

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-28 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 1 de 33 |

PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE LA DETERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DEL HIJO ADOPTIVO POR PARTE DE PAREJAS CONFORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO

STEPHANY RUIZ CASTAÑO

E-mail: stephanyflorez1@hotmail.com

LEIDY JOHANA ZAPATA BARRERA

E-mail: ljb1997@hotmail.com

DAVID ANTONIO SOTO SOTO

E-mail: david2885@icloud.com

2019

Resumen: El presente artículo tiene como propósito reconocer los problemas que se derivan de la determinación de la patria potestad del hijo adoptivo por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo; para ello, se busca partir de la identificación de los criterios jurisprudenciales para la determinación de la condición para la adopción conjunta por parte de compañeros permanentes del mismo sexo; posteriormente se describen las disyuntivas jurídicas que se presentan cuando un niño está bajo el cargo de una pareja del mismo sexo, siendo una de ellas el padre o la madre legítima del menor en materia de filiación y patria potestad; y por último, se señalan los efectos del derecho de custodia y cuidado personal derivado de la patria potestad del hijo adoptivo por parte de esta clase de parejas.

Palabras claves: *Patria potestad, Adopción, Parejas conformadas por personas del mismo sexo, Filiación, Derecho de custodia, Orientación sexual, Libertad de configuración y autoregulación respecto de la crianza.*

Abstract: The purpose of this article is to recognize the problems that arise from the determination of the custody of the adopted child by couples formed by persons of the same sex; for this purpose, we seek to start from the identification of jurisprudential criteria for the determination of the condition for joint adoption by permanent partners of the same sex; Subsequently, the legal disjunctives that arise when a child is under the charge of a same-sex couple are described, one of them being the father or the legitimated mother of the minor in matters of filiation and parental authority; and finally, the effects of the right of custody and personal care derived from the parental authority of the adopted child by this class of couples are indicated.

Key words: *Patria potestad, Adoption, Couples formed by people of the same sex, Filiation, Right of custody, Sexual orientation, Freedom of configuration and self-regulation regarding the upbringing.*

INTRODUCCIÓN

Una concepción integral del derecho de familia señala como parte de su objeto la protección cabal de los niños, niñas y

adolescentes. Toda norma jurídica que se refiera al menor de edad, es decir, a su situación jurídica desde cualquier punto de vista, pertenecerá al ámbito del derecho civil y de familia. De esto se ocupa, precisamente,

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 2 de 33 |

este marco proteccionista, que se presenta, además, como no represivo, interesado en dotar a los respectivos organismos de los instrumentos que se requieren para obtener que se reconozcan los derechos de los menores.

Sin duda alguna, debe asegurarse que todos los doctrinantes son unánimes en indicar que el derecho de infancia y adolescencia es un derecho tutelar y proteccionista del menor; si bien es cierto se debe reconocer que, en ese sentido, se protegen igualmente la familia y la sociedad.

Así las cosas, en este trabajo se abordan temas específicos claves dentro del contexto de la protección al menor en cuanto a la adopción y la patria potestad, asuntos éstos que convergen y han sido debatidos ampliamente en la legislación civil

colombiana, pero cuyas repercusiones se evidencian no sólo en el ámbito civil, sino también en el de familia y constitucional.

En nuestra legislación, la patria potestad ha sufrido cambios fundamentales en su campo de acción, como se puede observar al analizar las distintas normas que la han consagrado. Según la redacción original del artículo 288 del Código Civil, “la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Estos derechos no pertenecen a la madre” (Código Civil, art. 288).

La injusticia de la norma anterior (patria potestad sólo en el padre) fue reparada parcialmente por el artículo 53 de la Ley 153 de 1887 que estableció:

La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce al padre

legítimo sobre sus hijos no emancipados. Muerto el padre, ejercerá estos derechos la madre legítima mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias. Los hijos de cualquier edad no emancipados serán hijos de familia y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia (Código Civil, art. 53).

En el año de 1936 se expide la Ley 45, cuyo artículo 13 era de este tenor:

La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Ejerce estos derechos respecto de hijos legítimos, el padre, y a falta de éste, por cualquier causa legal, la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o la madre con relación a ellos, padre o madre de familia (Congreso de la República, Ley 45 de 1936, art. 13).

La misma norma en comento establecía en el artículo 14 que “por regla general, corresponde a la madre la patria potestad

sobre el hijo natural” (Congreso de la República, Ley 45 de 1938, art. 14).

Estas desigualdades fueron corregidas por la Ley 75 de 1968, aunque la confusión de autoridad paterna y patria potestad aún continuaba en los textos legales. Posteriormente, bajo la vigencia del decreto-ley 2820 de 1974 “sobre igualdad de derechos de las mujeres y los varones” conocido erróneamente como Estatuto de la Mujer, la patria potestad está por igual, o mejor, es compartida por los padres legítimos.

Actualmente, el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 complementa la institución jurídica de la patria potestad señalada en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 4 de 33 |

inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de niños, niñas y adolescentes.

Pero el asunto que nos ocupa va mucho allá de la simple referenciarían y fundamentación normativa de la patria potestad, y se enfoca en las diferentes problemáticas que se derivan de su determinación, cuando se trata de parejas conformadas por personas del mismo sexo, relaciones en las cuales los criterios y requisitos de adaptabilidad de un menor han sido cambiantes en los últimos años, en muchos casos se puede tratar de niños, niñas o adolescentes que pueden ser hijos de sólo uno de los miembros de la relación, o de ninguno, o de relaciones anteriores.

