañeros permanentes de los artículos 64, 66, 68 numeral 3ro y numeral 5to, de la Ley 1098 del 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) que reglamenta la adopción de un menor por el compañero o compañera permanente de su progenitor biológico, y también la adopción conjunta de un niño en estado de adopción.

III. NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS

- 1- Preámbulo y artículo 1ro respeto a la dignidad humana, al mínimo vital y al establecimiento de un Estado Pluralista.
- 2- Artículo 7mo. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación.

- 3- Artículo 13. Derecho a la igualdad se proscribe la discriminación por razones de sexo.
- 4 - Artículo 42. Derecho a la familia como base fundamental de la sociedad.
- 5 - Artículo 44. Derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella.
- 6- Derecho a la igualdad del artículo 2do de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 7- Derecho a la igualdad artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

SECCION 2. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

I. LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Para que una demanda de inconstitucionalidad sea admitida la propia Corte Constitucional ha establecido unos parámetros de procedencia de la acción sobre todo en el tema de la cosa juzgada. Así se ha reiterado la imposibilidad de admitir una demanda de inconstitucionalidad cuando el tribunal constitucional ya ha estudiado la constitucionalidad de esa misma norma que se pretende demandar, este fenómeno ha sido denominado como cosa juzgada absoluta.

"cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma llevada posteriormente a su estudio" 489/00 Carlos Gaviria Díaz. Este evento trae como consecuencia que *"no se puede volver a revisar la decisión adaptada mediante fallo ejecutoriado"*¹.

Respecto a la cosa juzgada absoluta se tiene para el caso en estudio que no se presenta ya que en la sentencia C-814/01 se demandó el artículo 98 que regulaba el tema de adopción pero de la antigua legislación, la del (Código del Menor) Decreto 2737 de 1989; es decir se está demandando una ley diferente, posterior que es la Ley 1098 del 2006 el nuevo Código de Infancia y Adolescencia.

Igualmente la Corte declara la imposibilidad de demandar una norma diferente pero que en su contenido regula la misma materia que regulaba la norma ya analizada en su constitucionalidad; esta figura ha sido denominada como cosa juzgada material. De otro lado la Corte, a través de su jurisprudencia, estableció que *"frente a los fallos de exequibilidad se puede predicar cosa juzgada material, si después de que estas son proferidos, se analiza la constitucionalidad de una disposición con igual alcance normativo"*² En el caso en estudio se presenta un caso de cosa juzgada material ya que en la Sentencia C-814/01 se demandó el decreto 2737 de 1989 es decir una Ley diferente a la que se pretende demandar, pero en su contenido normativo reglamentaba exactamente la misma materia, en cuanto al tema de la adopción conjunta por parte de los conyugues o compañeros permanentes.

De tal suerte como lo señala la propia Corte Constitucional, la cosa juzgada material se presenta ante leyes diferentes o posteriores pero que en su contenido regulan ambas la

¹ Parejas del Mismo Sexo: El camino hacia la igualdad. Universidad de los Andes y Colombia Diversa. Colombia. 2008. Página 93.

² Parejas del Mismo Sexo: El camino hacia la igualdad. Universidad de los Andes y Colombia Diversa. Colombia. 2008. Página 94.

misma materia, siendo evidente la imposibilidad de revisar una norma cuyo contenido regulatorio ya fue revisado previamente, en este caso sería el artículo 98 del decreto 2737 de 1989 cuya constitucionalidad fue declarada exequible en la sentencia C-814/01. Por lo tanto el estudio de los artículos 64, 66 y 68 numeral 3ro y 5to de la Ley 1098 del 2006, sería improcedente ya que esa materia regulatoria la de la adopción conjunta de conyugues y compañeros permanentes ya había sido declarada exequible en la sentencia C-814 del 2001.

Ahora bien para promover la procedencia de la acción de constitucionalidad en la misma materia de cosa juzgada ha llevado a la Corte a establecer un criterio de procedibilidad de la acción denominado como cosa juzgada relativa. La cosa juzgada relativa se da en dos supuestos, el primero cuando explícitamente la Corte así lo haya establecido en su fallo y el segundo cuando implícitamente se pueda deducir del fallo del Tribunal Constitucional la posibilidad de demandar nuevamente la misma norma.

La cosa juzgada relativa puede producirse entonces de forma explícita o implícita, explícita cuando explícitamente en el contenido de la sentencia de constitucionalidad se abre la posibilidad de demandar nuevamente la disposición ya demandada *“la disposición es exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces a que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro”*³

De otra manera se considerará implícita de darse cualquiera de los siguientes supuestos: (i) cuando *“el análisis de la Corte esté claramente referida sólo a una norma de la constitución a sólo a un aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otras que puedan ser relevantes para definir si la carta política fue respetada o vulnerada”* Corte Constitucional Auto A-031Bde2002 Rodrigo Escobar Gil (ii) Cuando la Corte restringe el alcance de la sentencia no de manera expresa en la parte resolutive sino a través de las consideraciones de la misma. De tal suerte para que aplique la figura de la cosa juzgada relativa implícita *“se requiere en todo caso que tal limitación se haya establecida de manera expreso por la Corte, así sea sólo en la parte considerativa, caso en el cual recibe la denominación de implícita”*⁴

Teniendo en cuenta el análisis teórico jurídico realizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al tema de cosa juzgada relativa, cabe afirmar de manera categórica que para el caso en estudio se presenta la configuración de cosa juzgada relativa de manera explícita. La anterior afirmación tiene fundamentos fácticos y jurídicos en el contenido de la sentencia, C-802 del 2009 Magistrado ponente. Gabriel, M. En la cual se demandó el artículo 68, numeral 3ro de la Ley 1098 del 2006, y el artículo 1ro de la Ley 54 de 1990; en aquel entonces la Corte se declaró inhibida de proferir un fallo de fondo por ineptitud sustancial de la demanda.

La Corte decidió declararse inhibida de pronunciar un fallo de fondo porque según ésta las normas demandadas solamente solicitaban el análisis de la adopción conjunta cuando el problema jurídico era mucho más amplio, debiéndose haber extendido el debate jurídico a los artículos 64, 66 y 68 numeral 3º y 5º de la Ley 1098 de 2006 los cuales regulan la adopción de un menor por el compañero o compañera permanente de su pareja.

En el estudio realizado en aquél entonces por la Corte para dictar fallo inhibitorio se argumentó en su momento que de haber aplicado la unidad normativa integrando al análisis las normas que no fueron demandadas, conllevaría primero que todo a extender el juicio de constitucionalidad a una norma que no había sido demandada y que además esta aplicación por antonomasia:

³ Parejas del Mismo Sexo: El camino hacia la igualdad. Universidad de los Andes y Colombia Diversa. Colombia, 2008. Página 95.

⁴ Op.cit. página. 96

"impediría el ejercicio de las derechos y mecanismos de participación que se han establecido en el procedimiento de control de constitucionalidad, porque, respecto de dichas normas, no habría oportunidad para la intervención de las autoridades comprometidas en la materia, ni de las ciudadanas interesados, ni se le permitiría al señor Procurador presentar su concepto en cumplimiento de una de sus funciones constitucionales" Finalmente, debido a este control oficiado, "no se daría la necesaria contraversia constitucional entre el demandante, las intervinientes en el proceso y el Procurador General de la Nación, lo cual llevaría a la Corte a pronunciarse sobre cuestiones respecto de las cuales no se habría producido deliberación pública institucional previa"⁵

Aunque en el fallo la Corte se declara inhibida para realizar un análisis de fondo de las materias bajo control constitucional la misma Corte explícitamente abre el camino para que nuevamente se puedan formular los cargos de inconstitucionalidad en contra de la normatividad de la adopción conjunta regulada por Ley 1098 de 2006 art.68 y la Ley 54 de 1990, cuando se cumpla con el procedimiento correcto, afirmando al respecto que el fallo inhibitorio no impide que el accionante formule nuevamente el cargo.

"Para la Corte, en eventos como esas, la decisión inhibitoria es la que mejor garantiza el debido proceso, puesta que no impide que el ciudadano formule nuevamente el cargo y que sobre esa base se reconstituya el proceso, con la oportunidad para que, sobre los elementos completos, se pronuncien todas las ciudadanas interesadas, intervengan las autoridades concernidas y conceptúe el Ministerio Público"⁶

De este pronunciamiento explícito hecho por la Corte en su sentencia C-802/09 se deduce que el fallo inhibitorio no impide al ciudadano formular nuevamente el cargo formulado anteriormente y que se reconstituya el proceso constitucional, configurándose de tal forma la cosa juzgada relativa explícita y por tales razones es posible reabrir el examen de constitucionalidad de los artículos, 64, 66, 68 numeral 3º y 5º de la Ley 1098 del 2006 y del artículo 1º de la Ley 54 del 1990 que regulan el tema de adopción conjunta.

Además de argumento intrínseco de la procedencia de la acción impetrada respecto al tema de la cosa juzgada relativa explícita se aúna a aquél el del expuesto por la propia Corte en su jurisprudencia y que se denomina como el cambio de precedente jurisprudencial, que contribuye en la argumentación propuesta por el accionante para que se dé trámite favorable a su acción.

II. CAMBIO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Una de las tesis que ha expuesto la Corte Constitucional para que proceda la demanda de inconstitucionalidad respecto a temas que ya han sido revisados en fallos de exequibilidad anteriores es del denominado por esa misma corporación como cambio del precedente jurisprudencial.

Tal cual fue expuesto en líneas anteriores en el año 2001 fue demandado el artículo 98 del decreto 2737 de 1989 (antiguo Código del Menor) que regulaba la adopción de niños por parejas establecidas por uniones maritales de hecho conformadas por un hombre y una mujer, en aquel momento se declaró la exequibilidad de la norma basándose en la otrora interpretación exegética del artículo 42 de la Constitución Nacional; en cuyo contenido expreso solo se protegía a un tipo de familia la heterosexual y monogámica.

La Corte aceptó el grado de vulnerabilidad en que se encontraban las parejas de homosexuales pero en la ponderación realizada otorgó mayor protección a la norma

⁵Magistrado ponente. Gabriel, M. Sentencia C-802 de 2009. Bogotá. Corte Constitucional

⁶Magistrado ponente. Gabriel, M. Sentencia C-802 de 2009. Bogotá. Corte Constitucional

constitucional establecida por el artículo 42. CN, protegiendo finalmente a la familia heterosexual conformada por un hombre y una mujer.

Aquel fallo fue la base fundamental de interpretación para negar cualquier igualdad en los derechos como familia de las parejas homosexuales. Aunque en el transcurso del tiempo se presentaron un par de fallos de tutela en los que a través de dichas sentencias se les otorgó el derecho a adoptar a niños estos fueron concedidos percibiendo solamente a los homosexuales como individuos, más nunca se les permitió como miembros de una pareja de homosexuales ni mucho menos de una unión marital de hecho que pudiesen haber conformado previamente.

A pesar de este tras pies en el 2011 se da un fallo que cambiaría el precedente jurisprudencial en dicha materia, esta es la sentencia proferida por la Corte Constitucional, sentencia C-577 del 2011 en la que se demandó la norma del matrimonio que es regulada por la normatividad del Código Civil, pero en cuyo contenido surge la tesis de reinterpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional.

*“Así es como o modo de conclusión conviene reiterar que el concepto de familia no incluye ton solo la comunidad naturoal compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas na vinculadas par los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellas integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar par conflictas entre los padres, y obviamente los ecanámicas, resulta necesaria sustituir al grupo familiar de origen por una que cumpla can eficiencia, y hasta donde se pueda, can la misma o similar intensidad, el cametido de brindar al niña un ámbito acogedor y comprensiva dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquica”*⁷ (Subraya fuera del texto)

De igual forma argumentativa y para construir ese nuevo concepto sociológico de familia la Corte afirmó que es imposible deslindar el concepto de familia con el del principio del pluralismo ya que en una sociedad pluralista como la nuestra, no podría existir entonces un solo concepto de familia, único y excluyente tal cual como se trató de hacer con la otrora interpretación del artículo 42 de la Constitución Política en su momento. Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que *“el concepto de familia na puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, na puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”*.⁸ (Subraya fuera del texto)

Para examinar la solidez de este argumento es necesario contrastarlo con las diversas formas de familia a las que se ha hecho referencia para establecer si constituye una especie de denominador común de todas estas. Sobre el particular la Sala ha verificado que:

“en trotándose de familias canfarmadas par madres solteros y sus hijas, que pueden incluso ser procreadas can asistencia científica, la calificación de esa relación como familia protegible no está fundada siquiera en la pareja y, par la tanta, el requisita de heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia, cosa que también ocurre con las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y las nietas de cuya crianza se han hecha cargo, entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermana o

⁷ Magistrado ponente. Gabriel, M. Sentencia C-577 de 2011. Bogotá. Corte Constitucional

⁸ Magistrado ponente. Gabriel, M. Sentencia C-577 de 2011. Bogotá. Corte Constitucional

hermana mayor que, debida a la tatal, y en acasianes irreparable, ausencia de las padres, asume la dirección de la familia que integra junta con sus hermanas menares necesitados de proteccón a entre una persana y la hija a el hija que ha recibido en adapción."⁹ (Subraya fuera del texto)

Cabe entonces deducir que la familia es fundada por diferentes situaciones e individuos cuyas características no se constituyen ni en su línea de consanguineidad, ni tampoco en la de la su orientación sexual, homosexualidad o heterosexualidad de los mismos, tal y como expone claramente la Corte Constitucional en dicha sentencia.

