

**LINEA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE PROTECCION DE FAMILIAS**

**DIVERSAS**



**Universidad Cooperativa  
de Colombia**

**LEOZ JANNASECK CAMACHO PRADA**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA**

**SECCIONAL IBAGUE**

**FACULTAD DE DERECHO**

**IBAGUE**

**2020**

**LINEA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE PROTECCION DE FAMILIAS**

**DIVERSAS**



**Universidad Cooperativa  
de Colombia**

**LEOZ JANNASECK CAMACHO PRADA**

**MONOGRAFIA PARA OPTAR POR EL TITULO DE ABOGADO**

**DR. PAOLA ANDREA CARDONA BUENDIA**

**DIRECTORA TEMATICA**

**DR. CAMILO FERNANDO CALDERON SUAZA**

**DIRECTOR METODOLOGICO**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA**

**SECCIONAL IBAGUE**

**FACULTAD DE DERECHO**

**IBAGUE**

**2020**

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo monográfico va dedicado a Dios y a mis padres que han sabido guiar mi vida por cauces de rectitud y honestidad; que de la manera más sincera han creído en mí, depositando sus nobles esfuerzos con el ánimo de formar a un profesional con capacidades de aportar al crecimiento social y contribuir a la armonía familiar, sin ellos la redacción de mis palabras no habría sido posible.

**Gracias por su apoyo, para ustedes las siguientes paginas...**



## AGRADECIMIENTO

El autor expresa su sincero agradecimiento a sus asesores la doctora Paola Andrea Cardona Buendía y al doctor Camilo Fernando Calderón Suaza, quienes apoyaron con su conocimiento e indiscutible profesionalismo para la construcción del presente trabajo monográfico, sin sus exigencias y sin su forma de direccionar, la investigación no hubiese alcanzado la calidad que amerita.

Por otra parte, al centro de investigaciones de la universidad que continúa contribuyendo en la formación de profesionales con aptitudes investigativas de objetivos claros, relacionados con la adquisición de resultados que con los cambios sociales siguen aportando al mundo de lo jurídico con nueva información idónea para hacer frente a la ejecución de la vida.

Así mismo, un reconocimiento muy especial a todos y cada uno de los docentes que nos formaron con su ejemplo y conocimiento, dejando en cada uno de nosotros una imagen del profesional que debemos ser, de este modo contribuyen para un mejor futuro, teniendo en cuenta que su buen legado se replica en las diferentes generaciones.



## CONTENIDO

1. RESUMEN
2. INTRODUCCION
3. CAPITULO I - AVANCES JURIDICOS DE PROTECCION EN MATERIA DE IGUALDAD DE DERECHOS *“Posiciones, Teorías y jurisprudencia”*
4. CAPITULO II - POSTURA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE PROTECCION A LOS INTERESES DEL MENOR - *“Derecho fundamental de los niños a tener una familia”*
5. CAPITULO III - LINEA JURISPRUDENCIAL A PARTIR DEL RECONOCIMIENTO OTORGADO BAJO LA SENTENCIA C-683-2015 - *“Aplicación de la decisión en torno a la materia”*
6. CAPITULO IV - LA LINEA JURISPRUDENCIAL NO HA SIDO SIEMPRE PACIFICA - *“La norma Superior, al estar escrita en un lenguaje de valores, principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos”.*
7. CAPITULO V - CONTRATOS INNOMINADOS PARA CELEBRAR UN VINCULO JURIDICO - *“Dirección de la vía jurídica en la materia”*
8. CONCLUSIONES
9. BIBLIOGRAFIA



## GLOSARIO

### **Familia**

Específicamente en el artículo 42, se encuentra definida como el núcleo fundamental de la sociedad, la cual 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.

### **Familias Homoparentales**

Una familia homoparental es aquella donde una pareja de dos hombres o de dos mujeres se convierten en progenitores, de uno o más niños.

Las parejas homoparentales pueden ser padres o madres a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de la inseminación artificial, en el caso de las mujeres. También se consideran familias homoparentales aquellas en las que uno de los dos miembros tiene hijos de forma natural de una relación anterior.

### **Familias Heterosexuales**

La heterosexualidad es la atracción romántica, atracción sexual o comportamiento sexual entre personas de distinto sexo. Como orientación sexual, la heterosexualidad es: "Un patrón duradero de atracciones emocionales, románticas y/o sexuales hacia personas de distinto sexo"; también "se refiere al sentido de identidad de una persona basado en esas atracciones, comportamientos relacionados y pertenencia a una comunidad de personas que comparten esas atracciones".

## **Prejuicio**

Gordon Allport, psicólogo de la Universidad de Harvard, quien dedicó gran parte de su vida al tema, en su libro *The Nature of Prejudice* publicado en 1954, definió al prejuicio como: principalmente a la etiquetación que hacemos de manera negativa, sobre la base de una forma de pensar que adoptamos desde pequeños. Esta forma de pensar surge como resultado de la necesidad que tiene el ser humano de tomar decisiones firmes y concretas de manera rápida, tomando información generalizada de la que se tiene hasta el momento para emitir juicios, y sin verificar su veracidad.

## **Estigma Social**

En sociología, estigma es una condición, atributo, rasgo o comportamiento que hace que la persona portadora sea incluida en una categoría social hacia cuyos miembros se genera una respuesta negativa y se les ve como culturalmente inaceptables o inferiores. El concepto fue acuñado en 1963 por el sociólogo canadiense Erving Goffman, en su reconocido libro del mismo título, en que precisa la noción sociológica del término como pertenencia a un grupo social menospreciado (grupo étnico, religión, nación, etc.).

## **Discriminación**

Es toda aquella acción u omisión realizada por personas, grupos o instituciones que produce y reproduce desigualdades en el acceso a recursos y oportunidades tan disímiles como comida, servicios de salud, trabajo, educación o empleo, en favor o en contra de otras personas, grupos o instituciones. Es el acto de separar o formar grupos de personas a partir de criterios determinados. Se refiere a la violación de la igualdad de los derechos humanos por edad, color, altura, capacidades, etnia, familia, género, características genéticas, estado marital, etc.



## **Homofobia**

El término homofobia hace referencia a la aversión hacia la homosexualidad o contra hombres o mujeres homosexuales, aunque se suele incluir a las demás personas que integran a la diversidad sexual, como es el caso de las personas bisexuales, los transexuales y transgéneros, en estos dos últimos casos el término indicado es transfobia. La homofobia abarca toda aquella actitud degradante, discriminatoria, ofensiva o desfavorable hacia o algo o alguien por razón de la orientación homosexual.

## **Acción De Tutela**

Mecanismo que tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales fundamentales, aún aquellos que no se encuentren consagrados en la constitución, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

## **Precedente Judicial**

Fuente formal de creación del Derecho, consiste en que éste se derive, no de la ley aprobada por los órganos legislativos, sino por las soluciones que adoptan, ante determinados casos, sobre todo los tribunales, de forma que constituyen una suerte de doctrina, un paradigma de solución, justamente un precedente, al cual deben ajustarse en lo adelante, todos o algunos otros órganos jurisdiccionales.

## **Reproducción Asistida**

La reproducción asistida o fecundación artificial es el conjunto de técnicas o métodos biomédicos que facilitan o pueden sustituir a los procesos naturales de fecundación. De esta forma se ayuda a que el ovocito sea fecundado.





## **Personalidad Jurídica**

Se entiende por Identidad (personalidad) jurídica o persona jurídica aquella por la cual se reconoce a una persona, entidad, asociación o empresa, con capacidad suficiente para contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros.

## **Registro Del Estado Civil**

Instrumento que de manera detallada y fidedigna deja constancia de todos los hechos relativos a la identidad, filiación y estado civil de las personas.

## **Hermenéutica**

Arte de interpretar textos.

## **Línea Jurisprudencial**

La construcción de líneas jurisprudenciales en el estudio de las decisiones y de los precedentes judiciales de las altas cortes, toma especial relevancia en la medida en que permite al abogado al momento de abordar el caso elaborar una estrategia de defensa articulada con las decisiones que han sido proferidas previamente; identificar los argumentos jurídicos vinculantes que dan sustento a la decisión y determinar la trayectoria que una posición jurídica ha tenido a lo largo del tiempo a efectos de prever cuál sería la decisión del juez sobre determinado problema jurídico.

## RESUMEN

Los prejuicios han sido siempre una de las formas en como la sociedad percibe ciertos comportamientos de sus semejantes, constituyen una herramienta para juzgar a los demás por diferentes condiciones sea de raza, orientación política, sexo, religión o cualquier otra, en el presente trabajo nos centraremos en analizar el verdadero prejuicio que genera discriminación al momento de tratar los diferentes temas que surgen en cuanto a las familias homoparentales y en general a todas estas situaciones familiares diversas que han reclamado su identidad.

Uno de los sectores en riesgo de vulneración de derechos, son las personas con orientación sexual no tradicional; no obstante, se siguen produciendo cambios jurídicos a fin de proteger sus derechos, toda vez que tanto nacional como internacionalmente se ha reclamado por eliminar toda clase de discriminación ya se ha por raza, religión, orientación sexual o cualquier otro motivo.

Sin embargo, el tema en su evolución no ha dejado de ser objeto de controversia, grandes fuerzas se oponen a estos cambios, que con el tiempo se han visto gestando con mayor acentuación, la iglesia católica y el cristianismo son unas de las principales barreras para aceptar la diversidad.

En el 2015 se obtuvo como resultado luego de un amplio debate en la corte constitucional, que se permitiera la adopción Homoparental en igualdad de condiciones frente a las familias heterosexuales, investigaciones científicas arrojaron como resultado que no hay una afectación psicológica o comportamental que impida a las pareja del mismo sexo poder adoptar, los resultados informaron que una familia monoparental, siendo una de las nuevas familias diversas de nuestra generación, eran capaces de instruir a manera de crianza la educación de un menor y se expuso que lo pueden hacer de una manera idónea.



En consecuencia, se decidió en la corte constitucional, que no había razón alguna para impedir que estas parejas adoptaran; además, lo que se busca es el bienestar superior del menor, que este tenga derecho a una familia capaz de darle una mejor situación frente a la orfandad, con educación y bienestares sociales, familiares, culturales y económicos, por ello, no podría de ninguna manera vulnerarse los derechos del menor.

La corte encontró que no es constitucionalmente valido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia, esto desconoce los derechos del menor a tener una familia, se demostró científicamente que estas familias son idóneas para garantizar el desarrollo armónico e integral del menor.

La interpretación constitucional se expresó diciendo, que realmente lo que se requiere es implementar programas de educación en la diversidad sexual y de género y adoptar políticas que equiparen las condiciones para el ejercicio de los derechos, no solo de las familias sino de los menores en condición de adoptabilidad.

En consecuencia, en el presente documento se estudiaran las políticas creadas por el gobierno a fin de materializar dicha decisión y se observaran los resultados obtenidos a la fecha, se abordaran temas de discriminación latente hacia la homosexualidad a fin de identificar los verdaderos prejuicios que de una u otra manera podrían en su caso continuar con la vulneración de derechos fundamentales protegidos por la carta magna del 91; se clasificaran los diferentes regímenes que existen en beneficio de las familias homoparentales en su ejercicio de la adopción Homoparental a fin de encontrar el núcleo de la afectación real de la problemática.

Como se reafirmó, la orientación sexual de una persona, no ha de ser considerada como un criterio determinante que defina si una persona es o no idónea para adoptar, la corte avalo en una decisión sobre la cual no procede recurso alguno, que las familias homoparentales estando en la

capacidad de adoptar, ahora pueden hacerlo sin ningún tipo de limitación o barrera por parte del estado y en general de ninguna dependencia pública o privada.