Precisamente, se pretende realizar un abordaje de problemáticas concretas en torno

a la patria potestad del hijo adoptivo por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo, dentro de las que se destacan: las limitaciones para adoptar por parte de este tipo de parejas, la determinación de la filiación, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad, la responsabilidad parental compartida y solidaria, la irrenunciabilidad de la patria potestad cuando la pareja se separa, la custodia y el cuidado personal de los hijos, entre otros aspectos.

Este tipo de dinámicas internas en estas uniones genera problemas, más cuando un niño está bajo el cargo de una pareja del mismo sexo, siendo una de ellas el padre o la madre legítima del menor, asunto que exige tener presente el tema de la filiación y la figura de la patria potestad, así como de la custodia y el cuidado personal de los niños,

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 5 de 33 |

niñas y adolescentes en parejas del mismo sexo.

Para realizar este abordaje, se hace necesario tener en cuenta la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional colombiana, identificando para ello desde las primeras sentencias en torno a la posibilidad de adopción para parejas conformadas por personas del mismo sexo (Sentencias T-060 de 1995, C-481 de 1998 y C-098 de 1996), así como los pronunciamientos más recientes sobre la materia que reconocen la adopción a estas parejas (Sentencias C-577 de 2011, SU-617 de 2014 y C-683 de 2015).

De conformidad con los anteriores planteamientos y lineamientos, en el presente ejercicio investigativo se apunta a dar respuesta al siguiente interrogante de investigación: ¿cuáles son los problemas que

se derivan de la determinación de la patria potestad del hijo adoptivo por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo?

1. LA ADOPCIÓN CONJUNTA POR PARTE DE COMPAÑEROS PERMANENTES DEL MISMO SEXO

A la familia la conforman tres elementos; en primer lugar, está la jerarquía entre sus miembros; segundo, la subordinación de estos; y, tercero, la propiedad colectiva. El lugar preferencial, por lo general, lo ocupa el padre, jefe del hogar o cabeza de éste; el trabajo que realiza y que ha realizado para alimentar a su familia le ha otorgado una gran posición en el grupo, creando así sumisión para el resto del grupo. La mujer, por su parte, tradicionalmente, no ha tenido participación en la producción y se ha

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 6 de 33 |

protegido, de manera absoluta, por el marido, y su deber era sólo dedicarse a la crianza y educación de los hijos.

directamente lograda por el derecho, sino que constituye un ámbito de libertad que debe ser protegido de toda inferencia institucional (Corte Constitucional, 1995, T-060).

Es de anotar que el grupo familiar patriarcal protege y retiene al individuo a lo largo de toda su vida y ello se convierte en una subordinación de los miembros del grupo, pues no solamente se nace y se cría en éste, sino que, además, el integrante es instruido para el trabajo.

Los propósitos constitucionales que se relacionan con el núcleo familiar solamente pueden entenderse como medios para alcanzar fines superiores como por ejemplo la felicidad individual o colectiva. En este sentido, el derecho juega un papel preponderante en la construcción de dicho ideal social, aunque su contribución siempre es insuficiente, pues su función es de mediación y no de resultado.

Según la Corte Constitucional:

La familia es un objeto de regulación de enorme importancia jurídica y moral. Sin embargo, el derecho encuentra allí límites claros y precisos a su capacidad reguladora. Las condiciones requeridas para que la familia se constituya en un ideal social e individual son múltiples y sólo una parte relativamente pequeña corresponde al derecho. La familia es ante todo una cultura y una manera de percibir la realidad a través de unos valores específicos. Esta cultura familiar no sólo no puede ser

A congresistas como José Álvaro Sánchez les pareció un absurdo la modificación de la Ley 54 de 1990 por considerarla “no humana, en tanto se basa en desviaciones de la naturaleza” (Rosero, 2007, p. 1), a otros, como Óscar Zuluaga, reconociendo, desde su perspectiva, la condición digna de las parejas

del mismo sexo, supuso peligrosa las consecuencias futuras de la ley, pues para éste “la Constitución no reprime a los homosexuales, pero otra cosa es que se les eleve a carácter de familia... atenta contra la sociedad” (Rosero, 2007, p. 1).

Por otro lado, agrega Rosero (2007), otros congresistas, y aun expresidentes como Alfonso López Michelsen, Julio César Turbay y César Gaviria, le dieron aval a dicha modificación, lo que dio un tinte polémico que dejó entrever las nuevas y viejas maneras de hacer política en Colombia, además de encender un exaltado debate sobre las fronteras ideológicas que existen entre el conservatismo y el liberalismo, que no se había dado en mucho tiempo.

Aunque la ley pretendió ser clara con respecto a que no se trataba de la constitución del matrimonio de parejas del mismo sexo, sino del otorgamiento de derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo ya constituidas, la mayor parte de los argumentos de oposición estuvieron centrados en la defensa de la familia y que esta discusión es apenas el comienzo de dicho reconocimiento, pues “el hombre y la mujer son, por naturaleza, los elementos constitutivos de la pareja humana, además tendiente a la reproducción, cualquier otra forma sería contrariar esa realidad” (Rosero, 2007, p. 1).