"La heterosexualidad na es, entonces, característica predicable de toda tipo de familia y tampoco la es la cansanguinidad, cama la demuestra la familia de crianza, de manera que atra ha de ser el denominador camún de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuanda las causas individuales para canfarmar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasga compartida par las distintas clases de familia y determinar si está presente en las unianes hamasexuales, cabe recardar que a familias tales cama la surgida del matrimonia a de la unión marital de hecha, jurídicamente se les atribuyen unas efectas patrimaniales y atras de índale personal."¹⁰ (Subraya fuera del texto)

Si bien esa alianza entre los convivientes se predica de la pareja heterosexual vinculada por el matrimonio o por la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer, la Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo.

Así las cosas la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada solamente a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye una real y verdadera familia, igualmente como lo hacen las uniones de heterosexuales.

Así entonces la jurisprudencia de la Corte ha aceptado y afirmado que el cambio de interpretación de una norma se da en la coyuntura de cambios económicos, sociales, políticos, ideológicos, culturales "puede significar que en un mamenta dada, a la luz de las cambios ecanámicas, saciales, políticos e inclusa idealágicas y culturales de una camunidad, na resulte sastenible a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus cantenidos narmativas y volarativas de esos realidades-, un pronunciamienta que lo Carte haya hecha en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahara deben reqir el juicio de canstitucionalidad de una determinada narma"¹¹ Sin que ello implique vulneración alguna del principio legal de la cosa juzgada ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinto, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales permitiendo aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica.

Esta lógica argumentativa-jurídica se decanta la posibilidad de afirmar la existencia de un cambio de precedente jurisprudencial evidenciado en la sentencia C-577 del 2011 de la Corte Constitucional, en la cual se da una nueva interpretación al artículo 42 de la

⁹Magistrado ponente. Gabriel, M. Sentencia C-577 de 2011. Bogotá. Corte Constitucional

¹⁰Magistrado ponente. Gabriel, M. Sentencia C-577 de 2011. Bogotá. Corte Constitucional

¹¹Magistrado ponente. Gabriel, M. Sentencia C-577 de 2011. Bogotá. Corte Constitucional

Constitución Política, reinterpretando el concepto de familia que se crea ahora tanto por vínculos jurídicos como por vínculos naturales o de hecho, ahora integrando a la familia creada por personas con orientación sexual homosexual dentro del nuevo concepto de familia desarrollado por el artículo 42 de la CN.

De tal forma se prueba una vez más la procedencia de la acción de inconstitucionalidad impetrada por el accionante.

SECCION 3: NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL VIOLADA

1-Violación al derecho fundamental que tiene toda persona a vivir dignamente (preámbulo y artículo 1ro).

El desconocimiento de los efectos jurídicos de las parejas homosexuales dentro del ordenamiento jurídico colombiano viola el principio de dignidad humana. Con esto se está limitando la posibilidad de que las personas con orientación sexual homosexual diseñen un plan vital y que vivan de acuerdo a sus exigencias personales, por lo cual se estaría violando el derecho que tiene toda persona a vivir dignamente.

La propia Corte Constitucional en su jurisprudencia ha definido el contenido del derecho a tener una vida digna instituyendo tres situaciones fácticas en las que se extiende la protección de la dignidad humana. *"En primer lugar entendida como la autonomía de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera), en segundo lugar entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), y por último como la intangibilidad en las bienes no patrimoniales, integridad física e integridad móvil (vivir sin humillaciones)"*¹²

a) Vivir como se quiere:

El desarrollo del principio de la dignidad humana se materializa entonces en la elección de un proyecto de buen vivir que es el *"fundamento de la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir su propio destino cuando dicha elección no repercuta de manera directa en la órbita de los derechos ajenos."*¹³ Dentro de la libre elección de un proyecto de vida se encuentra el libre ejercicio y goce de la sexualidad, que generalmente se desarrolla con la vida en pareja sin importar que esta sea heterosexual u homosexual. Si el Estado protege un proyecto de vida en particular, no necesariamente significa que se esté irrespetando los demás proyectos de vida, sin embargo esa protección no puede ir en detrimento de la libertad que tienen los seres humanos por optar por un proyecto de vida diferente al aceptado inicialmente por los consensos mayoritarios.

Este aspecto de la dignidad humana *"implica que cada persona deberá contar con el máxima de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como tanto los particulares deberán abstenerse de prohibir, en incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo"*¹⁴ Respecto a este tema en particular, se observa como el Estado a través de su legislación y de sus instituciones desestimula la vida en pareja de los homosexuales, pues por un lado no tienen protección legal alguna y por el otro por la intromisión legal a sus proyectos de vida, ya que no pueden erigirse bajo su plan de vida, de ser percibidos como familia y hacer parte de ella.

¹² Parejas del Mismo Sexo: El camino hacia la igualdad. Universidad de los Andes y Colombia Diversa. Colombia. 2008. Página 98.

¹³ Op.cit. Página 100.

¹⁴ Parejas del Mismo Sexo: El camino hacia la igualdad. Universidad de los Andes y Colombia Diversa. Colombia. 2008. Página 101.

Además una real autodeterminación vital de los ciudadanos reivindica de un Estado Social de Derecho la necesidad no solamente de tener una actitud neutral frente a los proyectos de buen vivir de sus ciudadanos, sino que también establece una obligación de ejecutar acciones afirmativas encausadas en garantizar el desarrollo efectivo de las diferentes opciones de vida en la esfera de lo público, es decir frente al orden jurídico y social.

De tal forma se evidencia por parte del Estado no solo una falta de neutralidad por respetar ese proyecto de vida diferente al no protegerlo bajo la normatividad vigente, sino que tampoco ha realizado acciones afirmativas para garantizar el desarrollo efectivo de las diversas opciones de vida en la esfera de lo público, pues tanto el ordenamiento jurídico como el social discriminan abiertamente la orientación sexual homosexual, regulando legislativamente siempre a favor de los proyectos de vida de las parejas heterosexuales y dejando de la lado los proyectos de vida de las orientaciones sexuales diversas.

Finalmente es de interés puntualizar que tanto la familia como el matrimonio son derechos de carácter fundamental. Tratándose de la familia, la Corte ha precisado que es *“una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones”, ya que “su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia”*¹⁵. La pareja homosexual es quien libremente determinará si quiere tener una familia y si quiere optar por adoptar dentro de su proyecto de vida familiar, pero bajo los parámetros legales actualmente vigentes, no es posible que sus derechos sean reivindicados, de igual forma que los de las parejas de heterosexuales.

b) Vivir bien:

Dentro de la protección integral del principio a la dignidad humana se hace referencia a las condiciones materiales individuales, garantizando de tal forma que todo ser humano viva bien. Este aspecto está determinado por su carácter mayoritariamente patrimonial, de la dignidad humana, y para la Corte Constitucional ha sido considerado como un derecho autónomo con el nombre de mínimo vital. Tanto el mínimo vital como el derecho a la subsistencia son figuras de creación jurisprudencial ambos han reconocido que la persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir dignamente. *“Por lo tanto, es un deber en cabeza de Estado y de la sociedad en su conjunta, contribuir a garantizar a toda persona, el mínimo vital que es consecuencia directa de los principios de dignidad humano y del Estado Social de Derecho”*¹⁶

Finalmente se tiene que la Ley 1098 del 2006 en sus artículos 64, 66, 68 numeral 3º y 5º y la Ley 54 del 1990 artículo 1º, violan el derecho al mínimo vital ya que ambas disposiciones hacen una distinción en proteger normativamente solamente a las parejas heterosexuales lo que genera por antonomasia una desprotección a las parejas homosexuales, desconociendo el contenido del mínimo vital desarrollado por la propia Corte Constitucional:

“los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a la alimentación y vestuario sino en lo referente a la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto a factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano. En otros términos, el mínimo vital de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 25 y 54 de la Constitución, incorpora un componente social que obliga al Estado a considerar a la persona en su plena dimensión, no solo material sino espiritual, cuya subsistencia digna no se agota en la simple manutención, mediante el suministro de alimentos, sino que involucra

¹⁵ Cfr. Sentencia C-875 de 2005.

¹⁶ Parejas del Mismo Sexo: El camino hacia la igualdad. Universidad de los Andes y Colombia Diversa. Colombia. 2008. Página 105.

todas las necesidades inherentes a su condición de ser humano, inserto en la familia y en la sociedad...¹⁷ (Subraya fuera del texto)

Nuevamente se presente una clara violación al mínimo vital de las parejas ya no desde una perspectiva meramente patrimonial sino en la esfera del ser humano, al no permitírseles ser parte de una familia reconocida jurídicamente, de tal suerte que tampoco se les permite ser parte de la institución básica de la sociedad tal cual es la familia, como lo establece la propia Constitución Política de Colombia en su artículo 42. Ambas disposiciones impiden que las parejas homosexuales sean reconocidas como familias y que hagan parte de la sociedad tal cual ocurre con las familias heterosexuales.

c) Vivir sin humillaciones:

"La dignidad humana como vivir sin humillaciones es tutelada cuando la persona a causa de una acción o una omisión del Estado se ve afectada en su integridad personal o física, la cual a su vez influye en la percepción que los demás tienen de ella." Los bienes no patrimoniales son difíciles de valorar, ya que esto depende del sentir de cada individuo que lo padece y de cómo esto lo afecta en el desempeño de sus demás funciones. Existe una clara conexión entre el plan de vida de la persona, pues si se vive humillado no se puede vivir plenamente. En el tema de derechos, quien es titular de los derechos es el ser individual, aunque indefectiblemente esto afecte a la pareja, es la persona quien debe hacerlo exigible y reclamar en caso de violación.

La pareja homosexual no es sujeto de derechos como tal, por el contrario es el individuo quien al determinar por un plan de vida elige por vivir en pareja, exigiendo del Estado y de la sociedad un reconocimiento de la misma. Es inconcebible entonces que exista una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales y homosexuales ya que en ambos casos el titular de los derechos es el mismo, es la persona como individuo sin importar que su orientación sexual sea heterosexual u homosexual.

Al no reconocer jurídicamente la comunidad de vida de las parejas del mismo sexo se impide de tal forma proyectarse socialmente y de tal suerte se les sujeta a vivir con humillaciones. Humillación concretada en la imposibilidad de reivindicar sus derechos frente al Estado y la comunidad al ser reconocido como miembro de una pareja, ya que el Estado no lo permite con su legislación vigente. "Así en la medida en que no se reconoce jurídicamente la comunidad de vida dentro de dos personas del mismo sexo, se está limitando la posibilidad que tienen éstas de proyectarse socialmente y por ende están siendo sometidas a vivir con humillaciones"¹⁸ Dicha humillación que se concreta en el hecho de no poder reivindicar sus derechos frente al Estado y la comunidad, cuando se le impide ser reconocido como miembro de una pareja debido a que el Estado no se lo permite.

2-Violación al principio del Pluralismo cultural (artículo 1º)

Dentro de la concepción del principio del pluralismo establecido por el artículo 1º de la Constitución se tiene a Colombia como un Estado Social de Derechos Pluralista que se enmarca dentro de la diversidad cultural y étnica de la nación. Por ello al ser un Estado diverso no solo se deben proteger dicha diversidad a través de la normatividad constitucional, sino que se deben ejecutar acciones afirmativas para que las diferentes expresiones culturales y diversas puedan ser protegidas también. De allí que dentro de ésta diversidad el Estado tenga la obligación legal de proteger los diferentes construcciones afectivas que se enmarcan bajo el concepto de familia.

¹⁷ Parejas del Mismo Sexo: El camino hacia la igualdad. Universidad de los Andes y Colombia Diversa. Colombia. 2008. Página 101.