Aun así, un informe presentado por el instituto colombiano de bienestar familiar, expone que para el periodo 2017 – 2018, solo 11 familias homoparentales habían podido materializar su derecho ejerciendo y gozando de la adopción de menores, frente a casi 4000 familias heterosexuales que del mismo modo lo habían hecho, este sector afectado de la población, expone discriminación frente al caso concreto, manifiestan ser excluidos de los procesos, sin justificación legal alguna.

La cuestión es porque luego de los avances jurídicos continua la discriminación frente a las familias homoparentales?, porque el gobierno no adelanta políticas a fin de materializar de una manera eficaz la decisión de la corte y en armonía su derecho?, nos encontramos frente a vulneración de derechos fundamentales y humanos reconocidos por instancias internacionales al tratarse de una discriminación sexual?, continúan los pensamientos conservadores católico – cristianos interviniendo en estas decisiones?, hace falta regulación jurídica para poder avanzar en temas de discriminación sexual?, de qué manera y ante que autoridad se puede rogar por el derecho?, cual es el régimen específico en beneficio de las parejas homoparentales en desarrollo de los procesos de adopción para evitar una vez más la discriminación?.

Los anteriores son algunos de los interrogantes que surgen al investigador al momento de tratar la problemática, no obstante en el transcurso de la presente monografía, se dará dirección solo y exclusivamente a aquello que le compete al derecho, la intención es indagar en la constitución y en la ley, para encontrar los vacíos y poder plantear un camino de soluciones, en beneficio de aquellos que se han visto perjudicados por pensamientos que quizás aún hoy, no han podido reconocer la diversidad sexual.

Por otra parte, es pertinente seleccionar ciertos sectores de la jurisprudencia con el objetivo de hacer un análisis crítico de los avances que en la materia se han producido a partir de la constitución del 91; realizando un transcurso por la decisión de la corte hasta llegar a la actualidad, evidenciar así los cambios, lo positivo y lo negativo, y encontrar de manera evidente la limitación que impide llegar al fin deseado.



## INTRODUCCION

La corte constitucional, decidió avalar hace un par de años, específicamente el 3 de noviembre de 2015 la adopción igualitaria en el país, aceptó que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar, bajo la concepción argumentativa que expone, que no se afecta el desarrollo integral del menor con la adopción por parte de parejas del mismo sexo, con lo anterior las parejas no tradicionales lograron apenas iniciar tramites a fin de adquirir por medio de la adopción un nuevo integrante para sus familias.

No obstante un informe emitido por parte del instituto colombiano de bienestar familiar, evidencia ausencia de eficacia de estos mecanismos de adopción en beneficio de las parejas homoparentales; entre enero de 2017 y septiembre de 2018, solo 11 parejas del mismo sexo lograron adoptar, cifras que difieren frente a la efectividad que se produjo en cuanto a las familias heterosexuales, en el mismo periodo de tiempo estas, obtuvieron satisfactoriamente la adopción de menores, con una cifra de 1430 adoptados.

Lo anterior aplico y se desarrolló en el mismo periodo mencionado anteriormente, el mismo informe expone que en el país hay 9277 niños, niñas y adolescentes que esperaron por ser adoptados, lo cual genera desigualdad; de igual modo se expondrá en el presente trabajo, casos concretos de parejas homoparentales que exponen ser excluidas de los procesos sin argumentación jurídica pertinente alguna, alegan motivos de discriminación, y además no tener herramientas jurídicas a fin de preservar su derecho, la argumentación del instituto colombiano del bienestar familiar, es la falta de idoneidad de en los procesos.

De este modo es pertinente un estudio detallado de los procedimientos que se requieren adelantar ante el instituto colombiano del bienestar familiar, a fin de obtener el aval por parte de las parejas homoparentales y lograr hacerse de manera eficaz de un proceso de adopción

satisfactorio, con un enfoque jurídico amparado en el régimen actual de adopción, con visión crítica frente a las realidades y con el objetivo de responder los objetivos generales y específicos que se plantearan más adelante en el presente texto.

Sera entonces uno de los objetivos esenciales, en la presente monografía, analizar a minucia el procedimiento que se debe lleva a cabo ante esta autoridad y observar si efectivamente como se ha manifestado por parejas homoparentales hay irregularidades, en caso de existir, responder el planteamiento jurídico siguiente: ¿Es procedente la acción de tutela, para atacar las decisiones de las autoridades que intervienen en los procesos de adopción por motivos de discriminación frente a parejas homoparentales?.

El enfoque es hacia la discriminación y se direcciona en el cómo combatirla, ¿es procedente la acción de tutela en defensa de los intereses de los menores que se ven afectados en las diferentes esferas sociales por la discriminación Homoparental, como ocurre en los contextos educativos y en general en todos aquellos ámbitos de esparcimiento?

¿Procede la acción de tutela para combatir el rechazo que experimentan los menores, al no permitírseles efectuar relaciones sociales con otros menores de familias heterosexuales que por el estigma se les prohíbe compartir con menores pertenecientes a familias homoparentales, siendo esta una de las formas de discriminación hacia familias no tradicionales?

¿Es procedente la acción de tutela frente a estos casos de discriminación?, y si lo es, ¿en qué condiciones aplica?, ¿Es procedente la acción de tutela en beneficio de las familias homoparentales cuando por discriminación son rechazadas de los diferentes movimientos ideológicos, religiosos católico-cristianos?, ¿No es acaso una forma de discriminación?

¿Es procedente la acción de tutela para atacar decisiones de instituciones católico-cristianas que rechazan la inscripción de menores provenientes de familias homoparentales?, ¿Procede la acción de tutela frente a esta forma de discriminación, aun sabiendo que el avance jurídico

prohíbe toda clase de discriminación, y otorga a estas familias igualdad de derechos, frente a las demás tradicionales?, son estos y algunos otros, los cuestionamientos que han de analizarse en el presente texto monográfico, los mismos que serán agrupados en un solo problema jurídico, a fin de darle dirección específica a la investigación que se adelantara.

Es evidente que luego de haberse presentado avances históricos legales, que equiparan en derechos a las diferentes formas de familias, y que les otorgan las mismas oportunidades en las diferentes esferas sociales, laborales y de educación, continúan de diferentes formas los ataques discriminatorios para estos sectores de la población, lo cual impide un desenvolvimiento social tranquilo y armónico, y una estabilidad emocional, laboral y social de los mismos.

Como se mencionó anteriormente, el análisis de la presente monografía se enfoca en las diferentes formas de discriminación frente a este sector de la población y en responder jurídicamente en qué casos procede la acción de tutela en procura de los derechos fundamentales de estos grupos, al tratarse de una vulneración evidente, protegida por el derecho interno y el internacional relacionado específicamente con la discriminación.

Para ello, como se ha dicho, se requiere del estudio y del análisis de la jurisprudencia, de la doctrina, de los procedimientos que se deben adelantar ante el instituto colombiano de bienestar familiar de adopción, en casos actuales de familias perjudicadas, en la constitución, en la ley y por supuesto en los diferentes regímenes que regulan la acción de tutela, para saber si es este un mecanismo idóneo a fin de defender los intereses antes mencionados, y descubrir o señalar de una manera adecuada en qué casos y condiciones es procedente la acción a fin de atacar las diferentes formas de discriminación que aún se continúan presentando.

Por otra parte, el derecho internacional, ha encaminado sus tareas a fin de erradicar toda forma de discriminación; Colombia ha integrado en su ordenamiento jurídico constitucional, disposiciones internacionales a través del bloque de constitucionalidad, formalmente ha



articulado con el texto constitucional normas y principios que apoyan la erradicación de todas las formas de discriminación que puedan presentarse.

Convenios internacionales sobre la eliminación de todas las formas de discriminación ha sido ratificados por Colombia y por tanto hacen parte de la constitución para integrarla y fortalecerla, por lo que es indispensable de manera analítica observar, estas disposiciones internacionales a fin de sustentar la protección que ha de materializarse.

Llegado a este punto vale la pena determinar la metodología que se empleó para el desarrollo del presente trabajo; el método es concebido como el camino adecuado para lograr un fin determinado, por lo que se estudian los diferentes tipos de metodologías de la investigación, para encontrar el conjunto de procedimientos lógicos e idóneos que articulen a fin de resolver las cuestiones esenciales del presente trabajo.

Se descarta la Metodología que se funda en la investigación científica, también llamada “método científico”, teniendo en cuenta que el mismo requiere de un tema que no se haya explorado previamente, como también de formulación de hipótesis que han de ser sometidas a experimentación para llegar a constituirse en las llamadas “teorías ciencia de certeza”.

Por otra parte, se prescinde de la idea de utilizar diferentes tipos de métodos como los de medición, teniendo en cuenta que no se trata de profundización numérica, de valores, proporciones o cifras y se exoneran a su vez los descriptivos cuantitativos, toda vez que no es de interés recopilar datos concretos como estadísticas.

En consecuencia fue pertinente emplear la metodología cualitativa, dado que lo perseguido es la recopilación de información que tiene como objetivo describir un aspecto en lugar de medirlo; la investigación cualitativa busca profundizar en el tema para obtener información sobre las

motivaciones, los pensamientos y las actitudes de las personas, estos datos aportan un conocimiento profundo a partir de las preguntas que se plantean en la investigación siempre sobre un caso concreto y plenamente determinado.



## CAPITULO I

### AVANCES JURIDICOS DE PROTECCION EN MATERIA DE IGUALDAD DE DERECHOS

#### *“Posiciones, Teorías y jurisprudencia”*

A fin de realizar una breve reseña de la materia, debe expresarse que incalculables han sido los escenarios en los cuales personas con orientación sexual diversa han sido reprochados, discriminados y estigmatizado por sectores de la sociedad, que de una u otra forma atacan su estabilidad social, emocional, laboral y en general menoscaban de manera flagrante su calidad de vida.

Si bien es cierto, el mundo de lo jurídico avanza, las decisiones de los estudiosos del derecho mutan en beneficio de las nuevas condiciones sociales y de las realidades, toda persona nace libre e igual ante la ley, postulado que se estableció bajo el gobierno del terror de Robes Pierre en la revolución francesa y se plasmó de manera histórica en la declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano.

Lo cual fundamento innumerables decisiones de los estados y de los acuerdos convenios y tratados que se surtieron entre los mismos, en caminados a garantizar ese principio universal por medio del cual ha de excluirse toda clase de discriminación por cualquier índole.

Con base en ello, surge el interés de adelantar procesos investigativos a fin de fijar de manera detallada las maneras en como aun hoy en día se incurre en discriminación con un enfoque concreto, frente a parejas homoparentales en los diferentes escenarios de la vida en sociedad.



El tema versa sobre el alcance que tiene la acción de tutela en procura de los derechos fundamentales de estos sectores minoritarios de la población, consiste en determinar en qué casos podría utilizarse esta herramienta jurídica en defensa de aquellos intereses constitucionales y legales de las familias homoparentales, teniendo en cuenta que no es un tema que se encuentre de manera integral regulado.

Es evidente el menoscabo de los derechos fundamentales protegidos por la carta magna del 91 para estos grupos, por ello es pertinente identificar con precisión, como interviene la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales que se relacionan con el tema en mención.

La intención es con seguridad examinar a detalle si es la acción de tutela un mecanismo eficaz que aplique en la actualidad para garantizar un tratamiento idóneo de las garantías constitucionales, legales y fundamentales de las familias homoparentales; de serlo enlistar en casos aplica y de qué forma los afectados podrían eventualmente acudir a este mecanismo en defensa de sus intereses.