La jerarquía católica, a través del presidente de la Conferencia Episcopal Colombiana, Luis Augusto Castro, obispo de Tunja, señaló que respetaba el fallo de la Corte, aunque reiteró que no aceptaba el

| | | |
|---|---|-------------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p> | <p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p> | <p>Código: F-PI-32</p> |
| | | <p>Versión: 01</p> |
| | | <p>Página 8 de 33</p> |

matrimonio entre personas de un mismo sexo. El abogado Víctor Velásquez, por su parte, anunció que presentaría ante la Corte una demanda de nulidad ante el fallo, porque “la Carta Política define muy bien lo que es una pareja, y una pareja no puede estar conformada por dos hombres o por dos mujeres” (Ayeryhoy, 2007, p. 1).

En sí, el temor en diversos sectores era que a futuro se abriera la posibilidad de autorizar el matrimonio gay y la adopción de niños y niñas para estas parejas, por lo que la iniciativa se convertiría en contraproducente, ya que produce, según estos, el debilitamiento de la familia.

Vale la pena mencionar que sólo hasta el 28 de octubre de 2015, a través de la Sentencia C-683 de 2015, la Corte Constitucional colombiana reconoce la

adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo; específicamente, señaló esta corporación que es desigual el tratamiento que el Código de la Infancia y la Adolescencia le da a las parejas del mismo sexo que quieren adoptar un menor, por lo que esta corporación puso al mismo nivel de igualdad dichas parejas; es más, la discusión se centró, especialmente, en que no debe perderse de vista el interés superior del menor y el establecimiento de sus derechos, aunque, en últimas, será el ICBF quien decidirá si una pareja conformada por personas del mismo sexo cumple con todos los requisitos, tanto psicológicos, como morales, económicos, entre otros, para concederles la responsabilidad de adoptar un menor.

El constituyente de 1991, que puso en vigencia la Constitución Política, consagró

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 9 de 33 |

una serie de principios y derechos fundamentales de la persona humana y dentro de esos pilares fundamentales básicos de toda la estructura jurídica introdujo la libre determinación y dignidad de la persona.

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Constitución Política, 1991, art. 1).

El Estado reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como la institución básica de la sociedad (Constitución Política, 1991, art. 5).

De acuerdo con la Sentencia C-221 de 1994, la Carta Política de 1991 tiene su estructura filosófica, libertaria y democrática y no autoritaria y, mucho menos, totalitaria. Tiene que ver esa filosofía con el respeto de

los derechos de los ciudadanos y su primacía frente al Estado. Los derechos del ciudadano son de orden natural, constitucional, legal con respecto a los primeros, siempre y cuando no interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles.

La Corte Constitucional en Sentencia C-481 de 1998 dice al respecto lo siguiente:

Algunos estudios contemporáneos han tendido a sostener que la homosexualidad tienen una base biológica, más específicamente un contenido genético; sin embargo, muchos consideran que las evidencias científicas sobre la determinación biológica del comportamiento sexual no es concluyente, opinan que la orientación y la identidad sexual de una persona son fenómenos muy complejos, que comprenden aspectos muy diversos por los que podría resultar no muy probable que la ciencia llegue algún día a demostrar una determinación genética estricta de la homosexualidad (Corte Constitucional, 1998, C-481).

La Corte Constitucional en Sentencia C-098 de 1996 expresó al respecto de ello que:

La ley no impide de modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las persona a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. El derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos pertenece al campo de su libertad fundamental y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente ni tampoco se genera un daño social. La sexualidad por parte de la pareja y de conjunto reducido de individuos no trasciende a escala social ni se proyecta en valores sustantivos y uniforme de contenido sexual (Corte Constitucional, 1996, C-098).

La Corte Constitucional en Sentencia T-571 de 1992 manifiesta lo siguiente:

Los derechos fundamentales que consagra la Constitución Política son

los que pertenecen a toda persona en razón de su dignidad humana. (...). De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes a la persona, de ahí su carácter de fundamental, ésta los posee desde el mismo momento de su existencia aún de su concepción y son anteriores a la misma creación del Estado, por lo que están por encima de él. (...). La vida, la dignidad, la intimidad, y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter de inalienables (Corte Constitucional, 1992, T-571).

De acuerdo al artículo 13 de la Constitución Política de Colombia:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran 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. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados (Constitución Política, 1991, art. 13).

Como consecuencia de lo anterior en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo, ya que el

| | | |
|---|--|------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 11 de 33 |

derecho a la igualdad está protegiendo su condición sexual como un derecho fundamental, que no admite quebrantos ni siquiera por parte de los entes estatales en ejercicio de sus funciones, muy al contrario, “el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” (Corte Constitucional, 1993, C-537). Además, la sexualidad compromete la esfera más íntima y personal de los individuos, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 15 de la Constitución Política de 1991, que pertenece al campo de su libertad fundamental, y el Estado debe respetarla y hacerla respetar y la colectividad no puede intervenir.

El criterio de lo normal, que era lo reglado por la autoridad y realizado por el poder, de manera impositiva, no deliberativa, es un concepto que está superado en derecho y que

por lo tanto debe trascender a la esfera social para lograr la aceptación de conductas disidentes. A su vez, lo normal exigirá un actuar uniforme, con lo cual las conductas disidentes serán tachadas como anormales y normalmente proscritas del orden primitivamente jurídico, el cual no encuentra ningún asidero dentro de las actuales concepciones jurídicas que están encaminadas hacia la protección a ultranza de las libertades individuales sin desconocer, claro está, los intereses comunes.