¹⁸ Parejas del Mismo Sexo: El camino hacia la igualdad. Universidad de los Andes y Colombia Diversa. Colombia. 2008. Página 105.

De hecho la propia Corte Constitucional dentro de su entendimiento del Estado Pluralista se ha encargado de desarrollar y contextualizar el nuevo concepto de familia que trae consigo la Constitución de 1991, y del principio de pluralidad establecido en los principios fundamentales. Precizando que *"(...) el concepto de familia no puede ser entendida de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. Por ello, sin que sea contraria a la Constitución, puede hablarse, por ejemplo, de familia monoparental o de familia biparental"*¹⁹ Dada la nueva coyuntura social y cultural se debe precisar aún más la característica diversificada de la familia, no pudiendo existir de paso una sola concepción de familia, mucho menos imponiendo únicamente aquella la generada por el vínculo jurídico del contrato del matrimonio.

Por ello la tesis planteada en la Sentencia C-814 del 2001 sobre la protección supra legal de la familia heterosexual y monogámica instituida por el artículo 42 de la Constitución Nacional, ha sido remplazada por la misma Corte Constitucional cuando acepta que dicha interpretación *"(...) se apone o la pluralidad de familias distintas de la heterosexual, que incluso, han hollado protección en sede de tutela, así como la evolución del concepto de familia y a su carácter maleable, la que llevó a considerar la variación de interpretación tradicional del artículo 42 superior, para que respando de mejor mada a la realidad actual."*²⁰(Subraya fuera del texto)

No puede sostenerse entonces con la nueva interpretación realizada por la Corte Constitucional que la Constitución o la leyes Colombianas protejan solamente a un estilo de familia que era la heterosexual y monogámica decantada de la interpretación exegética del artículo 42 de la Constitución, pues ésta acepción ha cambiado al vulnerar claramente el principio de pluralidad y de diversidad de la familia que no solamente se crea por vínculos jurídicos sino de hecho y para la cual la orientación sexual de la pareja tampoco debe importar.

*"En este sentido y de conformidad con la norma constitucional, la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se constituyen a su vez, a través de distintos "vínculo naturales o jurídicas", según la prevista en el precepto superior. De ahí que la heterosexualidad no sea una característica predicable de toda tipa de familia y tampoco lo sea la consanguinidad, como la demuestra lo familia de crianza."*²¹ (Subraya fuera del texto)

De tal suerte que la normatividad que regula la adopción conjunta por el conyugue o por los compañeros permanentes demanda en su inconstitucionalidad viola el principio del pluralismo cultural, al establecer solamente como familia a la conformada por un hombre y una mujer o a un conyugue o compañera permanente, contrariando la pluralidad cultural de la familia, dentro de ellas las creadas por vínculos naturales o jurídicos establecida por la nueva interpretación del art.42 de la CN desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3-Violación al derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razones de sexo (Artículo 13)

Dentro del análisis realizado por la Corte Constitucional cuando se ha demandado un trato desigual en cuanto las parejas homosexuales y heterosexuales, la Corte ha desarrollado un argumento según el cual este trato desigual se hace solamente con el fin de proteger a un estilo de familia; constitucionalizada por el constituyente de 1991 el en

¹⁹ Magistrado ponente. Sierra, H. Sentencia T-572 2009. Bogotá. Corte Constitucional.

²⁰ H. Sentencia C-577 DE 2011. Bogotá. Comunicado de prensa No.30, 26 de julio de 2011. Corte Constitucional.

²¹ H. Sentencia C-577 DE 2011. Bogotá. Comunicado de prensa No.30, 26 de julio de 2011. Corte Constitucional.

artículo 42 de la Constitución, tal cual como lo hizo en la sentencia C-814 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy.

"Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un descanocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hacen prevalentes las derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege." (Subraya fuera del texto)

Mas sin embargo tal cual se ha expuesto, el concepto de familia ha cambiado gracias a la coyuntura y a la protección que debe hacer la Corte Constitucional de la diversidad y del pluralismo que constituyen las concepciones afectuosas consideradas ahora también como otro tipo de familia. Teniendo en cuenta este cambio en el precedente jurisprudencial respecto al concepto de familia, es pertinente analizar si esta legislación vigente que solo protege a un único estilo de familia, la heterosexual puede ser considerada como discriminatoria.

Para lo cual se realizará un análisis a dicha normatividad bajo el escrutinio del test de igual o test de proporcionalidad, herramienta de creación jurisprudencial de la Corte Constitucional la cual permite analizar si una determinada diferenciación de trato es proporcional o si está enmarcada en la legalidad o en la ilegalidad de un acto discriminatorio.

*"El test de igualdad norteamericana se caracteriza porque el examen se desarrolla mediante tres niveles de intensidad: (i) por regla general, se aplica un control débil a flexible, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada a idónea para alcanzar un fin que no se encuentre prohibido por la Constitución; (ii) el juicio intermedio se aplica a escenarios en las que la autoridad ha adaptado medidas de diferenciación pasitiva (acciones afirmativas). En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio esperada por la medida frente al grupo que se pretende promover; (iii) por último, el examen estricta se efectúa cuando el legislador, al establecer un trata discriminatoria, parte de categorías sospechosas, como la raza, la orientación sexual a la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperiosa, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrla"*²² (Subraya fuera del texto)

En la sentencia C-481 de 1998, la Corte afirmó que los criterios sospechosos son *"categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, o patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en las cuales sea posible efectuar una distribución a reparta racial y equitativa de bienes, derechos o cargas sociales."*²³ (Subraya fuera del texto)

Dentro de los criterios para definir si un criterio es sospechoso se encuentra el que sean rasgos permanentes de las personas, de los cuales no se pueden prescindir, como la orientación sexual es evidente entonces que un trato discriminatorio basado en la orientación sexual que ha sido concebido como una categoría sospechosa debe ser analizada bajo el examen del test estricto de igualdad. De la misma forma se presenta como criterio sospechoso a categorías sometidas históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas, como ha ocurrido históricamente dentro de la cultura se ha menospreciado a los homosexuales por ser diferentes hasta tal punto de

²² Magistrado ponente. Henao, J. Sentencia T-340 2010. Bogotá. Corte Constitucional.

²³ Magistrado ponente. Sierra, H. Sentencia T-572 2009. Bogotá. Corte Constitucional.

haber sido considerados en sus inicios como personas “enfermas”; lo que hace la orientación sexual homosexual se evidencie como un criterio sospechoso de diferenciación.

“En el test estricta de razonabilidad los elementos de análisis de la constitucionalidad son las más exigentes, en la medida en que, en desarrollo de la misma, el fin de la medida debe ser legítima e importante, pero además imperioso, y el medio escogido debe ser no sólo adecuada y efectivamente conducente, sino, además, necesario, a sea, que no pueda ser remplazada por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, en el test estricta se incluye, como cuarto paso, la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual las beneficios de adaptar la medida deben exceder claramente las restricciones impuestas por la medida sobre otros principios y valores constitucionales.”²⁴
(Subraya fuera del texto)

Para el caso en análisis se tiene entonces que se deberá realizar un test estricto de razonabilidad ya que la discriminación se presenta en los establecidos criterios sospechosos del artículo 13 de la Constitución como lo es el de la orientación sexual, en este orden de ideas los elementos de constitucionalidad serán mucho más estrictos en su análisis.

En primera medida se debe analizar si el fin de la medida de proteger solo a la familia heterosexual es legítima de tal forma se ha permitido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional la defensa de un estilo de familia, la monogámica y la heterosexual del artículo 42 de la Corte Constitucional, el argumento se enfoca en que tanto el constituyente de 1991 como la propia Constitución Política querían proteger ese tipo de familia establecido en aquella normatividad, de ahí que se pueda predicar una legitimidad jurídica en la defensa de ese único tipo de familia.

Pero además de que la medida sea legítima debe ser adecuada y conducente, por lo que se puede entender en este caso la medida si es la adecuada, pues es una manera efectiva de proteger a la familia monogámica y heterosexual, creando una legislación que regule tanto el matrimonio, como las uniones maritales de hecho y la adopción conjunta entre conyugues o compañeros permanentes de menores. De hecho la medida es adecuada y conducente en su intención de proteger a ese tipo de familias, al tener una normatividad que permite regular las relaciones afecto filiales entre las parejas heterosexuales a través de las diferentes figuras que ha establecido la legislación Colombiana.

Ahora bien al ser un test estricto dicha medida ya no debe ser solamente adecuada y conducente sino que también tiene que ser necesaria, es decir que no pueda ser remplazada por un medida alternativa menos gravosa. En tal sentido la medida si es necesaria al crear una legislación de protección a las parejas heterosexuales, pero no es la medida menos gravosa toda vez que se genera con ella, un vacío normativo respecto a la falta de regulación para las parejas del mismo sexo, creando además una discriminación en contra de las parejas homosexuales que no pueden acceder a los mismos derechos que les son otorgados a las parejas de heterosexuales.

Como bien se ha dicho al realizarse el test estricto de razonabilidad se debe efectuar un cuarto paso adicional respecto a la proporcionalidad de la medida en estudio, cuyos beneficios deberán ser superiores frente a las restricciones impuestas a principios y deberes constitucionales vulnerados, éste juicio de proporcionalidad en cuanto a la medida de proteger solamente a la pareja heterosexual, deberá tener mayores beneficios que las posibles restricciones de derechos y principios constitucionales que se decantan de aquel.

Respecto a los beneficios se tiene una legislación clara y precisa que regula las relaciones afectivas filiales entre las personas que conforman las parejas heterosexuales. Se protege

²⁴ Magistrado ponente. Mendoza, G. Sentencia C-354 2009. Bogotá. Corte Constitucional.

también a la familia como institución básica de la sociedad y finalmente los derechos de los niños en estado de desprotección a ser adoptados por estas familias.

Por el contrario entre los principios constitucionales vulnerados se evidencia una discriminación por razones de la orientación sexual a las parejas del mismo sexo, al no permitirles ser protegidos por la legislación vigente, negándoles el derecho a tener una familia y a la posibilidad de adoptar conjuntamente a niños en estado de desprotección. Además se vulnera el principio de pluralidad y de diversidad cultural ya que solamente se crea una protección a las parejas heterosexuales y monogámicas contrariando el espíritu cultural y plural de la nueva concepción de familia establecida por el cambio de precedente jurisprudencial, el cual afirma que la familia se conforma ahora tanto por vínculos jurídicos como naturales o de hecho. Además vulnerando gravemente el derecho de los niños a tener una familia ya que se les impide al niño en estado de abandono tenga una familia y pueda ser adoptado por las parejas de homosexuales.

Se observa claramente que para el test de razonabilidad estricto ni el carácter de necesaria de la medida, ni de proporcional se cumplen, por esta razón dicha legislación debe ser declarada como inconstitucional, pues protege solamente un estilo de familia, en contravía de la diversidad y pluralidad establecidos por la propia Carta y la interpretación que hace la Corte Constitucional de la misma, por lo que es evidente la existencia de una discriminación infundada y desproporcionada en contra de las parejas homosexuales.

4-Violación al nuevo concepto de familia nueva interpretación artículo 42 CN.

Según la propia Constitución la familia es la institución base fundamental de la sociedad por ello se da una protección especial al concepto de familia dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es así como el artículo 42 Constitución Nacional establece la manera de conformar una familia, *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia (...)"* Se entiende de la interpretación del artículo 42 que solamente se puede formar una familia bajo dos supuestos, el primero bajo el contrato del matrimonio, y el segundo de ellos bajo las uniones maritales de hecho, con la peculiaridad que tanto el contrato de matrimonio como las uniones maritales de hecho solo pueden ser constituidas por un hombre y una mujer.

De este postulado se decanta la tesis que sostuvo la Corte Constitucional por años desde su sentencia C-814 de 2001 al afirmar que el concepto de familia solo se predicaba de aquella explícitamente expuesta por el artículo 42 de la Carta Política, ya que de tal forma lo había establecido el constituyente primario al darle ese rango de norma constitucional. Con esta tesis se limitó el análisis de temas como la adopción de niños conjunta o el matrimonio para las parejas del mismo sexo, advirtiendo que a pesar de hacer una diferenciación entre parejas heterosexuales y homosexuales, solo se podía proteger las que estaban taxativamente enunciadas por el artículo 42 de la Constitución, las parejas heterosexuales y monogámicas.