Se cuestiona en temas relacionados con los procesos de adopción de familias homoparentales, de igual modo en temas relacionados con la discriminación de menores en instituciones educativas que se encontraron sujetos a un proceso de adopción Homoparental que ha resultado exitoso.

Así mismo en asuntos que versen sobre la exclusión efectuada por familias heterosexuales con relación a familias homoparentales, en concreto a cada uno de sus miembros, en temas relacionados con la discriminación laboral y en general con todos aquellos escenarios en los cuales estos grupos se ven afectados y en como la acción de tutela en los diferentes casos podría apoyarles.

Así mismo es menester relatar un recorrido de posiciones y teorías, vale la pena decir que la constitución política de Colombia integra en su articulado disposiciones que indispensablemente deben ser citadas para al objeto de estudio, en consecuencia, el artículo 13 de la carta, conserva la siguiente disposición:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”

Lo anterior permite trazar un módulo de arranque que permite aclarar el sendereo que ha de transitarse con el presente trabajo monográfico, un camino de igualdad y de no exclusión por ninguna índole, en sustento a lo establecido en la carta política del 91, siendo esta la línea de iniciación del estudio del presente documento.

Por otro lado, los pronunciamientos de la corte constitucional, se han convertido en un mecanismo idóneo de primera mano, que garantizan de manera plena, todos y cada uno de los derechos de las personas con identidad de género diversa.

Por lo que se han sentado importantes líneas jurídicas relacionadas con temas como el matrimonio igualitario, la adopción igualitaria, los derechos de las personas homosexuales entre otros, precedentes que las diferentes instancias de la administración deben respetar, no obstante, hay dependencias que no aplican de manera integral los lineamientos planteamientos por la corte constitucional, planteamientos que protegen la identidad de género diversa; la intención es que se adelante un respeto por parte de las diferentes dependencias nacionales y distritales a fin de garantizar la aplicabilidad efectiva de las decisiones emitidas por la corte constitucional.

La dirección de diversidad sexual, considera de gran importancia iniciar diálogos con profesionales expertos en el tema y con los administradores de los entes territoriales a fin de promover mecanismos de acción de las dependencias distritales de tal forma que respeten a los sectores de identidad sexual diversa y esencialmente sus derechos fundamentales, protegidos por la constitución, la jurisprudencia y la ley.

El Doctor Carlos Alberto López Cadena, abogado de la universidad externado de Colombia y especialista en derecho constitucional comparado de la universidad autónoma de Madrid, plantea que la corte constitucional no es garante de manera integral de los derechos amparados por la misma que benefician a las comunidades de identidad sexual diversa, para este autor una de las barreras es el desequilibrio estatal y social.

Argumenta que lo que existe realmente es un tema de moral y de dignidad, la corte constitucional no cuenta con herramientas efectivas que garanticen el goce pleno de los derechos de estas comunidades, lo que sucede en la práctica para este tratadista, es que en últimas son los jueces quienes resultaran definiendo o resolviendo todos y cada uno de los casos puntuales que se presenten respecto de estos sectores de la población.

Para el, una de las principales limitaciones que impide avanzar en estos temas de aceptación es la presencia de la iglesia católica, estando inmersos entonces de manera constante en un ambiente de luchas y posiciones en el cual las nuevas generaciones van creciendo y van adquiriendo prejuicios sociales, los cuales les impiden todo tipo de posibilidad de reflexión y de avance conforme al respeto que ha de materializarse respecto de estos grupos sociales.

Lo anterior contribuye al desequilibrio social, que de una u otra forma la corte constitucional ha ido atacando, vale la pena decir, que el derecho en cuanto al cambio social, no es mucho en lo

que pueda intervenir, se considera en el planteamiento teórico del autor antes mencionado, que es la educación una de las herramientas efectivas a fin de garantizar que los menores que crecen en los nuevos ambientes, lo hagan en cauces de tolerancia y de aceptación.

Por otro lado, se argumenta que han de crearse o adelantarse, políticas públicas enfocadas a desarrollar el planteamiento deseado, toda vez que hay lugares sitios o dependencias donde no existen. Lo anterior conforme al desequilibrio social, no obstante, se evidencia una segunda forma de desequilibrio, es aquella que se manifiesta por parte del estado, el desequilibrio estatal.

Se presenta por que la concepción es que la corte constitucional y los jueces son quienes deben solucionar la problemática, aun así, se debe decirse que en general todos los órganos del estado son garantes de derechos, de la inclusión que debe darse frente a estos grupos de familias diversas, por lo que el tema requiere del apoyo de diferentes instituciones, como también del legislador.

Por otra parte, uno de los aspectos que impide el avance sistemático y efectivo de la no exclusión, la igualdad y el respeto, es el desequilibrio normativo, teniendo en cuenta que la intención es garantizar los derechos de estos sectores a través de la tutela, la cual no determina con exactitud bajo qué condiciones procede o conforme a qué posición debe fallar un juez de tutela.

De otro modo una postura teórica distinta argumenta que no se presenta una regulación específicamente determinada y los pocos casos que han solucionado discusiones en torno a esta problemática, lo hacen de manera particular, los pronunciamientos no son de carácter general como los haría un legislador.

Se ha dicho en el mundo de lo jurídico, que las sentencias de las cortes, en este caso de la corte constitucional, tienen fuerza vinculante o efectos jurídicos vinculantes, no obstante en tratándose

de sentencias y decisiones de tutela, existen fallos en la armonía de las mismas, para este investigador pueden haber 150 sentencias que hablan en favor de la población de familias diversas, y otras 100 que lo hacen en contra; lo cual genera un desacierto jurídico, no se conoce entonces de manera cierta, específica y segura bajo qué condiciones opera la acción de tutela en favor de los intereses de estos grupos vulnerables y vulnerados de la población.

En Colombia, se vive bajo el modelo del código y de la ley, es la única manera de saber el camino por medio del cual se deben cruzar los límites del respeto y del derecho, por lo anterior es de suma importancia determinar el alcance de este mecanismo constitucional denominado acción de tutela, en guarda de los derechos de las poblaciones objeto de estudio.

Por otra parte, haciendo un tránsito por esta teoría de ausencia de protección por parte de la corte constitucional frente a la aplicación de sus mismos fallos, debe analizarse lo relacionado con el precedente constitucional; ¿si existen diferentes fallos de la corte constitucional que generan fuerza vinculante, como pueden entre ellos atacarse o desvirtuaren?

Si es la acción de tutela el mecanismo idóneo o ha de serlo al menos en cauces legales, como ha de solucionarse el problema por medio del cual se atacan las diferentes decisiones de tutela entre sí?, a cuales de estas sentencias hay que acudir?, habría entonces que hacer el trabajo de la corte constitucional y examinar cada una de estas decisiones de tutela, para saber cuál de ellas se lograría montar en una línea jurisprudencial que tenga carácter vinculante absoluto con relación al contexto en el cual se desarrolla.

El procedimiento consiste en determinar en cuál de estos cambios jurisprudenciales se genera la línea jurisprudencial, a manera de ejemplo, la corte constitucional en el año 1994 se pronunció por el respeto a la igualdad de la población LGBTI, abandono su postura en los años 96 y 98, la



retomo en el 2003 y la repitió en el 2007, por lo que la sentencia hito determinante, aquella que genera precedente judicial, en el caso antes planteado es la del año 1994.

Como se puede ver en la línea jurisprudencial y en las diferentes decisiones que se tomaron al respecto, puede evidenciarse que hay una posición que predomina sobre las demás, aquella que aboga por el respeto de la población LGBTI, y se planteó de manera inicial en el año 1994, se retomó en el 2003 y se repitió en el 2007, por lo que la del año 1994 será la sentencia hito determinante, aquella que generara el precedente de ahí en adelante.

No obstante, a fin de materializar los derechos actuales de las poblaciones, deberá entonces hacerse un análisis de esta línea jurisprudencial, en materia de igualdad, para saber de qué forma se genera el precedente judicial, el mismo que tendrá fuerza vinculante a fin de proteger a las comunidades en mención.

Lo anterior es un trabajo que debe hacerse a fin de responder el problema jurídico principal de la presente monografía; cómo opera la acción de tutela para atacar las diferentes formas de discriminación que afectan a familias homoparentales.

## CAPITULO II

### POSTURA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE PROTECCION A LOS INTERESES DEL MENOR

#### *“Derecho fundamental de los niños a tener una familia”*

Indiscutiblemente debe iniciarse el recorrido, por un momento clave de la historia colombiana en materia de constitucionalidad; para iniciar dicho tránsito de línea jurisprudencial se tiene como punto de partida la sentencia C-683 – 2015, la cual corresponde a una demanda de inconstitucionalidad en materia de adopción por parejas del mismo sexo, sentencia que se resolvió por medio de constitucionalidad condicionada.

Se encontró en dicho pronunciamiento que la adopción de niños permitida exclusivamente para parejas heterosexuales, presentaba una violación clara y evidente de diferentes derechos fundamentales; de manera breve vale la pena recordar el análisis sobre el cual versa la temática desarrollada en la mencionada sentencia.

Corresponde a una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64,66 y 68 de la ley 1098 de 2006, por el cual se expide el código de infancia y adolescencia y contra el artículo 1 de la ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

Sergio Estrada Vélez que actúa como accionante quien hace parte de la clínica jurídica en teoría general del derecho de la universidad de Medellín, considera que las expresiones demandadas vulneran los artículos 13,42 y 44 de la constitución, de igual modo, la convención sobre los derechos del niño y a la convención americana sobre derechos humanos.



Considera que previamente se ha hecho énfasis de protección en el derecho que tienen las parejas homosexuales a ser tratadas en igualdad de condiciones, no obstante, considera que no se ha tenido en cuenta el interés prevalente del menor representado en el derecho a tener una familia, considera que este debe ser prevalente.

Teniendo en cuenta que la adopción es uno de los mecanismos de protección de los menores; de este modo no puede analizarse el tema solamente desde el punto de vista de la igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales, es pertinente que se observe desde una perspectiva de protección a los derechos fundamentales del menor, derechos que tienen a tener una familia.

De este modo se desconoce entonces el derecho de los menores a tener una familia, siendo este un derecho prevalente; se señala que los apartes demandados infringen la constitución, toda vez que vulneran la igualdad por falta de protección al interés prevalente del menor en situación de adoptabilidad, representado en su derecho a tener una familia.

Se demanda por que se incurre en una omisión legislativa que desconoce la igualdad, que desconoce el interés prevalente del menor en los procesos de adopción y en el derecho a tener una familia, vale la pena recordar que la adopción es el principal mecanismo de protección para los menores en situación de adoptabilidad.

Se plantea en la sentencia el siguiente problema jurídico: ¿Si los niños huérfanos son titulares del derecho fundamental a tener una familia y pueden ejercerlo a través de la adopción solicitada por una pareja heterosexual, existe alguna razón que impida que puedan ser igualmente adoptados por parejas homoparentales, máxime cuando estas constituyen familia según la sentencia C 577 de 2011?

Se sostiene a fin de responder dicho interrogante que no existe condición alguna que permita afirmar que un niño adoptado por una pareja heterosexual está en condiciones diferentes a aquel adoptado por una pareja del mismo sexo; no obstante, la circunstancia de abandono, la necesidad de afecto, de educación y la carencia de un núcleo familiar si son comunes a todo niño huérfano.