La principal providencia aquí a examinar es la Sentencia SU-617 de 2014 del magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, en donde se analiza el caso de una pareja conformada por dos personas del mismo sexo, quienes interpusieron una acción de tutela, a través de apoderado, para solicitar amparo que ordenara a las

autoridades competentes autorizar la declaración judicial del vínculo filial entre las dos accionantes, compañeras permanentes, una de ellas madre biológica de una menor que cohabitaba con ellas.

En otro país las dos peticionarias realizaron una formalización de acuerdo entre ambas sobre futuro hijo; posteriormente, en la ciudad de Medellín realizaron una declaración de conformación de unión permanente. Más adelante, se llevó a cabo la inseminación artificial de donde nació una niña, la cual, desde su nacimiento, cohabitó con las madres, una de ellas la biológica, quienes asumieron su manutención, cuidado y crianza.

En el año 2009 una de ella, la madre no biológica, presentó solicitud de adopción para así conformar el vínculo paterno-filial

entre su hija y su compañera permanente; sin embargo, la Defensoría Segunda de Familia del municipio de Rionegro, en el oriente antioqueño, declaró la improcedencia de dicha petición por varias razones y una de ellas fue, precisamente, porque la legislación no preveía hasta ese entonces la adopción por parte de parejas del mismo sexo, y aunque el Código de la Infancia y la Adolescencia contemplaba genéricamente la adopción de los hijos e hijas por parte del compañero permanente, según dicha entidad la norma debía ser interpretada en el marco jurídico constitucional vigente, de acuerdo con los parámetros hermenéuticos fijados por la Corte Constitucional, pues la Constitución Nacional era clara en señalar que la familia se constituía en aquel momento por el vínculo natural o jurídico entre un hombre y una mujer. Es por ello que debía entenderse que solamente era viable la adopción de los

hijos e hijas del compañero o compañera permanente cuando conformaban una unión heterosexual.

Otra de las justificaciones que dio la mencionada Defensoría fue que no cumplieron con las especificaciones establecidas en el artículo 68, numeral 5, de la Ley 1098 de 2006, el cual se refiere a que la solicitud de adopción debía estar precedida por una convivencia de dos años demostrada del solicitante o adoptante ininterrumpidos; aun así, la entidad accionada decidió negar la petición aún a pesar de haberse demostrado dicho requisito de temporalidad, con ello vulnerando el derecho a la igualdad y el interés superior del niño.

La Corte, al revisar la procedencia de la acción de tutela, encontró que efectivamente las exigencias constitucionales y legales sí se

cumplían para la procedencia del amparo, pues, por un lado, se encontró satisfecho el requisito de la legitimación en la causa por activa, en la medida en que quienes interpusieron dicha acción (las dos accionantes y la niña) eran personas naturales titulares de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados; de igual forma, se cumplió con la legitimación en la causa por pasiva, ya que la acción se dirigió contra la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro, la cual hace parte del ICBF, entidad encargada de adelantar la primera fase del trámite administrativo de adopción y, sobre todo, de recibir la documentación y de determinar el cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales de adopción en Colombia, la cual, a juicio de las peticionarias, quebrantó el ordenamiento superior.

También, según la Corte, se encontró satisfecho el elemento objetivo de procedibilidad, en la medida en que el debate jurídico giró en torno al contenido, alcance y goce de los derechos fundamentales de la menor involucrada, de la madre biológica interesada en el proceso de adopción y de su pareja, quien pretendía la consolidación de la relación filial.

Del mismo modo, también se entendió satisfecha la exigencia de la subsidiariedad, aunque algunos de los intervinientes sostuvieron que existen otros mecanismos judiciales para garantizar el goce de los derechos presuntamente amenazados o vulnerados.

Por último, la Corte entendió satisfecha la exigencia de la inmediatez y a pesar de que la tutela fue interpuesta el 21 de octubre de

2009, ocho meses después de haberse proferido el acto administrativo que, según las demandantes, era la fuente de vulneración de sus derechos, las características del caso demostraron el nexo temporal entre el hecho constitutivo de la presunta vulneración y la presentación de la acción.

Esta regla de carácter especial prevista en el Código de la Infancia y la Adolescencia obedece a la necesidad de asegurar la estabilidad de las parejas que pretenden la adopción conjunta o por consentimiento de un menor, (niño, niña, adolescente) evitando que dos personas declaren un tiempo de convivencia real; frente a este riesgo real, razonablemente el legislador ha limitado el alcance de la presunción de buena fe, para garantizar el interés superior del niño.

| | | |
|---|--|-----------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 15 de 33 |

En materia de adopción, el tiempo de convivencia entre compañeros permanentes se calcula a partir del día en que se suscribe la escritura pública que declara la unión. La Corte considera que aunque la decisión anterior adoptada por la entidad demandada se ampara en una interpretación admisible del derecho legislado, cuando se prohíbe la adopción por consentimiento de menores con una única filiación, por parte de las parejas del padre o de la madre biológica con la que conforman una unión homosexual, y que con el consentimiento del progenitor ha establecido una relación estable, sólida y permanente de afecto y solidaridad con el niño, y ha asumido de manera conjunta con el padre o madre, su crianza, cuidado y manutención, se vulnera el ordenamiento superior.