Aunque este fue por largo tiempo el análisis realizado frente al concepto de familia que tuvo la Corte Constitucional sobre la conformación de la familia, poco a poco se ha ido estableciendo una pequeña fuente de pensamiento un poco más progresista, para la cual la familia se conforma por otros tipos de vínculos además de los establecidos taxativamente por la Constitución Política. *"De tal suerte, la familia no se constituye solamente por vínculos jurídicos o de consanguinidad sino que tiene una connotación natural o social a través de la existencia de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que configuran un núcleo reglado por los principios de igualdad de*

derechos y de deberes para una pareja, además del respeto de las derechos y libertades de todas las integrantes.²⁵ (Subraya fuera del texto)

*"Esa contradicción entre los textos, derivada de la interpretación que ha sido mayoritaria en la Corte es también, sin duda, una contradicción con la realidad, pues no cabe olvidar que la familia es una institución sociológica anterior al Estado que, por lo tanto, no la constituye, sino que se limita a reconocer su existencia y su evaluación, lejos de encajarla forzosamente en alguna concepción específica o de tratar de detener su curso y esta sin perjuicio de la facultad de regulación que, por la incidencia social de la familia, en un Estado democrático, principalmente suele corresponderle al legislador, sujeta a límites que vienen dados por las derechos fundamentales."*²⁶ (Subraya fuera del texto)

En concordancia con lo anterior la Corte empieza a dar un giro en torno al concepto de la familia afirmando que, dicho concepto no puede entenderse sino teniendo en cuenta el del principio del pluralismo, precisando que *"(...) el concepto de familia no puede ser entendida de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. Por ella, sin que sea contraria a la Constitución, puede hablarse, por ejemplo, de familia manuparental o de familia biparental"*²⁷ De hecho la Corte Constitucional va mucho más allá planteando que en una sociedad pluralista como la Colombiana, no puede existir un solo concepto de familia, pues este vulneraría por sí mismo la diversidad cultural de la sociedad Colombiana.

Exponiendo este nuevo concepto finalmente la Corte Constitucional evidencia un cambio de postura frente al concepto de familia propuesto por la Constitución, en su sentencia C-577 de 2011 al aceptar que no puede existir ni ser protegida solo un tipo de familia.

*"Al mismo tiempo, parte de un concepto amplio de familia, fundado en la consagración de un modelo de Estado social de derecho participativo y pluralista, como el contemplado en el artículo 1º de la Carta, que incluye dentro de sus fines, enunciadas en el artículo 2º, la protección de las libertades, creencias y derechos de todas las personas, derechos que según el artículo 5º, son inalienables y tienen primacía, además que proclama en los términos del artículo 7º de la Carta, el reconocimiento y protección de la diversidad cultural de la nación, claramente contraria a la imposición de un solo tipo de familia y a la consiguiente exclusión de las que no reúnen las condiciones de la que, supuestamente, es la única reconocida y protegida."*²⁸

Pues establece una familia mucho más amplia, pluralista, fundada en la libertades, creencias y derechos de todas las personas, y además en el reconocimiento a la diversidad cultural de la nación Colombiana.

Pero la Corte en la misma sentencia hizo un reconocimiento mucho más radical al sostener que la familia se puede conformar por diversos vínculos naturales o jurídicos, de ahí que la heterosexualidad no se deba predicar de la conformación de todo tipo de familia, realizando un gran cambio de precedente jurisprudencial, al establecer que la heterosexualidad no debe darse en este nuevo concepto de familia. *"En este sentido y de conformidad con lo norma constitucional, la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se constituyen a su vez, a través de distintos "vínculos naturales o jurídicos", según lo previsto en el precepto superior. De ahí, que la heterosexualidad no sea*

²⁵ Magistrado ponente. Córdoba, J. Citado en Sentencia T-900/06, Sentencia del 16 de Septiembre del 2009. Bogotá. Consejo de Estado.

²⁶ Sentencia C-577 2011. Bogotá. Comunicado de prensa No.30, 26 de julio de 2011. Corte Constitucional.

²⁷ Magistrado ponente. Sierra, H. Sentencia T-572 2009. Bogotá. Corte Constitucional.

²⁸ Sentencia C-577 2011. Bogotá. Comunicado de prensa No. 30, 26 de julio de 2011. Corte Constitucional.

una característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo sea la consanguinidad, como la demuestro la familia de crianza.²⁹ (Subraya fuera del texto)

Finalmente la Corte Constitucional acepta que su interpretación de proteger solamente a la familia heterosexual y monogámica es insostenible, e implica de pleno un cambio total de la interpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional, "lo anterior se opone a la pluralidad de familias distintas de la heterosexual que, incluso, han hallado protección en sede de tutela, así como a la evolución del concepto de familia y a su carácter maleable, la que llevó a considerar la variación de la interpretación tradicional del artículo 42 superior, para que responda de mejor modo a la realidad actual."³⁰ (Subraya fuera del texto)

A su juicio la protección a las parejas homosexuales "no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia."³¹

De allí que con el cambio de precedente jurisprudencial dado por la Corte Constitucional en cuanto a la nueva interpretación que debe darse al concepto de familia en el artículo 42 Constitucional, es claro la normatividad de los artículo 64, 66, 68 numeral 3º y 5º de la Ley 1098 de 2006 y del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, vulnera este nuevo concepto de familia al regular solamente las uniones maritales, y las adopciones conjuntas para los conyugues o compañeros permanentes heterosexuales; desconociendo que las parejas homosexuales también deberían ostentar estos derechos como conyugues o compañeros permanentes. "la Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo."

*(...)La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de toda tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como la demuestra la familia de crianza, de manera que otra ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rosca compartido por las distintas clases de familia y determinar si está presente en las uniones homosexuales, cabe recordar que a familias tales como la surgida del matrimonio o de la unión marital de hecho, jurídicamente se les otorgan unos efectos patrimoniales y otros de índole personal."*³²

De tal suerte la familia debe ser entendida como aquella creada por vínculos naturales o jurídicos, es decir en la que la heterosexualidad de la pareja nada tiene que ver, es insostenible entonces que la normatividad de la Ley 1098 de 2006 en sus artículo 64, 66, y 68 numeral 3º y 5º que regula la adopción conjunta de niños y la de los compañeros permanentes, solamente otorga esos derechos a las parejas conformadas por un hombre

²⁹ Desde esa perspectiva, la Corte señaló que del texto del inciso primero del artículo 42 de la Carta Política no se puede deducir que el constituyente haya contemplado un solo modelo de familia originado exclusivamente en el vínculo matrimonial, pues la convivencia puede crear también la unión marital de hecho, en cuyo caso los compañeros permanentes ya constituyen familia o crear formas de familia monoparentales, encabezadas solamente por el padre o por la madre o aún las ensambladas que se conforman cuando uno de los cónyuges o compañeros ha tenido una relación previa de la cual han nacido hijos que ahora entran a formar parte de la nueva unión, de manera que en su ciclo vital una misma persona puede experimentar el paso por diversas clases de familia. Op.cit.

³⁰ Sentencia C-577 2011. Bogotá. Comunicado de prensa No.30, 26 de julio de 2011. Corte Constitucional.

³¹ "Para la Corte, no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo." Sentencia C-577 del 2011.

³² Sentencia C-577 2011. Bogotá. Comunicado de prensa No.30, 26 de julio de 2011. Corte Constitucional.

y una mujer, contrariando claramente el nuevo concepto de familia del artículo 42 de la Constitución Política interpretado y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Además violando el principio del pluralismo, y de diversidad cultural, al proteger solo a un tipo de familia la heterosexual; desconociendo que la sociedad colombiana está creada bajo diversas características sociales y culturales, cuya conformación de familia se ve determinada por la diferencia de cada individuo que conforma la pareja.

5-Violación derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella. (Artículo 44)

Según el artículo 44 de la Constitución Nacional, *"San derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, a tener una familia y a no ser separado de ella. (...) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...)"* Dentro de los derechos fundamentales del niño se encuentra el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, y además que el Estado deberá garantizar el ejercicio pleno de estos derechos.

Dadas las convulsionadas condiciones sociales del país, la falta de educación y la abrumante desigualdad social, muchos niños son abandonados por sus madres y padres, o son huérfanos, estos niños desafortunadamente terminan en hogares de paso en el I.C.B.F. *"La familia en sí misma, el Estado y la sociedad se encuentran en la obligación de otorgar a los niños la posibilidad de tener una familia."*³³ La obligación del Estado para con dichos niños es la de garantizar que éstos niños en estado de abandono consigan una familia esto solamente puede ser posible mediante la figura de la adopción.

Para ello la Corte y los tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano coinciden en concluir que se deben implementar políticas públicas para proteger los derechos de los niños y además se ha desarrollado la teoría del prevalencia del interés superior del niño, la cual reclama la primacía de los derechos del niño o de su interés superior, respecto a otros derechos, o actuaciones administrativas o leyes.³⁴

Desde esta perspectiva el menor debido a su grado de vulnerabilidad se hace acreedor a un trato preferente dentro del ordenamiento jurídico. Por ello la Corte Constitucional ha establecido herramientas para determinar el interés superior del menor de tal forma que su implementación queda condicionada a las características especiales de cada niño o niña:

a.) Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código del Menor, art. 3), compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

b.) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y

³³ Op.cit. Sentencia T-900/06

³⁴ Magistrado ponente. Henao, J. Sentencia T-572 de 2010. Bogotá. Corte Constitucional.

no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

c.) Equilibrio con los derechos de los padres. Se necesita establecer un equilibrio entre los derechos del niño y de los padres; en todos los casos de presentarse un conflicto entre los derechos del menor y de sus padres, siempre prevalecerá la solución que priorice el interés superior del niño.

d.) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. En aras de asegurar el desarrollo integral y armónico del menor, tal y como lo establecido en el artículo 44 de la Constitución de 1991, se debe otorgar una familia; los padres o acudientes se encargarán de satisfacer y cumplir con los deberes surgidos de su posición, permitiendo desarrollar dicha relación en un ambiente de cariño, comprensión y protección. Este es el verdadero desarrollo del contenido y del derecho al niño a crecer en una familia.

e.) Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Entendido como el despliegue de amparo y protección que ejercen los padres sobre los hijos para evitar abusos o mal tratos sobre los menores, protegiéndolos de riesgos como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas, obliga a los padres a estar en un proceso constante de ponderación ya que este derecho no es absoluto y tiene sus límites claramente señalados.³⁵

El derecho a la familia también conlleva a desarrollar sanamente al menor entre otros a su derecho a la identidad, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y finalmente al principio de dignidad de la persona humana tal cual lo ha establecido la Corte Constitucional, la jurisprudencia de la Corte ha reiterado enfáticamente que "la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura"³⁶ (Subraya fuera del texto)

Afirmando sobre la vulnerabilidad en la que se encuentra un niño sin un núcleo familiar donde crecer lo siguiente, "Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos".³⁷ (Subraya fuera del texto)

Se revela por un lado la importancia de tener una familia para poder gozar derechos como a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y al de la dignidad humana, pero aún más importante y preocupante es la realidad a la que se ve expuesto un niño que crece sin una familia, como a la violencia física, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral, o el ejercicio de trabajos riesgosos; de ahí que el objetivo y la obligación principal del Estado sea la de proveer al niño expósito un hogar, una familia que lo ayudará a crecer en condiciones de amor, de cuidado, de respeto, de tolerancia, y de dignidad.

Como se mencionó anteriormente el proceso idóneo para cumplir con el derecho de los niños a tener una familia, que viven en hogares sustitutos es el de adopción.³⁸ La legislación colombiana señala claramente las condiciones específicas que deben cumplir el adoptante y el adoptado para cumplir con los requerimientos legales de la adopción. "Tal vez la institución más importante dentro de las que pueden ser diseñadas para hacer efectiva el derecho de los menores abandonados a expósitos a tener una familia, es la

³⁵ Magistrado ponente. Córdoba, J. Sentencia T-900/06. Bogotá. Corte Constitucional.

³⁶ Magistrado ponente. Naranjo, V. Sentencia T-586/99. Bogotá. Corte Constitucional.

³⁷ Op.cit. Sentencia T-586/99. Bogotá. Corte Constitucional.

³⁸ Magistrado ponente. Gaviria, C. Sentencia C-477/99. Bogotá. Corte Constitucional.

adopción. En efecto, esta alternativa es la única dentro de las existentes que persigue el abjetivo primardial de garantizar al menor que na puede ser cuidado por sus prapios padres, el derecha a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar"³⁹

Mediante la figura de la adopción se busca garantizar al menor en estado de abandono un hogar donde se pueda desarrollar de manera integral, generando una relación paterno filial entre personas que no la tienen biológicamente, dicha acepción tiene fundamento total en el principio universal de interés superior del niño, señalado por el artículo 44 de la Constitución de 1991 y además en normas y principios generales de los derechos humanos.