Por lo que al demandar se considera que no existe criterio razonable alguno para restringir los derechos del menor a tener una familia; si la adopción es el mecanismo de protección principal para el niño huérfano, limitarlos en posibilidades de adopción por una pareja del mismo sexo implica una violación de derechos principales de los niños en condiciones de adoptabilidad.

Si las parejas del mismo sexo pueden constituir familia y los menores tienen el derecho fundamental a ella en virtud del interés superior del menor, no existe razón para impedir que puedan ser adoptados por parejas del mismo sexo, se indica en los fundamentos de la demanda que no existe un régimen que regule la adopción de menores por parejas del mismo sexo.

Por lo que se atacan las disposiciones mencionadas al inicio del presente capítulo, teniendo en cuenta que son excluyentes, toda vez que no integran mecanismos de adopción para parejas del mismo sexo, por lo que se afecta el interés prevalente del menor y en consecuencia su derecho fundamental consagrado en el artículo 44 de la constitución política a tener una familia.

Es menester en el desarrollo de la presente monografía analizar también la situación desde una perspectiva constitucional, por lo que fue pertinente estudiar el artículo 44 de la constitución nacional, el cual relata de manera determinada cuales son los derechos fundamentales de los niños; además de la vida, la integridad física, la salud, la alimentación, el nombre y la nacionalidad, es un derecho fundamental de estos tener una familia.

Como se ha podido evidenciar la sentencia busca proteger de manera integral este derecho fundamental que por diferentes razones se ha venido vulnerando; razones que se han expuesto anteriormente en el presente capítulo y son fuente de investigación para responder los planteamientos jurídicos y objetivos anhelados en el presente trabajo.

Se considera en los fundamentos que dieron motivación a la sentencia, que la adopción es entendida como una medida principal que protege al menor; además, un mecanismo eficaz de garantía constitucional que protege el interés superior fundamental a tener una familia; por lo que el problema no se debe solucionar a partir exclusivamente de la protección de las parejas del mismo sexo, sino también, dentro de los criterios de protección del menor.

Se establece que este tratamiento desigual no solo es eso frente a las parejas homosexuales y heterosexuales, es también un déficit preocupante de protección al derecho de los menores a tener una familia; las normas demandadas establecen que las parejas heterosexuales solo pueden adoptar o que uno de los miembros de la pareja pueden adoptar al hijo de la otra, lo cual evidencia la exclusión que se presenta frente a las posibilidades que podrían tener eventualmente las parejas del mismo sexo para hacerlo.

Se observa la vulneración del derecho fundamental de los menores a tener una familia, sea o no está Homoparental; vale la pena recordar que las parejas del mismo sexo fueron reconocidas como familia en la sentencia C 577 de 2011, pronunciamiento que se analizara en apartes posteriores del presente trabajo monográfico, siendo indispensable para sustentar los avances jurídicos que han surgido en torno de la materia.

Llegado a este punto, el corte constitucional fijo de una manera específica cual ha de ser el problema jurídico que deberá analizarse con relación a los planteamientos propuestos por el

accionante; lo que determino, es que el enfoque constitucional ha de ser diferente, lo que tendrá que resolverse es el siguiente planteamiento jurídico:

¿Las normas que regulan el régimen legal de adopción en Colombia al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción, vulnera el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral?

Para dar respuesta a la problemática la corte abordó tres ejes temáticos principales, por una parte, el interés superior del menor a tener una familia y la adopción como medida de protección, de igual modo, la adopción por parejas del mismo sexo valorando las experiencias del derecho comparado, la evidencia científica y finalmente el examen constitucional de las normas demandadas.

La corte precisó, que los procesos de adopción están orientados a fortalecer y promover el derecho fundamental de los menores a tener una familia, busca brindarles a aquellos que se encuentren en situación de abandono, la posibilidad de pertenecer a un grupo familiar, y asegurar su desarrollo integral, por lo que los mecanismos de adopción se encuentran directamente relacionados con el derecho fundamental a tener una familia.

Expreso la corte constitucional, que el fin no es proveer a una familia de un niño, es brindarle a un niño una familia, por lo que el interés superior del menor es el eje central del análisis constitucional en el presente caso.

Por otra parte, ¿si el tema versa sobre el interés superior del menor, dicha expresión a que hace alusión?; implica que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás,

que son el futuro del pueblo, en ellos se encuentran las aspiraciones sociales, la esperanza de un mañana mejor y al ser sujetos de mayor vulnerabilidad se valoran de especial protección.

Para realizar una interpretación adecuada de las normas debe elegirse aquella interpretación que satisfaga de manera efectiva el interés superior de los niños, lo anterior, en consonancia con lo mencionado anteriormente, teniendo en cuenta que estos son sujetos de especial protección.

Implica que a su favor debe implementarse un trato preferente por parte de la familia la sociedad y el estado; inmersos en un contexto familiar, ha de garantizarse el desarrollo integral y armónico de los menores, por lo que se les debe proveer una familia, en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así se les permita desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

Como se ha mencionado anteriormente, el interés o lo que se pretende, no es dar un niño a una familia, sino una familia a un niño que la necesita y además que tiene derecho a ella; de este modo, es de indiscutible importancia que la corte analice si al promoverse un proceso de adopción por parejas de orientación sexual diversa, se está afectando el desarrollo integral del menor.

La corte ha debido realizar una investigación amparándose en el derecho comparado, vale la pena recordar que el derecho comparado es un método de estudio del derecho, se funda en la comparación de los distintos ordenamientos jurídicos para dar solución a los casos planteados.

En este caso una revisión del derecho comparado permitió a la corte afirmar que muchos estados han autorizado la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo; estas decisiones se fundaron en iniciativas legislativas o en decisiones judiciales; en países de Europa, Norteamérica y Oceanía, se reconoce la adopción por parte de las parejas del mismo sexo.

Se ha aceptado como un hecho científico que no resulta contrario al interés general del menor crecer en un entorno homoparental, en los diferentes países el reconocimiento ha venido de la mano de decisiones judiciales, las mismas se han fundado en estudios, según los cuales no hay afectación del interés superior del menor al crecer en una familia homoparental.

En países como Chile para generar decisiones en torno de la materia, se adelantaron estudios científicos por la asociación americana de psicología, en los cuales se encontró que las aptitudes de padres o madres homosexuales, son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales.

De igual modo, que el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de niños y niñas criados por padres homosexuales, son comparables a los de los niños criados por padres heterosexuales, por lo que la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños con sus padres.

La orientación sexual no afecta el desarrollo de los niños en materia de género, respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, es importante anexar que la orientación sexual de una persona se encuentra directamente relacionada con el concepto de libertad, todo ser humano tiene la posibilidad de autodeterminarse y de escoger las circunstancias que le dan sentido a su existencia conforme a sus propias convicciones.

Lo que ha podido observarse en el transcurso del presente capítulo, es el acento que ha tenido el estigma social en la aceptación que ha de darse respecto de estos cambios, el rechazo por la imagen de familia normal y tradicional que con el paso del tiempo se gestó en la memoria colectiva del pueblo.

La concepción de creer que un niño tiene la necesidad de crecer en una familia estructurada normalmente y apreciada en un medio social, la no aceptación de las familias excepcionales, de



los nuevos estereotipos de la misma y la no aceptación de la familia no tradicional forma un camino de cuestiones importantes en el presente trabajo monográfico.

Toda vez, que no es la ciencia ni el derecho los creadores de prejuicios sociales en torno a la materia, la afectación real se evidencia y se ampara en el estigma social, lo que genera discriminación que no es sancionada.

A manera de conclusión, frente al estudio y los resultados del derecho comparado, se determina que el interés superior del menor siempre ha estado presente en las discusiones legislativas y judiciales, las mismas que definen la posibilidad de adoptar por personas y parejas del mismo sexo.

Se concluye que el interés superior del menor no se ve afectado por la aceptación en torno a la posibilidad de que las parejas del mismo sexo lo adopten, caso contrario, conciernen en especificar que con ello se cumple el objetivo de otorgar al menor la posibilidad de crecer en una familia, de desarrollarse integralmente, de vivir en armonía, de realizarse como persona y de avanzar en el camino de la vida de una manera más segura.

No obstante, las autoridades deben garantizar la idoneidad de las familias adoptantes, que sean estas capaces de otorgarle al menor seguridad, alimentación e integridad.

La evidencia científica indica que la adopción por parejas del mismo sexo, no compromete ni afecta el interés superior del menor, aquellos criados por familias heterosexuales y aquellos criados por familias homosexuales, cuentan con las mismas capacidades cognitivas, familiares y sociales.

Por otra parte, los estudios presentados ante la corte constitucional en el proceso en mención coincidieron en un mismo aspecto. Como resultado se obtuvo que no se presentan efectos negativos que comprometan la salud, el bienestar o el desarrollo integral de los menores de edad al ser adoptados y pertenecer a una familia compuesta por parejas del mismo sexo.

Los estudios realizados fueron analizados de manera detallada por el ministerio de salud y de la protección social, no obstante, la pesquisa de adelantó de igual modo por el instituto colombiano de bienestar familiar, y por otras entidades facultadas de manera idónea como la universidad de Antioquia, específicamente la facultad de medicina.

El ministerio de salud y de la protección social se pronunció de la siguiente manera “No existe evidencia de que la adopción por parejas del mismo sexo afecte el bienestar y la salud física o mental del menor. La orientación sexual de los padres es indiferente para el desarrollo cognitivo y social”

Continúa diciendo que “El bienestar de los menores se ve afectado, pero por factores diferentes como la situación económica o las malas relaciones en el grupo familiar, que nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres, pero la mayor afectación que podrían sufrir los menores proviene del estigma derivado de la normatividad restrictiva y de la sociedad.

Amparados en este aspecto debe decirse que aquello relacionado con el reproche o la discriminación es el motivo por el cual se adelanta la investigación en el presente trabajo monográfico.

Por otra parte, el ministerio de salud y de la protección social expuso que el desarrollo de los menores con padres heterosexuales y homosexuales es similar. Finalmente dispone que la adopción de parejas del mismo sexo, contribuye a mejorar el bienestar de los menores tanto la

adopción de parejas heterosexuales. La corte constitucional considero que adquieren un carácter importante en cuanto a la relevancia que debe tenerse al analizar un concepto.

Las manifestaciones emitidas por el ministerio de salud y protección social, y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, revisten de solidez y alta credibilidad, pues se tratan de entidades públicas de un alto nivel en la materia. De todo lo anterior se concluyó en el debate por parte de la corte constitucional, que la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa no afecta el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud mental.

Tampoco ha de interpretarse con el hecho de crecer en una familia Homoparental pueda afectarse el desarrollo armónico e integral del menor; de este modo la corte manifiesta en su decisión que las parejas del mismo sexo que previamente constituyen como familia, se adhieren a la normatividad existente en materia de adopción.

Por lo mismo, no ha de presentarse ningún tipo de situación que excluya de alguna manera la intervención de estas en la posibilidad que tienen de hacerse a un proceso exitoso o satisfactorio de adopción.

Lo anterior, tiene como objeto poner de manifiesto como los avances normativos en la materia abogan por la eliminación de todas las posibles formas de discriminación frente a las familias diversas.

Se expone como entidades investigativas de alto nivel consideran que el verdadero perjuicio es el estigma de una sociedad que aún no acepta cambios inevitables y que con el tiempo continúan destruyendo la moral y la calidad de vida de estos sectores de la población. Como se ha

podido observar, lo importante de este trabajo monográfico es aquello que se relaciona con la afectación real que ataca a las familias homoparentales.