En el mismo instrumento constan las advertencias del notario sobre las limitaciones a la validez, a la fuerza vinculante y a la eficacia de los acuerdos anteriores. A juicio de la entidad, el artículo 42 de la Carta Política señala enfáticamente que la familia se constituye por el vínculo natural o jurídico entre un hombre y una mujer. Al parecer, como el ordenamiento superior prohíbe cualquier tipo de discriminación fundada en la orientación sexual, la legislación anterior que desconocía los derechos de las parejas del mismo sexo, ha sido derogada o declarada inconstitucional, en materias como el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho, la cobertura del sistema de salud, los beneficiarios de las pensiones, y las obligaciones alimentarias entre compañeros permanentes; ahora gozan de esos derechos que en un comienzo parecían discriminados.

| | | |
|---|---|-------------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p> | <p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p> | <p>Código: F-PI-32</p> |
| | | <p>Versión: 01</p> |
| | | <p>Página 16 de 33</p> |

Con relación al artículo 13 de la Constitución Política que versa sobre el derecho a la igualdad, lo mismo en los derechos humanos internacionales.

Por ello, cuando el artículo 68 del Código de Infancia y la Adolescencia establece que una persona puede adoptar al hijo de su cónyuge o compañero permanente, su alcance debe fijarse en los términos de la propia legislación, y en particular, a la luz de la Ley 54 de 1990, que define tales uniones como las formadas “entre un hombre y una mujer, que, sin estar casadas, hacen una comunidad de vida permanente y singular”.

Finalmente, con respecto a la solicitud que hacen las peticionarias en esta Tutela, se sostiene que la pretensión de las peticionarias para que el juez de tutela ordene directamente la adopción es incompatible con

el procedimiento previsto en el derecho positivo para esta figura, y con el sistema distribución de competencias, pues es al juez de familia a quien corresponde decretar la adopción, después de haber agotado todas las instancias administrativas con fundamento en las cuales se autoriza la conformación del vínculo filial.

Considera la Corte conveniente destacar la necesidad de que los Jueces Constitucionales entiendan los límites que deben observar en el ejercicio de su control judicial, en especial, cuando se trata del respeto de la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos derivado de los principios que encarna esta Democracia.

Se concluye entonces, con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Plena se hace necesario aclarar la salvación

| | | |
|---|---|-------------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p> | <p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p> | <p>Código: F-PI-32</p> |
| | | <p>Versión: 01</p> |
| | | <p>Página 17 de 33</p> |

de voto, formular una aclaración de voto a la sentencia SU-617 de 2014, en la cual la Corte Constitucional revocó las sentencias de tutela expedidas el 4 de noviembre de 2009 por el Juzgado Penal con Funciones de Conocimiento de Rionegro y el 20 de enero de 2010 por el Tribunal Superior de Antioquia, para proteger el derecho fundamental de la niña y de las peticionarias a tener una familia y ordenó al ICBF continuar con el trámite de adopción sin considerar la condición sexual de las accionantes.

La decisión de esta providencia entonces, según las anteriores consideraciones, concedió el amparo del derecho de las accionantes a tener una familia en el marco de la autonomía de la voluntad y del interés superior del niño y ordenó revocar el acto administrativo que declaró la improcedencia

de la solicitud de adopción para que en su lugar se continuara el trámite administrativo previsto legalmente y sin que la circunstancia de que las dos peticionarias fuesen del mismo sexo se convirtiera por sí misma en un obstáculo para la conformación del vínculo filial.

Así las cosas, la decisión adoptada en esta providencia por la sala plena es compartida por todos y cada uno de los magistrados, pues se constituye en un avance significativo para la protección de la familia y, además, consolida la jurisprudencia constitucional en la materia, y sobre todo el precedente que fijó la Sentencia C-577 de 2011, en la cual la Corte reconoció que la garantía otorgada por el artículo 42 Superior comprende las múltiples formas de familia que existen en la sociedad. Es más, esta declaración es un gran avance, en la medida en que se señala y se

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 18 de 33 |

pone en práctica la inviolabilidad de la autonomía, la honra y la dignidad de toda la familia, amparando el derecho de los menores que crecen en el seno de una familia conformada por dos personas del mismo sexo a continuar recibiendo su amor y cuidados y a no ser separados de ella por razones de discriminación.

2. DISYUNTIVAS JURÍDICAS QUE SE PRESENTAN CUANDO UN NIÑO ESTÁ BAJO EL CARGO DE UNA PAREJA DEL MISMO SEXO

Para realizar la discusión sobre las disyuntivas jurídicas que se presentan cuando un niño está bajo el cargo de una pareja del mismo sexo es necesario tener en cuenta lo preceptuado por el ICBF en el Concepto 7 de 2018, en donde se buscó abordar la problemática que existe cuando un niño que

se encuentra a cargo de una pareja conformada por personas del mismo sexo y una de ellas es el padre o la madre legítima del menor.

De esta manera, es preciso partir de un primer elemento de dicho problema y es el abordaje de la noción de la filiación y la figura de la patria potestad; al respecto, se establece que:

La filiación consiste en la relación que existe entre padre o madre hijo o hija, y hace parte del derecho a la identidad de las personas, en la medida que permite, conocer las relaciones de parentesco y los derechos y obligaciones derivados de él. En tal virtud las normas sobre filiación son de orden público y por ende no pueden ser variadas por voluntad de las partes (ICBF, 2018, p. 1).