Toda vez que la adopción es una figura establecida para proteger y garantizar los derechos de sujetos de especial protección, se profesa de esta una gran relevancia tanto jurídica como constitucional, de tal manera lo ha establecido la Corte Constitucional en su jurisprudencia. *"En consecuencia, dada que la adopción es la institución diseñada para garantizar derechos de sujetos especialmente protegidos, no cabe ninguna duda de que se trata de una figura jurídica que camparta una especial importancia en términos canstitucionales."*⁴⁰ Dentro del análisis realizado por la Corte Constitucional no cabe duda que cuando un menor se encuentra en situación de abandono, tiene el derecho a recibir protección del Estado, y la manera más idónea se reafirma es el proceso de adopción. Previo al cumplimiento de los requisitos legales por parte del adoptante (idoneidad física, mental, moral y social), como del adoptado, a quien mediante el proceso se entrega en adopción finalmente se le estará materializando su derecho fundamental a tener una familia.

Respecto a dichos requisitos para adoptar el artículo 89 del Código del Menor exige a quien pretenda adoptar, que *"garantice idaneidad física, mental, maral y social suficiente para administrar hogar adecuada y estable a un menor". Estas mismas cualidades se exigen "a quienes adopten conjuntamente".* Pero este requisito de moralidad debe ser entendido como al referido frente a la moralidad social o moral pública, y no a la moralidad entendida como la imposición de sistemas éticos particulares. *"lo Carte cansidera que la exigencia de idaneidad moral hecha par el artículo 89 del Código del Menar a quienes pretenden adaptar, na desconace la Canstitución, baja el entendido de que dicha exigencia debe entenderse coma referida a la nacián de moral social a moral pública, en las términas anteriormente camentadas, y na a la imposición de sistemas particulares normativas de la conducta en el terreno ético, a las que el juez pudiera estar en libertad de acudir según sus personales convicciones para definir la suficiencia moral del salicitante."*⁴¹

La adopción tal cual se ha establecido es una medida de protección direccionada en garantizar los derechos del menor, materializando de igual forma el derecho fundamental de niño a tener una familia y a no ser separado de ella, por ello el proceso de adopción debe siempre estar direccionado a proteger el interés superior del menor. Así las cosas tanto la ley como las instituciones administrativas deben asegurar que el juez quien dentro del referido proceso representa la autoridad del Estado, *"vele porque tal interés superior sea realmente observado, para lo cual debe cerciorarse que quien o quienes pretenden adaptar cumplan las requisitos a que alude el artículo 89 del Código del Menor: que se trate de personas capaces que hayan cumplida 25 años de edad, tengan al menos 15 años más que el adoptable y garanticen "idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuada y estable al menor".*⁴²

Mas sin embargo lo anterior no puede contradecir la jurisprudencia de la Corte, que protege el principio de pluralismo y de diversidad cultural de la nación, mediante el cual se prohíbe la imposición de sistemas morales particulares a los individuos. *"Así pues, la evaluación sabre la idaneidad maral de quien pretende adaptar, na deber ser hecha por el*

³⁹ Magistrado ponente. Naranjo, V. Sentencia T-586/99. Bogotá. Corte Constitucional.

⁴⁰ Ibidem. Sentencia T-586/99

⁴¹ Magistrado Ponente. Monroy, M. Sentencia C-814/01. Bogotá. Corte Constitucional.

⁴² Magistrado Ponente. Monroy, M. Sentencia C-814/01. Bogotá. Corte Constitucional.

juez desde la perspectiva de sus personales convicciones éticas o religiosas, sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social, en los términos expuestos.⁴³ (Subraya fuera del texto)

Con todo lo anterior se puede percibir que el interés superior del niño a tener una familia, que cumpla con unas condiciones psicológicas, sociales y económicas que brinden para él un ambiente de desarrollo sano, es mucho más importante que la orientación sexual de sus futuros padres adoptantes, quienes le darán al niño la oportunidad de tener una familia y más importantes aún a hacer parte indefectible de ella.

Por ello este cargo establece que la normatividad vigente de no permitir a personas idóneas que pueden brindar un verdadero hogar a un niño expósito mediante su adopción solo por crear una diferencia infundada por razones de su orientación sexual, viola el derecho fundamental del niño a tener una familia pues se le niega la oportunidad de tener una familia y hacer parte de ella, de crecer en un ambiente sano de desarrollo afectivo-social.

Por ello es importante traer a colación un caso paradigmático de tutela respecto de la adopción de dos niños colombianos a cargo del I.C.B.F por parte de un periodista americano de orientación sexual homosexual que se presentó en la sentencia de tutela T-276 del 2012. Corte Constitucional Magistrado Ponente. Pretelt, M. Bogotá. 2012, donde el propio I.C.B.F detuvo el proceso administrativo y judicial de adopción de los dos niños que ya había finiquitado favorablemente para los tres, los dos niños y su padre adoptivo, por el supuesto hecho de haber omitido información fundamental dentro del proceso de adopción, la orientación sexual homosexual del futuro padre adoptivo.

Este es un caso hito impetrado en sede de tutela ante el máximo tribunal Constitucional dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, debido a que se restituyeron los derechos de restablecimiento de custodia de niños en estado de adopción, y además se concedió la violación de los derechos fundamentales del accionante al debido proceso, a la unidad familiar y los derechos fundamentales de los niños a ser escuchado y a que sus opiniones sean valoradas igualmente como el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separada de ella.

Este es el caso en particular de un ciudadano estadounidense quien había empezado y culminado favorablemente ante el Instituto de Bienestar Familiar el proceso de adopción de dos niños colombianos menores edad en estado de adopción. Cuando este ciudadano americano se disponía a volver a su país, posteriormente se dirigió a la embajada americana para solicitar las visas los niños con tan ingrata sorpresa que estas fueron negadas debido a que según dicha entidad el I.C.B.F. había solicitado impedir que los niños salieran del país.

Perplejo ante aquella situación se dirigió nuevamente al I.C.B.F. y solicitó explicaciones sobre lo sucedido. Afirmó que “habló en privado con la Subdirectora de Adopciones, quien le informó que al día siguiente se iniciaría un proceso de restablecimiento de derechos de los niños. Relata que ese mismo día, la funcionaria radicó ante la institución, una denuncia de amenaza de los derechos de los niños AAA y 888, en la que solicitó verificar su situación y adelantar un proceso administrativo de restablecimiento de derechos”

Dicho ciudadano asegura que el 1º de abril de 2011, se celebró en el I.C.B.F. una reunión en la que se acordó que los niños serían enviados al hogar sustituto donde vivieron durante el trámite de la adopción ubicado en San Gil, pues se decidió que era imposible que los niños salieran del país. Afirmó que debido su retorno a los Estados Unidos por compromisos laborales, estuvo de acuerdo con la decisión. Finalmente se tuvo que conformar a tener una relación con medios virtuales con los niños con quienes trataba procurar mantener un pequeño vínculo emocional.

⁴³ Op.cit. Sentencia C-814/01.

Debido a que este ciudadano consideró que el proceso de restablecimiento de derechos de los niños por parte del I.C.B.F se fundó únicamente porque este supuestamente había omitido durante el proceso de adopción información fundamental como lo era su orientación sexual homosexual, decidió instaurar acción de tutela en contra del fallo judicial del juez de familia y en contra del proceso administrativo impulsado por el I.C.B.F., según él violaban sus derechos fundamentales a la no discriminación por razones de orientación sexual, por violar su derecho a su libre personalidad, el derecho al debido proceso, además por vulnerar los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella y a no ser discriminados por su origen familiar.

Tanto la primera instancia, como el Tribunal de Cundinamarca Sala Penal, negaron las peticiones efectuadas por el accionante de tutela. Según estas instancias básicamente porque no consideraban vulnerados derechos fundamentales del accionante de hecho para los jueces de instancia el proceso administrativo de restitución de derechos efectuado por el I.C.B.F. se fundaba en proteger los derechos fundamentales de los niños a estar en un hogar donde no se perturbara su estado social y psicológico que se estaba afectando con el proceso de adopción suspendido por orden efectuada por la entidad administrativa.

Empero el caso de tutela llegó a revisión de la Corte Constitucional quien basándose en criterios desarrollados por expertos psicólogos del I.C.B.F. a los niños para evaluar su verdadera condición psicosocial y la afectación de haber suspendido el proceso de adopción, además de utilizar su propia jurisprudencia de la Corte en casos de igual complejidad, decide finalmente otorgar las peticiones hechas por el ciudadano Americano en la acción de tutela impuesta, devolviendo el proceso administrativo de restitución de derechos de los niños, y ordenando retrotraer el proceso de adopción de los niños para que el ciudadano Americano y los menores finiquiten finalmente el proceso de adopción iniciado años atrás por el I.C.B.F. y ante el juez de familia competente.

El análisis jurídico realizado por la Corte Constitucional en el caso determinado analizó el verdadero estado de afectación socioemocional de los niños en proceso de adopción, para el Tribunal Constitucional efectivamente como lo afirmaba la defensora del familia del I.C.B.F. los niños si se encontraban afectados por la suspensión del proceso de adopción, pero no por el hecho de que su padre adoptante hubiera omitido informar su orientación sexual homosexual, sino por el contrario por el hecho de ver frustrado la culminación del proceso de adopción con su padre adoptivo y de tal manera ver postergado el viaje que tenían planeados juntos a los estados unidos para finalmente conformar una familia los tres, los dos niños y su nuevo padre adoptivo.

Esa fue la conclusión respecto a la reflexión jurídica de la afectación de los niños por haberse detenido el proceso de adopción, que por demás ya había terminado en su parte administrativa y judicial. Magistrado Ponente. Pretelt, M. Sentencia T-276 del 2012. Bogotá. Corte Constitucional *"En efecto, en las diligencias de verificación de derechos del 31 de marzo de 2011, los profesionales del ICBF concluyeron que los niños estaban en buen estado físico y demostraban cuidado, y que si bien estaban alterados emocionalmente, ello se debía a que fueron separados de XXX y se les impidió viajar con él. Por tanto, la Sola observa que la Defensora no contaba con evidencia que confirmara su hipótesis de que los derechos de los niños estaban en riesgo."*

"Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que, al 31 de marzo de 2011 – fecha de apertura del proceso, sí existía un amenaza sobre los derechos de los niños AAA y BBB debido a la afectación emocional que evidenció el examen del equipo del ICBF, en todo caso la Sala considera que no existe prueba del nexo causal entre tal afectación y la supuesta omisión de información que se endilga a XXX. La Sola observa que si bien es cierto en el proceso de adopción no se tuvo conocimiento de la orientación sexual de XXX, tal hecho no le puede ser imputable, ya que, como manifestó la agencia Baker Victory Services, en los estados de Nueva Jersey y Nueva York en Estados Unidos, donde se llevaron a cabo los estudios dirigidos a evaluar su aptitud como padre adoptivo, no es posible interrogar a los

solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual”⁴⁴(Subraya fuera del texto)

Como corolario de la argumentación realizada en este caso por la Corte, esta estimó dentro de su sentencia, que de haber suspendido el proceso de adopción con su padre adoptivo y de haber separado los niños de él, se determinó la violación de sus derechos fundamentales del accionante al debido proceso, y a la unidad familiar, y a los niños a ser escuchados y a que sus opiniones se tengan en cuenta. “Por estas razones, la Sala concederá la tutela a los derechos fundamentales de XXX, AAA y BBB al debido proceso y a la unidad familiar, y de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.”⁴⁵

Al debido proceso del ciudadano Americano porque a consideraciones de la sala de tutela al haber completado a satisfacción tanto el proceso administrativo y el judicial de adopción de los dos niños quienes se encontraban en un hogar de paso; el I.C.B.F al iniciar el proceso de restitución de derechos de los niños fundado en que supuestamente el padre adoptivo de los niños había omitido información respecto a su orientación sexual; dicho proceso administrativo se fundó en razones equivocadas ya que la orientación sexual del padre no podía ser un requisito para poder adoptar, aunado de igual forma a lo anterior que en el país de procedencia del padre adoptante(EUA), más precisamente el estado de Nueva York, la ley de este Estado Americano prohíbe a las agencias de adopción encargadas de estos trámites, que se pregunte la orientación sexual de los futuro padre o padres o adoptantes.

Decantado de detener el proceso de adopción y de impedir el viaje del padre adoptante con sus hijos adoptantes al país de procedencia del mismo (EUA), se configuró la violación del derecho del accionante a mantener su unidad y su proyecto familiar ya que debido a la situación y el regreso a su país de origen, supeditó la relación entre los tres (los dos niños y su padre adoptivo) a tratar de mantener mediante medios virtuales, contactos que preponderaban por mantener de una u otra forma ese vínculo paterno filial entre unos y otros.