En pocas palabras aquello que se relaciona con el estigma social, la discriminación y con la vulneración que de manera flagrante se evidencia en contra de derechos fundamentales y en cómo se manifiesta la omisión normativa o los vacíos normativos en torno a la regulación que debería existir de manera eficaz para hacer frente a la problemática, reducirla y lograr un desenvolvimiento armónico en la materia.



### CAPITULO III

#### LINEA JURISPRUDENCIAL A PARTIR DEL RECONOCIMIENTO OTORGADO

#### BAJO LA SENTENCIA C-683-2015

##### *“Aplicación de la decisión en torno a la materia”*

A manera introductoria en el presente capítulo vale la pena enunciar que uno de los objetivos principales e indispensables del presente trabajo monográfico es realizar un recorrido jurisprudencial en materia de familias diversas y de las garantías constitucionales y legales en beneficio de ellas.

Para lograr enfocar el tema en un periodo concreto de tiempo, se fijó en el capítulo anterior como punto de partida, la manifestación otorgada por parte de la corte constitucional en la sentencia C-683 del 2015.

No obstante, la aplicación del derecho en procura de las familias homoparentales ha tenido que ser exigida por medio de mecanismos o herramientas idóneas para defender los derechos fundamentales que se recogen en la problemática. Por lo que la acción de tutela cumple un papel trascendental a la hora de materializar los derechos adquiridos por parte de las familias diversas.

Es importante recordar que las disposiciones emitidas por las altas cortes generan lo que denominamos en el mundo jurídico el precedente judicial, y no es otra cosa que una fuente formal de creación del derecho, manera por medio de la cual emana lo jurídico y no precisamente del órgano legislativo, sino por soluciones que se adoptan frente a determinados casos, específicamente en los tribunales de altos rangos, es decir, en las cortes.

Por lo que es indispensable fijar la línea jurisprudencial que se ha venido adoptando luego de la decisión del 2015 tratada en el capítulo anterior al analizar las decisiones de las cortes en materia de tutela en procura de los intereses de las familias diversas.

Esto para saber de manera concreta como se ha pronunciado el tribunal y encontrar de una manera tangible herramientas para lograr la defensa de los nuevos casos de discriminación que se continúan presentando, toda vez que el ciudadano de a pie no es abogado, este no conoce y no tendría que conocer de manera específica la jurisprudencia emitida por la corte. Manifestaciones o sentencias que podrían utilizar para defender su propia causa, sus propios intereses; por medio de los casos solucionados de manera previa ante la corte constitucional.

Lo anterior cobra importancia cuando estos grupos minoritarios encontrarán en la presente monografía, jurisprudencia que podrán utilizar con base en el precedente judicial para su propio beneficio en defensa de sus intereses vulnerados. Esto hace que sea importante el análisis de la línea jurisprudencial en torno a la materia.

En consecuencia, pondremos de manifiesto los antecedentes más relevantes en materia de tutela expuestos en la sentencia T-196 de 2016, siendo una sentencia de tutela que operó en reconocimiento a otra de las sentencias fundamentales en la historia del reconocimiento de los derechos de las familias diversas, concretamente en reconocimiento de la sentencia C-577 de 2011 definida por la corte constitucional, en la cual se sostuvo un criterio que hasta el día de hoy se mantiene.

Y es que el concepto de familia responde a factores socio-afectivos, de manera que indiscutiblemente aquellas familias homoparentales, no solo son familia, sino que gozan de la misma protección constitucional que las heterosexuales. Se les reconoce en Colombia bajo la

sentencia C-577 de 2011 los mismos derechos que tienen las familias heterosexuales para actuar en el mundo de lo jurídico colombiano.

De este modo, continuando con el transito jurisprudencial, la sentencia T-196 de 2016, es una sentencia de protección constitucional a la familia diversa; podemos observar que se da luego de la disposición adoptada por la corte en la sentencia C-683 de 2015.

Quiere decir que con el objetivo de materializar o poner en práctica la función del presente trabajo, el análisis de la línea jurisprudencial en torno de la materia nos encontramos con la sentencia T- 196 de 2016. La corte constitucional ha manifestado a través de su jurisprudencia que, respecto de las familias compuestas por personas homosexuales, se ha presentado un déficit de protección que de alguna forma justificó la intervención del juez constitucional.

La corte ofició al congreso para que fijara un régimen jurídico pertinente en el que se ampliaran e igualaran las garantías jurídicas a estas personas. En otros eventos la corte opto por declarar la asequibilidad condicionada de distintas normas, bajo el entendido de que la protección jurídica de dichas leyes era aplicable a parejas del mismo sexo. Esto en virtud del principio constitucional relacionado con la igualdad.

De la misma forma la interpretación del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia varió con el paso del tiempo, lo que en un principio no era reconocido, luego, principalmente mediante sentencia C -577 de 2011 fue claramente definido por esta corporación, es decir por la corte constitucional.

En dicha sentencia, se sostuvo un criterio que hasta hoy se mantiene, que el concepto de familia responde a factores socio-afectivos, de manera que, indiscutiblemente aquellas

homoparentales no solo son familia, sino que gozan de la misma protección constitucional que las heterosexuales.

En la mencionada sentencia, se fijó la concepción de interés superior de la menor acogida en manifestaciones jurisprudenciales anteriores, para lo cual nos parece pertinente realizar una transcripción completa de las líneas determinadas respecto de la definición, el texto es el siguiente:

El interés superior del menor no impone una obligación diferente a la de reconocer en su favor un tratamiento preferente de parte de la familia, la sociedad y el estado, privilegiándolo con el propósito de su desarrollo integral, ahora los menores ya no se tratan como incapaces, sino que se les reconoce la potencialidad de participar en la toma de decisiones que les concierne en sus vidas.

Así, de ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos, pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades.

Con lo anterior, se inicia el desarrollo de la sentencia que trataremos en el presente capítulo, la sentencia T -196 de 2016, a continuación, se expondrán los antecedentes de la demanda.

En el 2015 Julieta y Camila en representación de su hija menor Lucia, interpusieron acción de tutela contra la registraduría nacional del estado civil, consideraron que debía procederse a la protección de sus derechos fundamentales, en específico la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el derecho fundamental a tener un nombre, una familia y el derecho fundamental de la educación.



Fundamentaron sus pretensiones en los siguientes hechos:

Las accionantes manifestaron que conviven como familia bajo la figura de unión marital de hecho, en el 2014 decidieron tener una hija a través del procedimiento medico de reproducción asistida, por medio del cual Camila quedo efectivamente en embarazo y el 5 de junio del 2015 nació Lucia en la ciudad de Bogotá.

En la registraduría se les indico que en el certificado de nacido vivo debía determinarse el nombre de los padres, lo que sucedió, es que, en ese documento o formato, no existe un espacio para 2 madres, por lo que la registraduría no accedió a la petición de las accionantes, la solicitud fue que en el registro civil de nacimiento figuraran las 2 accionantes como madres, aun así, se les negó la petición.

Tiempo después, la menor fue requerida para someterla a una intervención quirúrgica, pero se requería del registro civil de nacimiento, ante esta urgencia, de que lucía tuviera un registro civil, su madre biológica, accedió a la imposición de la registraduría, por lo que Lucia fue registrada con los dos apellidos de Camila.

Con base en el método investigativo empleado para la elaboración de la presente monografía, se realizó un procedimiento de interpretación textual amparado en la hermenéutica, que obtuvo como resultado una posición que indica que la registraduría fundamenta su decisión en razones discriminatorias, pues la negativa se basa en que son 2 mujeres quienes quieren registrar a su hija.

Nos parece, que de haber sido distinta la situación no hubieran tenido ningún problema en registrarla, por lo anterior solicitan se proteja su derecho fundamental y además el de su hija menor, pretenden así que la registraduría modifique el registro de Lucia para que se inscriba en el mismo a Julieta y a Camila como madres de la menor.

La registraduría se pronunció manifestando que no hay norma expresa para el caso en concreto y para atender cada uno de los casos argumento, que lo que debía seguirse en este caso era el procedimiento de adopción y no el procedimiento directo de registro en su institución.

Llegado a este punto podemos evidenciar de manera ostensible, un caso flagrante de discriminación por parte de la registraduría a la hora de elevar a registro los datos de las 2 madres de Lucia, casos como estos se presentan a diario en dicha institución, por lo anterior, fue importante citar y analizar el antecedente jurisprudencial planteado en la sentencia T – 196 de 2016, a fin de poder utilizarlo en defensa de nuevos casos que cumplan con condiciones similares, actuando por la vía del derecho y del precedente judicial.

Como se ha mencionado, el objetivo principal del presente trabajo es fijar una línea jurisprudencial por medio de la cual personas que se vean afectadas con casos que versen sobre situaciones similares puedan utilizar los análisis planteados en la presente monografía en defensa de sus propios intereses.

Con relación a los aspectos ya planteados, las peticionarias en nombre propio y en representación de su hija Lucia, solicitan la protección de derechos fundamentales de su hija y propios de la familia, como la igualdad, toda vez que la registraduría decidió no registrar a las 2 accionantes como madres de la menor.

Podemos observar para consolidar cambios importantes en materia de tutela y protección de intereses fundamentales a las familias diversas, que, hasta este instante del mundo de lo jurídico, la corte en ninguna providencia anterior se ha manifestado sobre la extensión de la presunción del artículo 213 del código civil el cual reza lo siguiente:

El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho, tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de la paternidad.

En este caso de manera interpretativa puede decirse que las dos señoras se encontraban bajo el régimen de la unión marital de hecho, por lo que se hace indispensable el análisis hermenéutico de la extensión y aplicación que tiene este artículo en el caso concreto, debe resolverse si la registraduría vulnera los derechos fundamentales de las 2 mujeres y de su hija, tras la negativa de registrarlas como madres de la menor.

Es preciso mencionar, que tanto las parejas heterosexuales como las parejas homosexuales, gozan de igualdad de derechos, la ausencia que en algún caso pueda presentarse con relación a la normatividad vigente, puede dar lugar a un déficit de protección el mismo que en caso de materializarse, podría ir en contravía con las disposiciones planteadas en la constitución.

Por esta razón, consideramos que el avance jurisprudencial en materia de constitucionalidad, reinterpreto el artículo 42 de la constitución política, el cual contempla en sus inicios, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, y por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, o por la voluntad responsable de conformarla.

Se puede observar, que la corporación constitucional, desarrolla una reinterpretación del artículo 42 en la sentencia C-577 de 2000, quizás la más importante sobre este asunto, dando la posibilidad a las parejas homoparentales constituirse como familia, de este modo podríamos decir que la heterosexualidad no es la característica predicable de todo tipo de familia como tampoco lo es la consanguinidad.

Podemos ver que las causas para conformar una familia son múltiples, existen también las familias de crianza, las familias homosexuales, las familias surgidas por el matrimonio o por la unión marital de hecho, las familias ensambladas, entre otras, de esta manera, al reinterpretar el artículo 42 de la carta política, más allá de la diversidad sexual que pueda presentarse en personas con inclinaciones sexuales diversas, se les confiere la identidad de familia y el goce de todos los derechos que implica tal denominación.

Nos parece pertinente anexar que el artículo 14 de la constitución de Colombia, establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, es un derecho primario e indispensable para poder ejercer las demás garantías constitucionales, se adquiere la personalidad jurídica por el solo hecho de existir y como tal también se reconocen los atributos propios de ella, como el estado civil, la nacionalidad, el nombre, la capacidad de goce y de ejercicio, el patrimonio y el domicilio.