La Corte Constitucional ha definido igualmente este concepto y ha establecido que:

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 19 de 33 |

(...) la filiación es un derecho fundamental y uno de los atributos de la personalidad, que se encuentra indisolublemente ligada al estado civil de las personas e, inclusive, al nombre, y al reconocimiento de su personalidad jurídica, derechos que protege en conjunto con la dignidad humana y el acceso a la justicia (Corte Constitucional, 2017, T-207).

Se trata por tanto de un atributo de la personalidad que se encuentra ligado al estado civil de una persona, el cual merece un reconocimiento especial cuando se trata de niños, niñas y adolescentes que va más allá de llevar el apellido de los padres, sino de tener plena certeza de su relación tanto paterna como materna, con el propósito de reclamar la condición de hijo para obtener así los beneficios que le son propios por parte de la obligación que tienen sus padres; al respecto, agrega la Corte Constitucional que:

El derecho del menor a un nombre y al conocimiento de su filiación resulta fundamental no solamente por el ya aludido mandato constitucional sino

por cuanto en ello está de por medio su dignidad humana, ya que supone la posibilidad de ser identificado y diferenciado respecto de los demás individuos y el ejercicio de otros derechos, como los relativos a su alimentación, crianza, educación y establecimiento (Corte Constitucional, 1995, C-105).

El tema de la filiación también se encuentra consignado en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991, en cuyo artículo 7 se establece que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (Congreso de la República, Ley 12 de 1991, art. 7, num. 1).

Monroy (1996) señala que se puede definir la filiación como la procedencia de los hijos respecto a sus padres, es decir, que

| | | |
|---|---|-------------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p> | <p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p> | <p>Código: F-PI-32</p> |
| | | <p>Versión: 01</p> |
| | | <p>Página 20 de 33</p> |

de la unión o vínculo entre el padre y la madre, el hijo es originado principalmente, por la procreación; el nexos con respecto al padre, se denomina paternidad y con respecto a la madre, es denominado maternidad. A partir de este vínculo se constituyen los derechos y deberes entre padres e hijos y a partir de la forma como se haya constituido este vínculo depende la filiación.

Otro concepto relacionado con la filiación es la filiación extramatrimonial y para hablar de ésta es necesario tener en cuenta la Ley 45 de 1936, mediante la cual se establecieron las distintas formas llamadas a realizar el reconocimiento legal de la paternidad: bien fuera por medio de la firma del acta de nacimiento, o a través de suscripción de escritura pública e inclusión de dicha manifestación en un testamento; judicialmente, cuando se hacía formulación

por manifestación expresa y directa, aunque dicho reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene. Desde 1936 el legislador colombiano consideró que el reconocimiento filial podía llevarse a cabo bien fuera ante notario o ante la autoridad judicial.

Por su parte, con la Ley 75 de 1968 hizo referencia a los procesos de filiación, la investigación de la paternidad y los efectos del estado civil; de igual forma, esta disposición sufrió algunas modificaciones por parte de la Ley 721 de 2001, dentro de las cuales se destaca lo relacionado con las pruebas que debe decretar el juez de oficio en los procesos para establecer la paternidad o la maternidad: “En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 21 de 33 |

índice de probabilidad superior al 99.9%” (Congreso de la República, Ley 721 de 2001, art. 1).

Para tener mayor claridad del tema, es necesario hacer una relación de varios conceptos. De acuerdo con Pérez & Torres (2014), el hijo legítimo, conforme con el artículo 213 del Código Civil colombiano, es el concebido dentro del matrimonio de sus padres, se trata de una presunción legal que nace con ocasión al vínculo matrimonial; por su parte, el hijo legitimado es aquel concebido por fuera o antes del matrimonio de sus padres entre sí, pero que es legitimado con ocasión a éste.

Para los hijos que se encuentren en situación diferente a las anteriores, “los hijos no obtienen su legitimación por el simple hecho del matrimonio posterior de sus

padres, para ello es necesario adicionalmente el reconocimiento voluntario surtido en el acta de matrimonio o en escritura pública” (Pabón, 1998, p. 272).

Pérez & Torres (2014) dicen que el hijo extramatrimonial, conforme con el artículo 52 del Código Civil, se define como aquel concebido por fuera del matrimonio de sus padres no casados entre sí, pero reconocido o declarado como tal. Dice igualmente el mismo artículo que “(...) también se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento” (Código Civil, art. 52).

Ahora bien, el concepto de filiación lo define la doctrina como “la relación filial entre las personas, el cual permite establecer el parentesco” (Aristizábal & Quintero, 2010, p. 61). Agregan las mencionadas autoras que

la filiación matrimonial es la otorgada al hijo por el hecho de haber sido concebido dentro del matrimonio de sus padres, y le da la calidad de hijo legítimo; mientras que la extramatrimonial es la que se otorga al hijo concebido y nacido por fuera del vínculo matrimonial de sus padres entre sí, y le da la calidad de hijo extramatrimonial.

En ese orden de ideas, existen otros conceptos como el de impugnación a la filiación, que se refiere a las acciones procesales que permite el Código Civil Colombiano para modificar la relación filial que se estableció entre padre o madre con respecto al hijo, es así como Jaramillo (1998), define claramente la acción de filiación de la paternidad y la maternidad como “el vínculo filial del padre con el hijo el cual establece, tanto obligaciones como derechos de forma recíproca” (p. 239). El

hecho del nacimiento como tal, le da al sujeto, el atributo de persona, civilmente hablando, pero al establecer la relación filial entre padre e hijo, le confiere el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones que de tal relación devienen, derechos que son inalienables a la persona.