“La Sala considera que el ICBF, al adelantar el proceso de restablecimiento de los derechos de las niños AAA y BBB y ubicarlos en hogar sustituto como medida de restablecimiento, desconoció sus derechos fundamentales y los de su padre adoptivo XXX, al debido proceso y a la unidad familiar, toda vez que (i) el ICBF no logró demostrar que efectivamente existía una amenaza sobre la “salud emocional de los niños AAA y BBB” en el momento en el que la Defensora dio inicio al procedimiento y las ubicó en hogar sustituto; (ii) aunque eventualmente se concluyera que sí existió una amenaza, el ICBF tampoco probó que existiera un nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adaptación y dicho riesgo.”⁴⁶ (Subraya fuera del texto)

Otro argumento expuesto por el Tribunal Constitucional respecto a la violación de los derechos de los niños a ser escuchados y a tener en cuenta sus opiniones, se observó en el contexto de cómo se presentó el proceso administrativo surtido por la defensora de familia del I.C.B.F. debido a que ésta en ningún momento tuvo a consideración escuchar a los niños y muchos menos a tener en cuenta sus opiniones dentro del mismo, desatendiendo a la jurisprudencia Constitucional al respecto que considera imperioso, tanto en procesos administrativos como en procesos judiciales, escuchar al niño pero no escucharlo automáticamente; por el contrario tener en consideración lo que el niño opina dentro de los mencionados procesos que dependiendo su edad, pueden y deben ser quienes consideren sobre los sentimientos, ansiedades, y frustraciones, que una medida positiva o negativa les puede generar.

⁴⁴ Sentencia T-276 del 2012. Corte Constitucional Magistrado Ponente. Pretelt, M. Bogotá. 2012.

⁴⁵ Sentencia T-276 del 2012. Corte Constitucional Magistrado Ponente. Pretelt, M. Bogotá. 2012.

⁴⁶ Sentencia T-276 del 2012. Corte Constitucional Magistrado Ponente. Pretelt, M. Bogotá. 2012.

"La Defensora de Familia, en el proceso de restablecimiento de derechos, no garantizó el derecho de los niños AAA y BBB a ser oídos ni tomó en cuenta sus opiniones. Por el contrario, pese a que las niñas de forma reiterado manifestaron su deseo de vivir con XXX y no ser separados de él, lo Defensora nunca consideró la opinión de los niños y ordenó, además de la ubicación de los niños en hacer sustituto, que sus contactos con XXX fueran suspendidos progresivamente." ⁴⁷
(Subraya fuera del texto)

6-Violación derecho a la igualdad a las parejas del mismo sexo. (Artículo 13)

De acuerdo con la legislación vigente no está permitida la adopción conjunta a las parejas del mismo sexo.

Según la Ley 1098 de 2006, "artículos 64. Si el adoptante es el cónyuge o compañera permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

66. No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante. 68. Numeral 3º. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años."

"5º. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años."

De hecho con la normatividad expuesta anteriormente las parejas homosexuales no pueden adoptar ni el hijo de su compañero permanente, ni tampoco podrán adoptar conjuntamente a un niño en estado de adoptabilidad, ya que dichos derechos solo son proveídos exclusivamente a los conyugues o a los compañeros permanentes dentro de una pareja heterosexual. Esta legislación estaría haciendo una diferenciación discriminatoria entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales para quienes si existe derechos a adoptar niños y a adoptar el hijo del conyuge o compañero permanente. Aún más si se tiene en cuenta que la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional ha avalado el nuevo concepto de familia basado ya no solamente en vínculos jurídicos sino naturales como lo es la familia de crianza o la familia con orientación sexual homosexual o diversa.

De igual manera esos artículos de la Ley 1098 del 2006, igualmente que la Ley 54 del 1990 sólo establecen una sola forma de constituir familia en este caso la heterosexual, cuando la misma Constitución y su interpretación desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han determinado claramente que al ser Colombia un Estado pluralista, la concepción de familia no puede ser una sola, sino que debe ser la establecida por la preferencia de cada individuo en particular.

De hecho las parejas del mismo sexo no han tenido protección jurídica alguna como parejas solo hasta la sentencia Magistrado ponente Escobar, R. C-075/07 se reconocieron algunos derechos patrimoniales, similares a los de las uniones maritales del hecho de las parejas heterosexuales. Luego de esta sentencia siguieron reconociendo derechos a las parejas del mismo sexo, tales como a la seguridad social, a la pensión de sobreviviente de la pareja, y ha subsidios de vivienda en el proyecto de metrovivienda. Pero jamás se les han otorgado el estatus de familia, negándoles la oportunidad de tener los mismos derechos derivados del contrato del matrimonio, o al no ser reconocidos como familia.

⁴⁷ Sentencia T-276 del 2012. Corte Constitucional Magistrado Ponente. Pretelt, M. Bogotá. 2012.

Aunque la ley 54 de 1990 y la Ley 1098 de 2006 no permiten constituir una familia a través del matrimonio a las parejas del mismo sexo, paradójicamente cuando se han presentado casos en los que se enfrenta la posibilidad de un adoptante con una orientación sexual homosexual, la Corte ha afirmado vehementemente que aquél no es un criterio suficiente para negar la adopción del niño a estas personas. Tal y como ocurrió en la sentencia T-290/95 cuando la Corte Constitucional decide enviar a un hogar de paso a una niña cuyo padre adoptivo era un persona con orientación sexual homosexual, en aquel análisis el fallo de la Corte recalcó que esa medida se tomaba no porque el padre adoptivo fuera homosexual, sino por las condiciones objetivas de inseguridad evidenciados del lugar de residencia ubicado en la zona de tolerancia de la ciudad de Pasto. *“Finalmente, en la que concierne al requisito de idoneidad moral exigida por la norma sub examine a quienes pretendan adoptar, la Corte encuentra que la dispacición no se refiere de manera explícita a la condición de homosexual del salicitante, para indicar que tal condición sea indicativa de la falta de dicha idoneidad.”*⁴⁸ (Subraya fuera del texto)

En este trámite jurisprudencial por el tema del derecho a adoptar por parte de las parejas de homosexuales se ha ido acrecentando el debate de hecho se espera el pronunciamiento por parte del alto tribunal constitucional en Colombia resolviendo una acción de tutela interpuesta por una pareja de madres lesbianas para que una de ellas adopte legalmente a la hija de su pareja, y así adquirir los derechos mediante el proceso de adopción de la hija de su compañera permanente, tal cual ocurre cuando una pareja de heterosexuales mediante el proceso de adopción adquiere los derechos filiales sobre el hijo de su compañera permanente.

Recordando que ya existe un caso de un periodista Americano al cual mediante acción de tutela Tutela. Magistrado Ponente. Pretelt, M. Sentencia T-276 del 2012. Bogotá. Corte Constitucional. La Corte Constitucional revoco el proceso administrativo que pretendía devolver los derechos de adopción nuevamente al ICBF, y finalmente permitió adoptar a los dos niños menores de edad al periodista americano para poder viajar con ellos a su país de residencia.

Por lo tanto a manera de conclusión se solicita respetuosamente a la Corte Constitucional declare la inexequibilidad de las expresiones hombre y mujer contenidas en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, y la expresión compañeros permanentes y conyugues de los artículos 64, 66, 68 numeral 3º y 5º de la Ley 1098 de 2006, en el sentido de que violan, el principio de dignidad humana, el principio del pluralismo y de diversidad cultural, el principio de no discriminación por razones de sexo y el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella.

7-Violación al derecho a la igualdad del artículo 2do de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 2do: *“1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otro índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”* (Subraya fuera del texto)

Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Artículo 26: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las*

⁴⁸ Magistrado Ponente. Gaviria, C. Sentencia T.290/95. Bogotá. Corte Constitucional.

personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"
(Subraya fuera del texto)

Ambas disposiciones reglamentan la proscripción de la discriminación por razones de sexo al respecto se ha dado todo un desarrollo dentro de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los Derechos Humanos, en cuanto el sexo puede ser entendido también como orientación sexual ya que en sus inicios el cuerpo de tratados y de declaraciones de derechos humanos nunca hizo explícito el concepto de la orientación sexual.

*"En cuanto al Artículo 26 del PIDCP, que dice que todos las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, la ausencia de la "orientación sexual" y de la "identidad de género" como categorías de no discriminación expresamente enumerados no las excluye de la protección prevista en este artículo. La inclusión de una categoría denominada "otra condición" por los redactores contemplaba con claridad razones de discriminación que no estaban enumeradas o que evaluarían en la sociedad. La Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos explica que el Artículo 26 del PIDCP no se limita a reiterar la garantía de que todas las personas son iguales ante la ley, sino que establece en sí un derecho autónomo"*⁴⁹

A pesar de que expresamente la proscripción de discriminación por orientación sexual, no se mencionaba ni en el texto de la Declaración de los Derechos Universales, ni en el del Pacto de Derechos Políticos y Civiles, la categoría y cualquier otra condición, permitían que se estuviera protegiendo directamente el tema concerniente al de la orientación sexual.

*"El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que la referencia a una "protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" en el Artículo 26 del PIDCP incluye la discriminación por razones de orientación sexual."*⁵⁰

Para evitar tener que dar esta interpretación de "cualquier otra condición" los nuevos tratados e instrumentos de protección de los derechos humanos empezaron a incorporar literalmente la "orientación sexual" o la "identidad de género" como razones prohibitivas de discriminación.

*"De hecho, la Asamblea General de la ONU ha instado a todos los Estados a garantizar la protección efectiva del derecho a la vida y a investigar con prontitud y exhaustivamente todos los asesinatos que se cometan por cualquier razón discriminatoria, incluida la orientación sexual. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha adoptado varias resoluciones relativos a la cuestión de la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género. Recientemente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adaptó su primera resolución en materia de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. Adicionalmente, nuevos instrumentos internacionales han integrado explícitamente la orientación sexual y la identidad de género en la lista de razones prohibidas de discriminación"*⁵¹

De igual forma respecto al artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se debe inferir el respeto del cumplimiento del pacto por razones de sexo, también debe ser entendido como por razones de su orientación sexual, tal cual lo ha establecido el Comité de asesoramiento del pacto. "El Estado Parte ha pedido asesoramiento al Comité sobre la

⁴⁹ ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Guía para profesionales No.4. Comisión Internacional de Juristas. 2009. P.72.

⁵⁰ Ibidem. P.74.

⁵¹ Ibidem. P.76.

*cuestión de si la inclinación (sic) sexual puede considerarse "otra condición social" a las fines del artículo 26. La misma cuestión podría plantearse en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Sin embargo, el Comité se limita a observar que, a su juicio, se debe estimar que la referencia al "sexo", que figura el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual"*⁵²

Finalmente cabe afirmar que tanto la disposición de la Declaración artículo 2do, como el artículo 26 del Pacto, sobre la proscripción de discriminación "cualquier otra cosa" debe ser tomada como a la orientación sexual; de la misma manera se deberá interpretar el artículo 2do del Pacto cuando crea la obligación por parte de los Estados Partes del Pacto deben respetar y garantizar a todos los individuos sin distinción alguna por sexo, ya que este debe ser interpretado también por razones de su "orientación sexual". Estos tres artículos permiten ejecutar de manera eficaz la defensa de los derechos de las personas con orientación sexual homosexual ya que prohíben la discriminación por tales motivos.

Ahora se analizará cómo debe ser entendida esta protección dentro de la normatividad y jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los derechos humanos. Al respecto se han desarrollado primero el principio de la no discriminación, el derecho a la igualdad ante la ley, y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación. *"El principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley están universalmente reconocidos y protegidos según el derecho internacional. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha declarado lo siguiente: "La no discriminación, junta con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación, constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos".*⁵³(Subraya fuera del texto)

Tanto el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley crean una obligación en cabeza del Estado para que este evite la discriminación no solo por parte de agentes del Estado, sino igualmente por otro tipo de personas o agentes privados. *"Según el Comité de Derechos Humanos, la no discriminación supone la prohibición de "la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas"* El principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley exigen que el Estado proteja a las personas no solamente frente a la discriminación por parte de los agentes del Estado, sino también por parte de personas o entidades privadas.

El comité de Derechos Humanos se ha dado a la tarea de tipificar el concepto de discriminación, en resumidas palabras lo explica como cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en motivos de (...)sexo, que busque anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos.