Se aprecia que indudablemente al no reconocerse por parte de la registraduría, se vulneran una cantidad de derechos que se encuentran implícitos en la misma figura, es decir en la figura de la personalidad jurídica, derechos patrimoniales en materia de sucesión, por ejemplo, entre otros.

En consecuencia, la personalidad jurídica ofrece al titular una identidad frente al estado y la sociedad, que lo hace un sujeto distinto, por tal razón guarda una estrecha relación con el registro del estado civil, toda vez que es un medio para identificar a una persona, contiene los datos indispensables para ello.

El registro del estado civil, es una protección constitucional y legal del derecho a la personalidad jurídica; de esta manera al no reconocerse la misma, entonces se falta a la

normatividad que reglamenta los derechos fundamentales de una persona en específico los derechos relacionados con la personalidad jurídica.

La inscripción en el registro civil es un mecanismo o herramienta que permite probar todo lo relacionado con el estado civil de las personas desde su nacimiento hasta su muerte, de este modo el registro civil de nacimiento constituye una puerta de entrada de los derechos a la realidad, lo cual implica que todo tipo de situación negativa que se desarrolle en torno al registro civil impide la satisfacción general de las demás garantías constitucionales y además puede cercenar para el interesado el derecho al nombre y a la familia.

En ese orden de ideas si la corte constitucional reconoció en igualdad de derechos a las familias heterosexuales y homoparentales, para ser padre y madres de los menores, es apenas lógico que la misma corporación obligue a la registraduría a garantizar que el nombre y el apellido de estas parejas homosexuales registren o sean consignados en el registro civil de nacimiento del menor.

De esta forma consideramos idóneo, referenciar un caso resuelto por el tribunal que cuenta con características similares registrado en Medellín, desarrollado por la sentencia SU 696 de 2005, 2 hombres actuaron en representación de sus 2 hijos en contra de la registraduría, consideraron que la decisión de negarse a inscribir a sus hijos en el registro civil de nacimiento vulnera los derechos fundamentales de estos como la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación.

Para la corte los notarios debieron realizar el registro sin demora alguna, tras un examen profundo de la validez de los documentos de registro que presentaron los padres.

En conclusión, la corte constitucional ordeno tutelar los derechos fundamentales de las accionantes en particular de la menor Lucia, Determino que con la actuación de la registraduría nacional del estado civil se lesionaron los derechos fundamentales de las actoras y de la menor de edad, toda vez que con su negativa privaron a la infante de su derecho a tener una familia legalmente reconocida por el estado colombiano.

Además, la privaron de su derecho a la personalidad jurídica negándole tener en su nombre el apellido de sus 2 madres, la corte en este caso ordeno no solamente corregir el registro civil de nacimiento de la menor, sino que ordeno elaborar un formato de registro en el que se especificara claramente que en las casillas destinadas para el nombre de padre y madre se podía en todos los casos incluir el nombre de 2 hombres o de 2 mujeres cuando quiera que las circunstancias lo ameriten.

Los anteriores, son casos que se evidencian de manera constante en el transcurso de los registros que se llevan a cabo en dicha institución, la sentencia analizada e interpretada, tutela los derechos de las familias diversas, frente a la posibilidad de registrar sin restricción alguna los nombres de 2 mujeres o de 2 hombres actuando como padres de un menor.

Lo anterior conforme a la igualdad de derechos que se les ha reconocido en el marco de familias diversas, por lo que la jurisprudencia entonces cumple un papel importante al momento de proteger los intereses adquiridos para estos grupos de familias, en consonancia con ello, se genera un precedente para que en los demás casos los notarios y en específico las registradurías actúen conforme a derecho, evitando vulneraciones a los derechos fundamentales y constitucionales de las familias homoparentales.

## CAPITULO IV

### LA LINEA JURISPRUDENCIAL NO HA SIDO SIEMPRE PACIFICA

*“La norma Superior, al estar escrita en un lenguaje de valores, principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos”.*

Para continuar por el estudio de avances jurídicos en materia de protección a los intereses reconocidos a las familias diversas, hoy constituidas como familia desde el punto de vista legal, dando paso a la investigación se encuentran nuevas posiciones en torno de la materia, de manera específica en el año 2016, bajo manifestaciones pronunciadas por la corporación constitucional.

Para lo cual se hace necesario el estudio de la sentencia SU 214 de 2016, toda vez, que, en aplicación del principio de la hermenéutica constitucional del derecho, es de irrefutable importancia registrar en el presente trabajo monográfico, el contenido jurídico y de evolución, que recoge el mencionado precedente jurisprudencial.

Para este caso, los señores Luis Felipe Rodríguez y Edward Soto, solicitan al juez de tutela el amparo de sus derechos fundamentales, a la protección de la familia, la dignidad humana, el desarrollo de la personalidad, la personalidad jurídica, el debido proceso, la seguridad jurídica, la igualdad, entre otros.

Amparados en los siguientes hechos, los actores expresan que presentaron ante la notaria 4ta de Cali, solicitud para celebrar matrimonio civil, la notaria rechazo la solicitud argumentando que carece de competencia constitucional para autorizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, sostuvo que el congreso no ha legislado sobre la materia.

Por lo que los actores decidieron formular acción de tutela en contra de la mencionada decisión, considerando que con ella se vulneran sus derechos fundamentales, con un trato discriminatorio por tener una orientación sexual diferente a la heterosexual.

Se obstaculiza la posibilidad y la capacidad de estos para conformarse como familia, fue de importancia el análisis de la presente sentencia, toda vez que, se presentan aun luego de pronunciamientos claros por parte de la corte en condiciones de igualdad para estas familias diversas, falta de armonía o de aplicación en cada uno de los casos de manera concreta.

En el avance por la línea jurisprudencial que estamos analizando, son relevantes las posiciones de la corte constitucional en torno de la materia, por lo que es menester observar las características a detalle del fallo de tutela que se analizará a continuación.

Los accionantes, aseguran que la solicitud cuenta con todos los requisitos de procedibilidad contemplados para el caso, se amparan en la sentencia C-577 de 2011, que les reconoció la posibilidad de conformarse como familia, abogan, por los intereses adquiridos en dicha sentencia, es decir, por todos aquellos relacionados con el matrimonio igualitario.

La superintendencia de notariado y registro, solicito al congreso de la república para que legislara sobre las uniones de parejas del mismo sexo, de este modo poder actuar en el ejercicio de la prestación del servicio público de notariado conforme a derecho.

De acuerdo a lo anterior, se resolvió que no existía razón para tener en cuenta como criterio auxiliar la parte motiva de la sentencia C 577 de 2011, argumenta la corte constitucional que para la fecha el congreso de la república no expidió ley alguna que regulara las uniones entre parejas del mismo sexo.



Por lo que se desestima la vulneración a los derechos fundamentales de los accionantes; la corte constitucional en la sentencia C 577 de 2011, reconoció la existencia de un déficit de protección frente a la conformación de uniones de parejas del mismo sexo, no es menos cierto que el órgano constitucional declaró exequible la expresión “un hombre y una mujer”, contenido en el artículo 113 del código civil el cual reza lo siguiente:

“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

No obstante, el congreso de la república no legislo conforme a la materia, por lo que en la fecha en que sucedieron los hechos la notaria 4ta de Cali actuó conforme a derecho, en consecuencia, es evidente que la solución de los casos no ha sido pacífica, vale la pena aclarar que la sentencia SU 214 de 2016 es una sentencia de unificación en materia de tutela.

Por lo que recoge diferentes casos que articulan con la materia, los mismos que serán analizados en el presente documento a fin de informar cómo se han venido gestando los avances que han surgido en relación con la evolución de los derechos otorgados a las parejas del mismo sexo.

Si bien es cierto la corte constitucional ha reconocido de diferentes maneras la igualdad de derechos para los diferentes tipos de familia, observamos en casos como este que en algún momento faltó la articulación entre las diferentes instituciones para lograr la materialización efectiva de los derechos de estos grupos.

Las soluciones en materia de tutela por parte de la corte constitucional no han sido pacíficas, en esta decisión la corporación constitucional se inclinó en favor de un formalismo jurídico, se

amparó, en la falta de legislación que existe en el caso por parte del congreso en la medida que no fue posible encontrar la regulación adecuada para desentrañar el conflicto.

En los capítulos anteriores, la línea jurisprudencial en materia de tutela de intereses a las familias diversas, se inclinó siempre en favor de estas, en virtud de la presente sentencia, se aprecia que la corte constitucional resolvió desestimando la vulneración de los derechos de los accionantes.

Por considerar que el congreso no expidió ley alguna con relación a la regulación que debían tener las uniones entre parejas del mismo sexo, fue preferente el concepto resolutivo de la corte, para tener como preponderante un contexto formal y legislativo que prevaleció sobre los intereses fundamentales de las parejas del mismo sexo.

La intención del presente trabajo monográfico es poner de manifiesto los cambios jurisprudenciales que han surtido en la materia, teniendo en cuenta que la línea ha sido pacífica, pero la corte constitucional, procura de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, ha procurado siempre la igualdad, la transparencia, la imparcialidad y la evolución hacia un camino real de no discriminación por razones de orientación sexual.

El caso planteado anteriormente hace parte de los expedientes acoplados en la sentencia de unificación 214 de 2016, en específico se trata del expediente T – 4.117.863, a continuación, abordaremos nuevos casos indispensables para poder observar el avance de la línea jurisprudencial en materia de tutela de protección a familias diversas.

Con base en lo anterior se estudiarán los fundamentos jurídicos del expediente T 4.189.649, el cual contiene aspectos de importante relevancia para el estudio de la materia.

El señor Gustavo Trujillo Cortes, actuando en su calidad de procurador judicial, de la procuraduría general de la nación, reclama al juez de tutela el amparo del derecho fundamental al debido proceso, solicita que se declare la nulidad de la actuación adelantada por el juzgado 48 civil municipal de Bogotá, mediante la cual se aceptó la solicitud de celebración de matrimonio formulada por los señores Julio Alberto Borbón y William Alberto Castro.

El accionante manifiesta que al juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá fue allegada la solicitud de matrimonio radicada por los señores antes mencionados, la cual fue admitida y contestada fijando fecha y hora para la celebración de la ceremonia, una intervención del ministerio público formulo oposición a la solicitud de matrimonio civil presentada, sin embargo, el juzgado desestimo la intervención de la procuraduría como ministerio público y fijo fecha para la celebración del matrimonio.

En consecuencia, el actor formulo acción de tutela alegando la defensa de los derechos fundamentales de la ciudadanía, especialmente del debido proceso, el procurador accionante sostuvo que el juzgado incurrió en una irregularidad procesal al acoger la solicitud de matrimonio entre la pareja del mismo sexo.

Cuando la corte constitucional en la sentencia C 577 de 2011 ordeno otra clase de contrato, por lo que el accionado asumió competencias que no le eran atribuidas y vulnero el debido proceso.

El accionante argumenta que el funcionario accionado actuó en un asunto sobre el cual no tenía competencia, añade que la corte constitucional nunca señalo la posibilidad de formalizar un matrimonio civil entre parejas del mismo sexo,

A groso modo, es importante anexar que se el funcionario encargado de decidir, tutelo el derecho al debido proceso solicitado por la procuraduría general de la nación, así, se le ordeno al accionado inadmitir la solicitud de matrimonio para ser tramitada como un simple vínculo contractual entre parejas del mismo sexo.

Sostuvo, que ni la ley ni el precedente judicial contenido en la sentencia C 577 de 2011, autorizan para celebrar un matrimonio entre parejas del mismo sexo, por lo que para este despacho se incurrió en un defecto procedimental al haber tramitado una solicitud que no encuadra en los requisitos legales.

Logra observarse, que, aunque la sentencia C 577 de 2011 otorga la posibilidad a los diferentes modelos de familia de constituirse como tal, se presenta un déficit de armonía en cuanto a la articulación que debe existir entre las diferentes instituciones para materializar los derechos adquiridos por parte de estos grupos en la mencionada sentencia.

Los pronunciamientos no fueron acordes entre ellos, por este periodo de tiempo se presentaron fuertes obstáculos que impidieron la materialización efectiva de los derechos fundamentales de estos grupos, formalismos que la ley no regulo, y que dieron lugar a la no aplicación de los derechos fundamentales reconocidos a las familias diversas.

Los anteriores son casos que permiten apreciar la inseguridad jurídica que ostenta la materia, se faltó al debido proceso para el funcionario encargado de decidir, tramitando una solicitud de matrimonio elevada por parejas del mismo sexo que no estaba regulad, aun, cuando de manera previa se les había reconocido el derecho a conformarse como familia.

De este modo podría decirse, que en algunos casos los formalismos prevalecieron por encima de los derechos fundamentales de estos grupos, por tal razón, se pone de manifiesto la

problemática y se inicia una pesquisa a fin de fijar la solución que se adelantó para hacer una mengua efectiva a la incertidumbre.

Como se ha podido observar, se han analizado casos que permiten conocer a minucia la forma en cómo se desarrollan los diferentes aspectos relacionados con la materia, acto seguido se estudiaran los presupuestos jurídicos del expediente T 4.309.193 el cual contiene aspectos de gran importancia para continuar con el avance jurisprudencial motivo del presente documento.

El señor William Alberto Castro, Interpuso acción de tutela solicitándole al juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales, específicamente la protección al derecho del debido proceso, la igualdad y la personalidad jurídica.

La solicitud consiste en que se le ordene a la registraduría nacional del estado civil la inscripción de su matrimonio civil celebrado con el señor Julio Albeiro Cantor, el accionante contrajo matrimonio civil con el señor Cantor, ante el juez 48 civil municipal de Bogotá, se presentó a la notaria 3ra de Bogotá para registrar la referida unión, pero recibió respuesta negativa a su solicitud.

Le expresaron que necesitaba un certificado especial expedido por el juez 48 civil municipal de Bogotá ordenando a la notaria expedir el registro, acto seguido realizo el trámite de solicitud del certificado especial, frente a lo cual el juez le comunico que en la notaria solo se requería del acta de matrimonio, la cual ya había sido expedida.

En consecuencia, se presentó ante la registraduría auxiliar de Teusaquillo para registrar el matrimonio y nuevamente recibe respuesta negativa, toda vez que la solicitud no cumplía los requisitos establecidos por la legislación para estos efectos.

El accionante argumenta que la negativa de las entidades accionadas afecta sus derechos fundamentales, tales como la igualdad debido a que la registraduría nacional, ha dado trámite a solicitudes de registro de matrimonios entre parejas del mismo sexo en otros lugares del país.

Llegado a este punto encontramos como decisión de única instancia un fallo mediante el cual se concedió la protección de los derechos fundamentales invocados; se consideró, que el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, realizado por el juez 48 civil municipal de Bogotá, se constituyó en una orden judicial.

Con el fin de incidir en el estado civil del accionante y del ciudadano con el cual se celebró el referido matrimonio, por lo cual, la registraduría y la notaria se encontraban en la obligación de acatar esa orden y, en consecuencia, de registrar el matrimonio.

Vale la pena observar como la Línea en materia de decisión en unos casos se inclina en favor de los formalismos, de trámites que no se equiparan en igualdad de valores frente a los derechos fundamentales de los accionantes, en los casos anteriores, prevalece el formalismo jurídico frente a la protección del derecho fundamental de la familia diversa.

En este caso cambia nuevamente la línea para dar preponderancia a los derechos fundamentales de los accionantes, por encima de los formalismos, se evidencia que el curso en materia de decisión ha variado en los diferentes casos presentados, por lo cual, se estudiarán nuevas decisiones a fin de encontrar pasividad en la línea.

## CAPITULO V

### CONTRATOS INNOMINADOS PARA CELEBRAR UN VINCULO JURIDICO

*“Dirección de la vía jurídica en la materia”*

Con Base en los anteriores capítulos y fundamentados en los aportes jurídicos que otorgaron a la estudiada materia, se considera pertinente responder el siguiente problema jurídico: ¿Celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo en lugar de una unión solemne innominada configura una violación del artículo 42 de la carta política?

Para ello, es menester acudir nuevamente a los pronunciamientos de la corte constitucional a fin de resolver de manera clara y hallar soluciones que permitan desentrañar la problemática y fijar un camino que conlleve a la seguridad jurídica y no a una simple expectativa reconocida en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, como lo es en el caso de la sentencia C 577 de 2011.

La cual reconoció derechos dejando vacíos normativos que, con el paso del tiempo en el mundo de lo jurídico, generaron zozobra e inseguridad jurídica, como se pudo observar en la interpretación de los textos amparados en la hermenéutica que se realizó en los casos estudiados en los capítulos que preceden.

La corte constitucional frente al derecho a contraer matrimonio civil en condiciones de igualdad, ha manifestado que toda persona es digna, libre y autónoma para constituir una familia, sea de forma natural como en el caso de la Unión Marital de Hecho o por medio de una unión solemne, como opera en el matrimonio Civil.



Por otra parte, ha considerado que los contratos innominados mediante los cuales se pretende solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo al ser de pecaríá naturaleza jurídica, no suplen del déficit de protección identificado en la sentencia C 577 de 2011.

Se puede apreciar que la corte constitucional, en este sentido ha sido clara, desarrollar o adelantar los trámites relacionados con el matrimonio civil por medio de un contrato innominado e informal, no preserva los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, no pone de manifiesto una protección real, que pueda aplicarse en el mundo del derecho, para la corte constitucional no es una herramienta idónea para corregir los problemas que surgen en cuanto a la materia.

Así mismo, la corte constitucional en la sentencia de unificación 214 de 2016, fue enfática al ordenarle a los jueces de la república, a los notarios y a los registradores del estado civil, que, al momento de adoptar sus respectivos actos judiciales, notariales o registrales, deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, brindándoles a todos un igual trato.

Argumentan que los jueces que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, fundados o amparados en la sentencia C 577 de 2011, lo hicieron conforme a derecho en un contexto constitucional y sus pronunciamientos han de ser acatados, expresan de manera clara que los registradores no pueden negarse a inscribir en el registro civil, un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo.

Manifiesta que los notarios públicos deben celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, para terminar su pronunciamiento en torno de la materia, sostienen que un juez de la republica viola de manera directa la constitución, cuando anula un matrimonio igualitario.



De este modo, la corte constitucional ampara los derechos fundamentales de las familias diversas, y fija por medio de la sentencia SU 214 de 2016, un camino claro y transparente que lleve a la línea jurisprudencial a un desarrollo jurídico armonio y seguro, para tratar los demás casos que han de surgir en el contexto de nuestra materia.

Aboga de manera evidente, por los intereses de las familias diversas en el marco del matrimonio igualitario, en el capítulo siguiente se tomarán los aspectos de mayor relevancia extraídos del estudio realizado conforme al tema, para determinar de manera conclusiva los planteamientos jurídicos adelantados por la corte constitucional, encaminados a preservar los derechos fundamentales de las familias homoparentales.

Con ello, estarán facultadas para utilizar los mencionados fallos jurisprudenciales, en cualquier proceso que se adelante que verse sobre aspectos similares en el país, utilizando dichos pronunciamientos como precedente judicial, a fin de que sus casos se resuelvan en armonía con las decisiones adoptadas por una de las altas cortes en materia de constitución.

Para fundamentar su decisión la corte constitucional expresa, que el matrimonio no se determina o no debe determinarse por quienes lo conforman, sino por la finalidad; el objetivo constitucionalmente perseguido por el matrimonio, es constituir la familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad; Por lo que los fines del matrimonio no se limitan estrictamente a la sexualidad o a la procreación, sino a la consolidación de lazos de convivencia que permitan conformar familia.

De este modo vale la pena decir, que la jurisprudencia constitucional en materia de intereses protegidos a familias diversas, puede determinarse en 4 etapas; la primera etapa, está conformada por sentencias en las cuales es negado el reconocimiento de los derechos a la familia, a la seguridad social en salud y pensiones, toda vez que las relaciones entre parejas del mismo sexo no contaban en materia de igualdad de derechos con las mismas condiciones que las heterosexuales.

Para ir fijando el curso jurisprudencial en materia de protección a intereses de familia diversas, puede decirse que en la primera etapa se niega todo tipo de reconocimientos de derechos de familia a la familia diversa; acto seguido podemos seguir que la sentencia C 075 de 2007, se manifiesta en relación con la protección otorgada a la familia diversa respecto de las uniones maritales de hecho.

Teniendo en cuenta que se les reconoce a estas la posibilidad de vincularse mediante la figura contemplada en nuestro ordenamiento jurídico como unión marital de hecho; en este sentido, se les reconoce no solo la posibilidad de unirse bajo el vínculo ya mencionado, sino que se anexa al reconocimiento todo tipo de derechos relacionados con las sociedades patrimoniales.

Por lo que se deriva el reconocimiento que corresponde a la sociedad patrimonial y se extiende a otros derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno, lo anterior conforme a la sentencia C 075 de 2007, Pronunciamiento que consideramos importante citar por su aporte a la materia, luego de ello, fijamos en la línea de tiempo en materia de jurisprudencia la tercera etapa reconocida por la sentencia C 577 de 2011.

Manifestación que les concede la facultad a las familias homoparentales de constituirse como familia, no obstante; en el desarrollo del capítulo anterior se pudo observar el déficit de seguridad que se desarrolló respecto de la materia, en relación con los formalismos que estuvieron ausentes y vulneraron intereses fundamentales y los derechos fundamentales mismos.

En la siguiente etapa considerada como la 4ta en el presente documento, se establece la posibilidad de llevar a cabo trámites de adopción por parejas del mismo sexo, garantizándoles su derecho fundamental a tener una familia, teniendo en cuenta el interés superior de los niños protegido por la carta política.

En armonía con la sentencia SU 617 de 2014 y la sentencia C 071 de 2015, que versa sobre las solicitudes que se presenten de adopción cuando recaigan sobre el hijo biológico de su compañero o compañera permanente; la sentencia C 683 de 2015, fue indispensable en la presente monografía, toda vez que protege el acceso igualitario a la adopción homoparental, y se funda en la concepción que indica, que no existe razón alguna que justifique un trato diferenciado para las parejas del mismo sexo.



## CONCLUSIONES

Luego de realizar el estudio de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y de materiales formales que en algunos casos han abordado la materia, encontramos pertinente fijar de manera conclusiva los aspectos más relevantes que se obtuvieron de la mencionada pesquisa.

Con fundamento en lo anterior, fue necesario plantear una línea de tiempo que parte del 2011, considerando que, a partir de dicho periodo, se empezaron a gestar cambios en materia de protección a los intereses de la familia diversa, por lo que fue imprescindible el estudio de la sentencia C – 577 de 2011.

Bajo la sentencia C 577 de 2011 se reconoce que el concepto de familia responde a factores socioafectivos, de manera que, indiscutiblemente aquellas familias homoparentales no solo son familia, sino que gozan de la misma protección constitucional que las heterosexuales, se les reconocen los mismos derechos que tienen los demás tipos de familia para actuar en el mundo de lo jurídico.