*"Para dar cumplimiento al principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley, el Comité de Derechos Humanos considera que el término "discriminación" debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como lo raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas."*⁵⁴ (Subraya fuera del texto)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su interpretación del "el principio de igualdad ante la ley, de igual protección ante la ley y de no discriminación" afirma han

⁵² Ibidem. P.77

⁵³ Ibidem. P.79

⁵⁴ Ibidem. P.81.

entrado a la órbita del “ius cogen” sobre aquellos principios que permean todo el ordenamiento jurídico de los Derechos Humanos, donde “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional.” Hoy en día, no es aceptable ningún acto jurídica que esté en pugna con este principio fundamental. El tratamiento discriminatoria de cualquier persona en razón de su género, raza, color, lengua, religión o convicciones, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, posición económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición es inaceptable”.⁵⁵ (Subraya fuera del texto)

Así es imposible afirmar que cualquier diferencia de trato pueda ser entendida como discriminatoria sobre todo, siempre y cuando dicha distinción se base en supuestos diferentes que demuestren de manera proporcionada una relación entre esa diferencia y la norma. De hecho La Corte Interamericana ha aceptado que “es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”. Y ha señalado que, cuando hay varias opciones para restringir un derecho, “debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue”⁵⁶ (Subraya fuera del texto)

Un poco como los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos referente a las diferenciaciones o distinciones que no tengan una justificación objetiva y razonable; igualmente como que la medida para restringir un derecho debe ser aquella que menoscabe menos el derecho a proteger y sea más proporcional con el propósito perseguido con la misma.

Respecto al tema de defensa de los derechos de los homosexuales y a la proscripción de la discriminación por su orientación sexual, al respeto al principio de igualdad ante la ley, de igualdad protección ante la ley y de no discriminación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado dicha jurisprudencia en varios casos:

*“En el primer caso de derechos humanos y orientación sexual en el sistema interamericano, Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia, una petición relativa a una mujer confinada en una cárcel de mujeres a quien se le negó el derecho a tener visitas íntimas con su pareja del mismo sexo, la Comisión Interamericana decidió admitir la petición, dictaminando que “en principio, la petición se refiere a hechos que podrían suponer, inter alia, una violación del Artículo 11 (2) de la Convención Americana, en cuanto hubiera injerencias abusivas a arbitrarias en su vida privada”.*⁵⁷ *La Comisión Interamericana señaló también que la penalización de la homosexualidad y la privación de libertad sencillamente por razón de la preferencia sexual es una práctica que “no se compadece” con las disposiciones contenidas en varios artículos de la Convención Americana y debe en consecuencia ser modificada”. Basándose en el principio de igualdad y no discriminación, y teniendo en cuenta que la “la preferencia sexual como categoría prohibida por estas fines se entiende comprendida en la noción de sexo”, la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que la política de migración no puede discriminar por razón de “preferencia sexual” (orientación sexual).”*⁵⁸

En la jurisprudencia de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos la orientación sexual ahora es determinada como una categoría prohibitiva de discriminación que se pueda dar mediante cualquier Ley, o Políticas de Estado o de Gobierno. Por su parte el Tribunal Europeo ejecuta el mismo raciocinio de la Comisión y en un caso de una persona que se somete a una operación de cambio de sexo, que es dada de baja en su trabajo como consejero en un escuela pública, es enfática en rechazar dicha decisión, que de no ser tolerada no respetaría ni la dignidad, ni la libertad que deben ser protegidas por el Tribunal.

⁵⁵ Op.cit. P.82

⁵⁶ Ibidém. P.82

⁵⁷ Op.cit. P.83

⁵⁸ Ibidém. P. 84

*"Cuando una persona es despedida debido a su intención de someterse a una reasignación de género, esta persona recibe un trato desfavorable en comparación con las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de someterse a la reasignación de género. Tolerar dicha discriminación equivaldría, por lo que a dicha persona se refiere, a no respetar la dignidad y la libertad a que tiene derecho y que el Tribunal tiene el deber de proteger"*⁵⁹ (Subraya fuera del texto)

Por su parte La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) protege la igualdad ante la ley y de igualdad protección de la ley de la misma manera que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el PIDCP: *"Podría decirse que el ámbito de aplicación del "derecho" a no sufrir discriminación en la CADHP es autónomo, como sucede en el PIDCP, y no contempla únicamente la aplicación no discriminatorio de los derechos que se establecen en la Carta Africana, sino que confiere un derecho autónomo e independiente frente a la discriminación. El significado gramatical ordinario de la disposición sobre discriminación en el artículo 28 considera categorías como la "orientación sexual" y la "identidad de género" que por lo demás no aparecen enumeradas específicamente en la CADHP, que confiere igualdad ante la ley e igual protección de la ley – contempla una protección para todos, con independencia de su orientación sexual."*⁶⁰ Es más, el artículo 2 de la CADHP garantiza la protección de la "orientación sexual", ya sea en la categoría de "otra condición" o en la definición de "sexo". (Subraya fuera del texto)

Respecto a la limitación de los derechos de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley, La Comisión Africana ha desarrollado un test de proporcionalidad que deberá ser "estrictamente proporcionales a las ventajas que se vayan a obtener y absolutamente necesarias para poder obtenerlas", evitando que dichos derechos queden desprovistos de todo sentido.

Igualmente y en tratándose de la protección de la proscripción de la discriminación por "orientación sexual" o "identidad de género" se ha prohibido también la denominada discriminación indirecta. Según el Tribunal Europeo esta se da cuando una disposición en general en apariencia neutral, afecta a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un sexo, una religión, una orientación sexual, un grupo político o cultural; siempre y cuando dicha medida pueda ser entendida como adecuada y necesaria y se justifique por criterios objetivos no relacionados con el sexo.

*"La primera de estas Directivas, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo ante los Estados miembros de la Unión Europea, definió que existe "discriminación indirecta" cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecta a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesaria y pueda justificarse con base en criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo. La segunda Directiva establece que los Estados de la Unión Europea deben implementar prohibiciones legislativas contra la discriminación racial en el empleo, pudiendo "disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso basándose en pruebas estadísticas"*⁶¹ (Subraya fuera del texto)

Nuevamente el Tribunal Europeo analiza un caso de una Ley Checa de educación especial "en apariencia neutral" que afectaba en una proporción treinta veces superior a los niños gitanos que a los no gitanos: *"El Tribunal dictaminó que una ley checa de educación especial en "apariencia neutral, que se traduciría en la asignación de los niños gitanos a centros de educación especial con una frecuencia treinta veces superior a aquella de los niños no gitanos, era discriminatoria, señalando que "cuando se ha demostrado que la legislación produce tal efecto discriminatorio, la Gran Sala considera que, a semejanza de*

⁵⁹ Op.cit. P.86

⁶⁰ Ibidém. P.86

⁶¹ Ibidém. P.88

lo que sucede en el empleo o la prestación de servicios, en los asuntos de educación, no es necesario [...] demostrar intencionalidad discriminatoria alguna por parte de las autoridades competentes”⁶² (Subraya fuera del texto)

De otro lado la Corte Interamericana en el tema de discriminación indirecta ha sido mucho más vehemente al reconocer de antemano el impacto discriminatorio de la legislación aparentemente neutral como intolerable. En dicho caso la Corte declaró la revocación de una ley que obligaba a que los candidatos al Parlamento estuviesen afiliados a un partido político, ya que estos son una forma de organización no propia de las comunidades indígenas de cierta región de territorio.

“En el caso Yatamo contra Nicaragua, la Corte ordenó la revocación de una ley que exigía que los candidatos al Parlamento estuviesen afiliados a un partido político, debido a que los partidos políticos son “una forma de organización [que] no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica”. La Corte realizó un esfuerzo especial al apuntar que las “circunstancias del presente caso [...] no son necesariamente asimilables todas las hipótesis de agrupaciones para fines políticos que pudieran presentarse en otras sociedades nacionales o sectores de una misma sociedad nacional. Por consiguiente, consideró que no es que dicha ley viole per se lo Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino más bien que el impacto que tiene en Nicaragua, dada la composición étnica y cultural única de dicho país, la convierte en una violación.”⁶³ (Subraya fuera del texto)

Dada la legislación Colombiana vigente en la cual no existe ni una sola norma sobre los derechos de los homosexuales como individuos, mucho menos como parejas y la abundante legislación sobre uniones maritales de hecho, matrimonio, adopción conjunta, que permite a las parejas conformadas por la autonomía y libertad de un hombre y una mujer, cabe la pregunta si, ¿esta falta de legislación, y legislación solo protectora de las parejas heterosexuales es discriminatoria indirectamente y vulnera mayoritariamente los derechos homosexuales como individuos y como parejas?

Al respecto se tiene primero los tres principios universales del “*ius cogens*” “el de igualdad ante la ley, de igualdad protección ante la ley y de no discriminación, es decir de prohibición de discriminación por razones de sexo. El primero de ellos igualdad ante la ley, debe ser entendido como que todos los seres humanos son iguales ante la ley y deben ser tratados de la misma forma sin importar su orientación sexual; en el caso colombiano no existe igualdad ante la ley ya que primero no existe normatividad alguna de protección de los derechos de los homosexuales como parejas, si bien existen derechos adquiridos por vía de sentencias de tutela o de constitucionalidad, el órgano legislativo jamás ha expedido norma alguna regulando dicha materia.

De hecho en la sentencia C-577 del 2011 Magistrado Ponente. Martelo, G. Sentencia. Bogotá. Corte Constitucional. Dentro de la parte resolutive de la sentencia de constitucionalidad se ordenó al Congreso de la República a que en un término no superior a los dos años legislara en el tema de uniones maritales de hecho y del contrato del matrimonio para parejas del mismo sexo, plazo que no se cumplió por el órgano legislativo dejando en la misma situación de desprotección legal a las parejas de homosexuales.

Seguido en la búsqueda de igual protección ante ley no existe tal trato para las parejas de hecho la normatividad existente es discriminadora, ya que solo protege a un solo tipo de familia la heterosexual, impidiendo que las parejas homosexuales adquieran los mismos derechos que se deducen de las uniones maritales de hecho o de los matrimonios, además no se pueden ejecutar el contrato de matrimonio y por lo tanto tampoco adoptar niños conjuntamente.

⁶² Ibidem. P.88.

⁶³ Ibidem.89.

El principio de no discriminación ni jurídica, ni indirecta, ni de hecho, es claramente vulnerado con la legislación colombiana ya que precisamente hace una diferenciación entre parejas heterosexuales y homosexuales, fundada únicamente esta diferencia en la orientación sexual de las parejas homosexuales; supuestamente con el argumento de que con esta legislación se esta protegiendo a un estilo de familia tradicional y mayoritaria, la familia heterosexual y monogámica instituida en el artículo 42 de la Constitución Nacional de Colombia.

Ahora cabe analizar si esa medida del artículo 42 CN de protección de la familia heterosexual es adecuada, necesaria y basada solamente en criterios objetivos. Esta normatividad finalmente hace una diferenciación, al dar un trato diferente a las parejas homosexuales que no son protegidas por la normativa estudiada, de lo que se puede deducir la presencia de una medida que es necesaria en términos de proteger a cierto tipo de familia la del artículo 42 CN. Mas sin embargo no es claro que esa medida sea la adecuada ni basa en criterios objetivos, aunque el constituyente colombiano quería proteger la familia heterosexual, dicha protección no debe llevar a la desprotección legal de otros tipos de familia que se dan en la sociedad actual, entre ellas la conformada por dos personas homosexuales porque entonces dicha desprotección se presenta solamente por tener aquellos una orientación sexual diferente; criterios de diferenciación que no son aceptados ni por el Tribunal Constitucional Colombiano, ni por los órganos de los Derechos Humanos como la Comisión Interamericana ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre otros.

Por otro lado aquellas disposiciones de protección de parejas heterosexuales, terminan siendo disposiciones de discriminación indirecta, toda vez que proporcionalmente a quien más afecta es a las parejas del mismo sexo ya que son ellas mayoritariamente las que quedan desprotegidas y discriminadas por la legislación vigente, medidas que por dicha razón son prohibidas por la legislación internacional.

A manera de conclusión, es indiscutible referente al tema de las parejas del mismo sexo la falta de legislación y la vigente vulneran los principios del "*ius cogens*", de igualdad ante la ley, al de igual protección ante la ley, y al de no discriminación. Ya que realmente se hace una diferenciación en la protección de las parejas homosexuales debido a su orientación sexual, criterio que ha sido declarado como prohibitivo de discriminación. Además toda la legislación vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pues no son tratados por la ley de la misma manera que las parejas heterosexuales. El de igualdad de protección ante la ley, pues los derechos otorgados a las parejas heterosexuales, como al de la unión marital de hecho, al matrimonio, al de la adopción no se les son otorgados a las parejas del mismo sexo. Y finalmente al no discriminación por que esa diferencia está basada en la orientación sexual de las parejas homosexuales, y porque esta normativa crea en contra de los homosexuales una discriminación indirecta pues en su mayor proporción los que ven afectados sus derechos son las parejas del mismo sexo al no ser cobijados por la protección legal que si tienen las parejas heterosexuales.