El avance jurídico en la materia, permitió apreciar que los cambios surgen a fin de eliminar toda forma de discriminación que pueda afectar a las parejas del mismo sexo, y fortalecer a la familia constituyendo esta, los cimientos de una sociedad duradera y a los menores en su derecho a pertenecer a ella, teniendo en cuenta que sus intereses son prevalentes sobre los demás.

La adopción es la única herramienta que logra en los menores que se encuentran en situación de adoptabilidad hacer parte de un núcleo familiar y al ser un interés superior se encontró que debe predominar sobre cualquier forma de discriminación, o prejuicio social que ataque a la materia.

Por lo que luego de amplias discusiones y discrepancias, se superó la concepción de familia tradicional, para otorgar a las familias diversas la posibilidad de hacerse a un proceso de adopción efectivo, no solo en protección a sus propios derechos, sino considerando que los menores deben prevalecer con su derecho a tener una familia.

Conclusiones como estas, son pieza fundamental en el cauce de avances que ha de sufrir nuestra legislación en materia de no discriminación, por lo que a fin de fijar de manera concreta el precedente, el planteamiento mencionado se impone de manera flagrante en la sentencia C 683 de 2015.

Pronunciamiento que no desarrollo el tema exclusivamente desde el punto de vista de la igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales, sino que lo analizo, desde una perspectiva activa en pro de los intereses fundamentales de los menores en condiciones de adoptabilidad, no encontrando razón alguna para impedir que una pareja homosexual pueda adoptar.

Argumentando por medio de investigaciones ciencia y del derecho comparado, que no hay ninguna clase de menoscabo en la salud del menor o en su desarrollo mental y social que impida adelantar los procedimientos en materia de familia, de este modo, no hay razón para que las normas que regulan el régimen legal de adopción excluyan a las parejas del mismo sexo, de la posibilidad de participar en los tramites.

Vale la pena recordar, que la intención no es darle a una familia un niño, es darle a un niño una familia, lo anterior implica, que debe dárseles un trato preferente por parte de la sociedad, la familia y el estado.

Por otra parte, se encontró por medio de estudios científicos adelantados por la Asociación Americana De Psicología, que las aptitudes de padres homosexuales son equivalentes a las de padres heterosexuales y que el desarrollo psicológico y emocional de los menores criados por ambas familias es igual.

De igual forma, pudo observarse a lo largo de la investigación, que el verdadero prejuicio es el estigma social, es la no aceptación de diferentes sectores de otro modelo familiar, es el reproche moral que no ha podido ser asimilado como diversidad, Maxime, cuando el ordenamiento jurídico colombiano ha inclinado el curso por aires de respeto e igualdad.

Es apreciable que no es la ciencia, ni tampoco el derecho los creadores de prejuicios sociales entorno de la materia, la afectación real se evidencia y se ampara en el estigma social, generando inseguridad jurídica al momento de aplicar los fallos de las cortes, como pudo observarse en el adelanto de los anteriores capítulos.

Del mismo modo, se encontró que la sentencia T 196 de 2016 siendo una herramienta de protección a la familia diversa, materializo lo dispuesto en pronunciamientos anteriores que protegen los derechos de las familias homoparentales a fin de constituirse como familia y de elevar a registro la información relacionada con el mismo, en igualdad de condiciones frente a las familias heterosexuales en las diferentes notarias y registradurías del país.

De manera breve es importante enunciar que el caso versó sobre una familia en la cual dos mujeres deciden por medio de procedimientos de reproducción humana asistida tener una hija y luego de nacer, no pudieron registrar de manera idónea sus nombres en el registro civil de nacimiento que expide la registraduría.

Teniendo en cuenta que esta les negó la posibilidad de hacerlo argumentando que en el certificado de nacido vivo debía presentarse el nombre del padre y de la madre, al no haber la posibilidad de referenciar los nombres de las dos mujeres; entonces la registraduría no podía acceder a sus pretensiones, lo cual vulnera de manera evidente el derecho a la igualdad, a la no discriminación y por supuesto a la familia.

Tiempo después bajo una urgencia médica Camila la madre biológica se vio en la obligación de registrar a la menor con sus dos apellidos para poder responder a la necesidad que se le presentaba; con base a lo anterior adelantaron el trámite correspondiente ante la jurisdicción constitucional al fin de buscar un pronunciamiento que ordene a la registraduría inscribir en el registro civil de nacimiento de la menor, los nombres de las dos mujeres madres de la misma.

Tras la negativa de la registraduría a elevar a registro los datos de las dos madres se vulnera también el derecho fundamental a la personalidad jurídica capacidad que tiene toda persona de actuar en el mundo de lo jurídico y de constituirse como una persona capaz de contraer obligaciones y de aplicar conforme a sus derechos los intereses que se le reconoce por el único hecho de ser persona.

De manera conclusiva vale la pena decir que la corte constitucional reconoció en planteamientos jurisprudenciales analizados anteriormente, a las parejas homoparentales la facultad de constituirsen como familia y de gozar en igualdad de condiciones de todos los derechos que implican tal denominación.

Respecto del caso planteado se resolvió tutelar los derechos de las demandantes y se le ordena a la registraduría modificar el registro civil de nacimiento de la menor a fin de amparar los derechos de las partes involucradas, lo anterior en consonancia con la sentencia C 577 de 2011 y demás pronunciamientos que reconocen a estas los intereses alegados.

Al reconocerles la posibilidad de constituirse como familia es apenas lógico que la registraduría deba adecuar todo su andamiaje operacional a fin de materializar los fallos dedicados a la mencionada materia.

De este modo se observa que las disposiciones de la corte constitucional relacionadas con la protección a familias diversas han sido suficiente como fuente del derecho para que las demás instituciones articulen de manera armónica con estas decisiones y se materialice de una manera efectiva lo recopilado en ellas.

De esta manera la registraduría y en concordancia con ella las notarías del país, deben contar con herramientas suficientes y pertinentes para elevar a registro en los casos que sea solicitada la inscripción de dos madres o de dos padres respecto de un menor.

Por otra parte, al analizar la sentencia SU 214 del 2016, se encontraron cambios significativos en materia de armonía en las decisiones jurisprudenciales de la corte constitucional teniendo en cuenta que esta sentencia recoge diferentes casos que con el paso del tiempo desarrollaron la materia.

En primera medida se observó que la corte constitucional en algún momento se inclinó para dar prevalencia a los formalismos jurídicos frente a los derechos fundamentales mismos; en uno de los casos se aprecia que dos hombres intentaron registrar su matrimonio civil y no les fue permitido.



Se alegó que el congreso de la república en su momento no había legislado conforme al régimen que debía aplicarse a las parejas del mismo sexo en su intención de conformarse como familia a través de la figura del matrimonio.

Por lo anterior se les negó a los dos varones la oportunidad de registrar su matrimonio, la corte constitucional decide en este caso no tutelar los derechos fundamentales de los accionantes alegando que efectivamente en su momento el congreso de la república no había legislado de manera concreta el régimen por medio del cual debía regularse la unión matrimonial entre parejas del mismo sexo por lo que la parte accionada había actuado conforme al derecho.

En ese orden de ideas, se encuentra en algunas secciones de la línea jurisprudencial materia de estudio, la misma no ha sido estable, se han presentado vacíos en la regulación de la materia, que de forma evidente han menoscabado intereses fundamentales de la familia diversa, como se aprecia en el caso analizado anteriormente, en el cual primó el formalismo sobre el derecho fundamental.

Por otra parte, el expediente T 4.309.193 pone de manifiesto una situación en la cual la registraduría no accede a desarrollar el trámite de registro del matrimonio civil de 2 varones, argumentando que no está facultada para realizarlo; en consecuencia, la corte constitucional decide tutelar los derechos de los 2 varones, expresando que el matrimonio celebrado ante un juez de la república es una orden judicial y la registraduría debe proceder a registrarlo.

En este punto, a manera de conclusión puede observarse que la línea jurisprudencial materia de estudio, cambia nuevamente su sentido para proteger los intereses de las familias homoparentales que prevalece esta vez sobre los formalismos jurídicos ausentes para tal evento en el derecho.

Por lo anterior, es factible decir, que la línea jurisprudencial analizada partiendo del pronunciamiento generado en el 2011, no ha sido pacífica, las decisiones se han visto plagadas de incertidumbre e inseguridad al presentarse ausencia de un régimen específico que regulé todo aquel procedimiento relacionado, con la adopción, el matrimonio y en general con el concepto de familia que busca protegerse respecto de la familia diversa.

En consonancia con lo anterior, se estudió la sentencia SU 214 de 2016, y se encontró que la corte es enfática al ordenarle a los jueces de la república, a los notarios y a los registradores el estado civil, que deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, acordándoles a todos un igual trato.

En ese orden de ideas, los notarios quedan facultados para celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo, posición que se logra luego de un amplio debate en los despachos y que pone de manifiesto el avance que se continúa gestando en nuestra república con relación a la materia.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional en materia de intereses protegidos a familias diversas puede determinarse en cuatro etapas, la primera etapa, esta conformada por sentencias en las cuales es negado el reconocimiento de los derechos a la familia, a la seguridad social en salud y pensiones, toda vez que las relaciones entre parejas del mismo sexo, no contaban en materia de igualdad de derechos con las mismas condiciones que las heterosexuales.

La segunda etapa se fija con fundamento en la sentencia C 075 de 2007, la cual se manifiesta en relación con la protección otorgada a la familia diversa en cuanto al reconocimiento que les da la facultad de unir sus vínculos, por medio de la figura de la unión marital de hecho.

Se les reconoce no solo la posibilidad de unirse bajo el vínculo ya mencionado, sino que, se anexa al reconocimiento todo tipo de derechos relacionados con las sociedades patrimoniales.



En consecuencia, se fija en la línea de tiempo materia de jurisprudencia, la tercera etapa reconocida por la sentencia C 577 de 2011, manifestación que les concede la facultad a las familias homoparentales de constituirse como familia.

La cuarta etapa, establece la posibilidad de llevar a cabo trámites de adopción por parejas del mismo sexo, garantizando el derecho a tener una familia, teniendo en cuenta el interés superior de los menores protegido por la carta política, en armonía con la sentencia SU 617 de 2014 y la sentencia C 071 de 2015.

Finalmente, la sentencia C 683 de 2015, fue indispensable en la presente monografía, teniendo en cuenta que protege el acceso igualitario a la adopción homoparental y se funda en la concepción que indica que no existe razón alguna que justifique un trato diferenciado para las parejas del mismo sexo.



## BIBLIOGRAFIA

- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-683-15.htm>
- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-196-16.htm>
- <http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/511/EVOLUCION%20JURISPRUDENCIAL.pdf;sequence=1>
- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>
- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>
- <https://digitk.areandina.edu.co/bitstream/handle/areandina/2384/EI%20reconocimiento%20del%20modelo%20familiar%20homoparental%20que%20se%20desarrolla.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- [http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/2125/1/Linea\\_Jurisprudencial\\_Parejas\\_Sexo\\_Constitucional\\_Hernandez\\_2014.pdf](http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/2125/1/Linea_Jurisprudencial_Parejas_Sexo_Constitucional_Hernandez_2014.pdf)
- <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v14n2/v14n2a08.pdf>
- <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/85/tesisjds.pdf?sequence=1>
- [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas\\_Vol9\(1\)Completa.pdf#page=61](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas_Vol9(1)Completa.pdf#page=61)
- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>