SECCION 4: CONCLUSIONES

Referente a la admisibilidad de la demanda se tienen dos temas de discusión sobre la cosa juzgada. El primero de ellos se da con la sentencia C-814 de 2001 en el que se abordó la constitucionalidad de la normatividad de la adopción conjunta, y se declaró la exequibilidad de la norma en estudio, presentándose el fenómeno de cosa juzgada material, por que aunque la Ley que se quiere demandar en esta demanda es posterior, en su contenido ambas normas son iguales y regulan el mismo tema el de la adopción conjunta. El segundo de ellos es que se presenta en la sentencia C-802/09 en la cual se demandó la misma norma es decir la Ley 1098 de 2006 artículo 68 numeral 5to y la Ley 54 de 1990 artículo 1º, pero la Corte Constitucional se declaró inhibida para proferirse sobre el fondo de la demanda alegando ineptitud sustancial de la demanda, ya que para el

tribunal constitucional se debía haber demandado toda la normatividad que regula la adopción, como la adopción del hijo del conyugue, advirtiendo que también se tenían que haber demandado los artículos 64, 66, 68 numeral 3º de la Ley 1098 de 2006 que regulan la materia de la adopción; dejando abierto el examen de la dicha normatividad, al afirmar que el fallo inhibitorio no impide al ciudadano formular nuevamente el cargo y que se reconstituya el proceso, presentándose el fenómeno de la cosa juzgada relativa explícita, pues explícitamente la Corte en su sentencia abre la posibilidad de demandar nuevamente ésta misma ley. Además de evidenciar el cambio de precedente jurisprudencial comprobado en la sentencia C-577 del 2011 en la que se da una reinterpretación del artículo 42 de la Constitución Política, interpretando un nuevo concepto de familia creada ya no solamente por vínculos jurídicos sino también por vínculos de hecho.

Una vez debatida la admisibilidad de la demanda se inicia por cada una de las violaciones a la normas de la Constitución, la primera de ellas el principio de dignidad humana. Respecto al principio de la dignidad humana cabe afirmar que básicamente se desarrolla de tres maneras, vivir como se quiere, vivir bien, vivir sin humillaciones. Dentro del vivir como se quiere se encuentra íntimamente relacionado con el hecho de elegir un proyecto de vida y de vivir de la manera como cada individuo así lo desea o como cada cual lo establece. Dentro de la libre elección de un proyecto de vida se encuentra el libre ejercicio y goce de la sexualidad, que generalmente se desarrolla con la vida en pareja sin importar que esta sea heterosexual u homosexual. Por eso cuando el Estado y la legislación no reconoce la posibilidad de la existencia de uniones maritales de hechos entre homosexuales como posibles adoptantes, el proyecto de vida de estos se ve claramente agredido y vulnerado.

Ahora respecto al vivir bien, este es claramente determinado por unas mínimas condiciones materiales de existencia, y ha sido establecido por la Corte Constitucional como el mínimo vital, y es el Estado quien debe brindar esas mínimas condiciones; por ello cuando el Estado y la legislación deciden proteger solamente a las parejas del mismo sexo, impidiendo de tal forma que las parejas homosexuales adquieran derechos prestacionales como a la seguridad social, a la pensión, y también derechos como a la adopción conjunta. Finalmente la situación fáctica de vivir sin humillaciones, referido a poder vivir el plan de vida establecido sin humillaciones. Al no reconocerse jurídicamente la comunidad de vida de las parejas del mismo sexo, se impide de tal forma que se proyecten socialmente y de tal suerte a vivir con humillaciones. Humillación concretada en la imposibilidad de reivindicar sus derechos frente al Estado y la comunidad al ser reconocido como miembro de una pareja ya que el Estado no lo permite con su actual legislación.

Violación al principio de pluralismo y diversidad cultural. Al analizar este cargo se observó como la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el concepto de familia no puede ser entendido sin interpretarse bajo el principio del pluralismo y de diversidad cultural; de hecho se demostró como la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado pasando en primera instancia por afirmar que el concepto de familia era solo uno el del artículo 42 de la Constitución Nacional, pasando finalmente a aceptar que el concepto de familia no puede ser uno solo, dadas las características plurales y diversas de la sociedad y de la cultura colombiana. Por ello se viola tanto el principio de pluralismo y diversidad cultural de la sociedad cuando protege la legislación vigente solo a un tipo de familia, la heterosexual y monogámica.

Violación al derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razones de la orientación sexual. En esta oportunidad se realizó el estudio de la normatividad acusada en la demanda, bajo la figura de creación jurisprudencial del test de igualdad, para determinar si esa diferenciación hecha entre parejas heterosexuales y homosexuales es constitucional. Como primera medida se estipuló que el test de igualdad a realizar, era un test estricto, al basarse la diferenciación hecha en los criterios sospechosos establecidos por el artículo 13 de la Constitución Política, entre ellos la discriminación por razones de sexo.

Seguido se pasó a desarrollar los 4 pasos del test de igualdad: el primero si el fin de la medida era legítimo, se determinó que el fin era legítimo ya que se trataba de una medida para proteger a un tipo de familia lo cual estaba dentro de la normatividad constitucional. Segundo si el fin de la medida era adecuado y conducente, y nuevamente se llegó a la conclusión de que el fin de la normatividad era conducente y adecuado porque era el de proteger a la familia del artículo 42 de la Constitución estableciendo derechos a las uniones maritales de hecho establecidas por un hombre y una mujer, y además regulando el tema de la adopción de niños por parte de los conyugues o compañeros permanentes. Tercero es si el fin de la medida era estrictamente necesaria y que no puede ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo; el fin de la normatividad de proteger a la familia es legítimo y adecuado pero no estricta mente necesario, pero no es la medida menos gravosa toda vez que se genera con ella, un vacío normativo en cuanto a la falta de regulación para las parejas del mismo sexo, creando además una discriminación en contra de las parejas homosexuales que no pueden acceder a los mismos derechos que les son otorgados a las parejas heterosexuales. Y cuarto se estudió si los efectos positivos creados por la normatividad a las parejas del mismo sexo eran mayores que los efectos causados a principios y derechos constitucionales de las parejas homosexuales; en tal contexto se evidenció que la medida no era proporcional pues creaba un sin número de violaciones a los derechos de los homosexuales, como a no ser discriminados por razones de su orientación sexual, a los principios de pluralismo y diversidad de la familia entre otros.

Violación al nuevo concepto de familia re-interpretado por la jurisprudencia de las Corte Constitucional. En ese punto se analizó el cambio de precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en cuanto al concepto de familia. En primera medida la Corte, en su sentencia C-814 de 2001, acogió la tesis según la cual el concepto de familia solo podía circunscribirse a la familia monogámica y heterosexual suscrito en el artículo 42 de Constitución Nacional. Para dar el gran paso en la sentencia C-577 de 2011 aceptando que el concepto de familia había cambiado dada la coyuntura y basándose en el principio de pluralismo y de diversidad cultural de la sociedad; la familia ya no se establece por vínculos jurídicos sino también por los naturales, por lo cual la heterosexualidad de los individuos que la conforman nada tienen que ver con las institución como tal. La propia Corte llega al punto de establecer la nueva interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, afirmando que ya no existe un solo concepto de familia, la monogámica y heterosexual y que cada individuo basado en su diferencia puede constituir una familia. De allí se evidencia la violación de la normatividad de la Ley 1098 artículo 64, 66, 68 numeral 3º y 5º, y la Ley 54 de 1990, puesto que solamente regulan la adopción y las uniones maritales de hecho dentro de un tipo de familia la heterosexual y monogámica, dejando de lado el universo de familias constituidas bajo el principio de pluralidad y diversidad.

Violación del derecho fundamental del niño a tener una familia. Dentro de los derechos fundamentales del niño se reconoce el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Dada la convulsionada situación social y económica del país, muchos niños que son huérfanos o que son abandonados por sus padres van a parar a hogares de paso en el I.C.B.F. El Estado como garante de los derechos de esos niños, debe garantizarles ser parte de una familia; se observó todos los peligros a los que se expone un niño cuando no tiene una familia, como a la prostitución infantil, la explotación laboral, la delincuencia, la drogadicción, además de los derechos que les son vulnerados a los niños cuando no se le brinda la oportunidad de tener una familia; derecho a la educación, a la seguridad social, a la recreación, al libre desarrollo de la personalidad y al de la dignidad humana.

Se estudió lo fundamental del principio de prevalencia del interés superior del niño y de cómo la Corte Constitucional ejecuta un marco de referencia para establecer el interés superior del niño, en el que siempre se tienen en cuenta: la garantía del desarrollo integral del menor. La garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. El equilibrio con los derechos de los padres. La provisión de un

ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. La protección del menor frente a riesgos prohibidos.

Con todo lo anterior se puede percibir que el interés superior del niño a tener una familia, que cumpla con unas condiciones psicológicas, sociales y económica que brinden para el niño un ambiente de desarrollo sano, es mucho más importante que la orientación sexual de estos padres que le pueden dar al niño la oportunidad de tener una familia. Por ello este cargo se estable que la normatividad vigente de no permitir a personas idóneas que pueden brindar un verdadero hogar a un niño expósito mediante su adopción, solo por crear una diferencia infundada por razones de su orientación sexual; finalmente el que termina pagando por la normatividad que regula la adopción es el niño que no tiene la oportunidad de tener una familia y de crecer en un ambiente sano de desarrollo afectivo y social.

Violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación de las parejas homosexuales. Se analiza como a lo largo de la historia y ahora mismo la legislación actual existe una discriminación y una desprotección a las parejas homosexuales respecto a sus derechos. Aunque bajo la sentencia C-075 del 2007, se igualo la unión marital de hecho de los heterosexuales a las parejas del mismo sexo, este avance no ha ido más allá que un reconocimiento en pensiones, seguridad social, y algunos tipos de subsidios, es claro que la normatividad actual en nada regula o estipula derechos de las parejas homosexuales. Esta desprotección de parte del Estado y de parte del legislador ha llevado a que dichas parejas no puedan adoptar a niños conjuntamente, ni a los hijos de sus parejas pues aunque son conyugues no ostentan este derecho.

Es evidente que se vulnera el plan de vida de las parejas homosexuales primero porque no son reconocidas con los mismos derechos que las heterosexuales, y segundo porque un plan de vida es ejecutado bajo el concepto de conformar familia tener hijos y criarlos en un ambiente de amor, comprensión y pluralismo. Es innegable que al no ser reconocido el plan de vida de las parejas los homosexuales tanto por la sociedad como por el Estado, los somete a vivir con humillaciones pues en realidad ese plan de vida no se cumple a la voluntad de la pareja, que es en realidad vivir como familia y ser considerados como familia, frente a la sociedad y frente a la ley, para que finalmente se cumpla con el deseo de toda familia es de tener hijos; niños que por demás tendrán la opción de vivir lejos de las calles de los hogares de paso, niños que van a ser considerados afortunados por hacer parte de una familia y por hacer sentir parte a sus padres adoptivos también parte de una familia en la cual entenderán lo que es crecer verdaderamente en la diferencia y respetando al diferente.

SECCION 5. DISPOSICIONES FINALES

I. Trámite

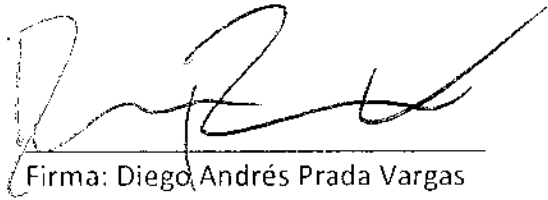
El tramite a seguir por esta demanda es el establecido por el Decreto 2067 de 1991 y las demás normas que lo adicionen o complementen. Así como las normas y actos administrativos que a la fecha se hayan proferido en relación con la demandas como la que se presenta.

II. Competencia de la Corte Constitucional

Es competencia de la Corte Constitucional en virtud del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Nacional, el cual ha establecido que la Corte Constitucional debe decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos contra las leyes tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento.

III. Notificaciones

Se recibirán las notificaciones en la Secretaría común de la Corte Constitucional.



Firma: Diego Andrés Prada Vargas

T.P. 193852

CC.1.020.721.045 de Bogotá