En resumen, los hijos se clasifican en legítimos o matrimoniales, legitimados, extramatrimoniales y adoptivos. Con base en esta clasificación, el artículo 1 de la Ley 29 de 1982 establece indistintamente la clasificación de los hijos, para efectos en materia sucesoral, es decir, patrimonialmente hablando, ya que por ministerio de la ley éstos son iguales ante ella, lo cual contrasta con la realidad de nuestro país, en cuanto a que no habría cabida a ningún tipo de discriminación en cuanto a la filiación, ya que si en algún momento nuestros

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 23 de 33 |

legisladores dejaron abierta la polémica al respecto, ésta queda erradicada con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 en se señala expresamente que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (Constitución Política, 1991, art. 42, inc. 6). De esta forma, la Carta Política de 1991 no hace distinción en materia de derechos, quedando incluidos desde los civiles hasta los patrimoniales.

La Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-105 de 1994 consideró que la mención expresa de los hijos y padres legítimos en los artículos 61, 222, 244, 260, 422 y 457 del Código Civil era inexecutable, por contener estas disposiciones un trato discriminatorio de descendientes o ascendientes, pero la Corte de manera

oficiosa, no podía declarar la inexecutable de preceptos no acusados y jurídicamente amparados por una constitucionalidad presunta, por tanto, en virtud del principio de igualdad, entendiendo que por una derogación fundamentada en la inexistencia, el juez puede utilizar la inaplicabilidad.

De esta manera, la filiación extramatrimonial está relacionada con el término de hijo natural, concebido y nacido por fuera del vínculo matrimonial de sus padres entre sí, y que se mantiene siempre que no haya matrimonio de estos. Para tratar este tema es necesario tener presente la presunción legal de que trata el artículo 213 del Código Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley 1060 de 2006: “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los

| | | |
|---|--|------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 24 de 33 |

cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad” (Congreso de la República, Ley 1060 de 2006, art. 1), disposición que introdujo la presunción de filiación marital, donde hay otra clasificación diversa a los extramatrimoniales y los matrimoniales, esto es, los hijos derivados de la Unión marital de hecho.

Al respecto, el Código Civil Colombiano, regula la acción de impugnación a la filiación marital en los artículos 214 y siguientes, 247, 248, en los cuales era enfático al limitar la acción de impugnación de la paternidad, obedeciendo, al tipo de filiación por la cual se dio, contraponiendo la filiación marital con respecto a la filiación extramatrimonial, ya que, mientras para la filiación extramatrimonial no había un límite

de tiempo para accionar, es decir, se puede interponer demanda de impugnación a la filiación en cualquier momento, por parte del padre o madre, a partir del reconocimiento, ocurría lo contrario para el evento de la filiación marital, para la cual la ley presentaba un término de sesenta días contados a partir del momento del nacimiento del presunto hijo, o a partir del conocimiento del hecho mismo del nacimiento, para iniciar la acción de impugnación respectiva.

Lo anterior, generaba a nuestro parecer un problema, ya que, aunque es cierto que este límite de tiempo creaba de alguna manera un cierto tipo de seguridad jurídica para el hijo, en el sentido que no se dejaba al libre albedrío de sus padres sus derechos Constitucionales tales como tener un nombre y una familia; de igual forma, se estaba

| | | |
|---|---|-------------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p> | <p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p> | <p>Código: F-PI-32</p> |
| | | <p>Versión: 01</p> |
| | | <p>Página 25 de 33</p> |

también vulnerando el principio de igualdad de acceder a la administración de justicia, en cuanto a que se limitaba la posibilidad a los padres de impugnar la filiación, frente al caso concreto en el cual un padre que teniendo la certeza de que el que pasa por hijo suyo, efectivamente no lo es, y que puede demostrarlo, mediante plena prueba como una confesión de la madre acerca de su adulterio y el reconocimiento de la relación sexual extramatrimonial, o mediante todo un conjunto de pruebas, entre ellas un examen genético, antropoheredobiológico o prueba de ADN, en la cual se establece claramente la incompatibilidad genética entre el padre y el hijo y que sólo por haber dejado vencer el término de los sesenta días que preceptuaba el Código Civil, hablando de una filiación matrimonial, no se podía iniciar esa acción, la cual era posible en una filiación extramatrimonial.

La Ley 1098 de 2006 en su artículo 14 se encarga de complementar la figura de la patria potestad contenida en la codificación civil colombiana al hacer referencia al concepto de responsabilidad solidaria, es decir, la responsabilidad parental que debe compartir el padre con el menor y que le impone una serie de obligaciones relacionadas con orientar, cuidar, acompañar y criar a sus hijos a lo largo de su procesos de formación, proscribiendo cualquier manifestación de violencia en la práctica de esa responsabilidad.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-1003 de 2007 señaló lo siguiente:

En armonía con la citada disposición, esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental,

tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.

En efecto, la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo (Corte Constitucional, 2007, C-1003).

En la misma Sentencia se describen las distintas características de la patria potestad, entendiéndola como un régimen de protección de aquellos hijos menores que aún no se encuentren emancipados.

Se aplica excesivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados.

--Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio.

--Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.

--Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita.

--Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres.

--La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre (Corte Constitucional, 2007, C-1003).

Por tanto, cuando un hijo está a cargo de una pareja del mismo sexo, la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a ésta cuando se les reconoce como padres o madres, siendo uno de ellos el padre o madre legítimo y el otro el padre o la madre adoptante, lo que significa que esta figura no se encuentra por encima del contexto de la familia, ya que se ejerce frente a todos los

| | | |
|---|--|-----------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 27 de 33 |

hijos, incluso los adoptivos, de ahí que la ley prevea que cuando uno de los padres falta la patria potestad debe ser ejercida exclusivamente por el otro.

Es así como la patria potestad se ejerce de manera exclusiva por los padres cuando los hijos tengan menos de 18 años, pero también puede suspenderse o terminarse cuando se incurra en una de las causales contenidas en el artículo 317 del Código Civil colombiano, es decir, por situaciones de maltrato, abandono, depravación, por pena privativa de la libertad de alguno de los padres o cuando el menor haya sido sancionado por conductas delictivas que obliguen a una sanción penal.

3. EL DERECHO DE CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DERIVADO DE LA PATRIA POTESTAD DEL HIJO ADOPTIVO POR PARTE DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

El tema de la patria potestad del hijo adoptivo por parte de parejas del mismo sexo implica abordar un asunto que se encuentra directamente relacionado con los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, los cuales gozan de una especial protección en virtud de lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006 y los artículos 7 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 28 de 33 |

Frente al derecho de custodia, según se señala en el Concepto 7 del 7 de febrero de 2018 del ICBF, éste hace referencia:

(...) al cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales la tiene el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña (ICBF, 2018, p. 1).

Lo anterior se encuentra en consonancia con lo estipulado en el Código Civil colombiano, el cual señala que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (Código Civil, art. 253); mientras que el tema del cuidado de los hijos por terceros, es decir, de aquellas personas diferentes a los padres, el Código Civil dice que “podrá el juez, en el

caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes” (Código Civil, art. 254).

La Ley 1098 de 2006, al hacer referencia a la custodia y cuidado personal de los hijos, establece que:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales (Congreso de la República, Ley 1098 de 2006, art. 23).

Cuando cualquiera de los miembros de una pareja conformada por personas del mismo sexo ostenta la calidad de padre o madre, o padre o madre adoptivos, y por ende tiene la custodia y el cuidado personal de un hijo menor de edad, éste tiene la

obligación de garantizar el derecho fundamental a la visita del otro padre o madre, quien a su vez también debe tener una relación afectiva con su hijo; el ejercicio de este derecho se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a tener una familia, a no ser separado de ella y a recibir el cuidado y el amor respectivo de sus padres, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en las disposiciones nacionales e internacionales vigentes.

El tema de la custodia y visitas, aun tratándose de parejas conformadas por personas del mismo sexo, está sometida a regularse a través de la conciliación o bien a través de autoridad administrativa o mediante un proceso judicial ordinario, de tal forma que se garanticen los derechos de los menores. Así, en los casos en los que una pareja conformada por personas del mismo

sexo tenga a cargo la responsabilidad de garantizar los derechos de un menor, a falta de uno de los padres, éste asumirá la responsabilidad total de la garantía de los derechos que le corresponden, sea como padre o madre biológico o como padre o madre adoptante, en la medida en que ambos son padres y madres legítimos.

Al respecto de lo anterior, la Corte Constitucional se ha pronunciado y ha señalado lo siguiente:

La consecuencia necesaria de este presupuesto es el reconocimiento del poder de auto-configuración de la familia. Es en su interior donde se define la forma de vida a seguir, el tipo de formación y educación de los hijos, las rutinas y costumbres en el hogar, la distribución de deberes y responsabilidades, entre muchos otros, Si bien esto envuelve una gran responsabilidad, y por tanto un gran riesgo, el ordenamiento superior parte de un principio de confianza, y de la proyección de autonomía individual en la vida familiar, de modo que únicamente cuando se desvirtúa de

manera clara e inequívoca este principio y se pone en riesgo el interés superior del niño o los derechos de algún otro miembro, resulta legítima la mediación del Estado (Corte Constitucional, 2016, SU-617).

niños, niñas y adolescentes que se unen al núcleo familiar.

CONCLUSIONES

Lo dicho encuentra relación directa con el principio de corresponsabilidad establecido en el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006, el cual implica que es deber de la familia, la sociedad y el Estado brindar las condiciones para que se cumpla con el propósito de la familia, de tal forma que los padres son los primeros llamados para el ejercicio de la patria potestad, en virtud del principio de responsabilidad parental, lo que los obliga a brindar orientación, cuidado y acompañamiento a sus hijos; de este modo, de la patria potestad del hijo adoptivo por parte de las parejas conformadas por personas del mismo sexo se deriva el derecho de custodia y el cuidado personal de los

Para determinar la patria potestad de un hijo adoptivo por parte de uno de los miembros de una pareja conformada por personas del mismo sexo es necesario determinar la filiación del hijo para quien ejerce como padre o madre del mismo, aun cuando se trate de hijo adoptivo y aquel no sea el padre o la madre biológica del hijo; éste es un tipo de situación que se presenta en casos de la muerte de uno de los padres o por suspensión o privación de la patria potestad mediante sentencia judicial a uno de ellos.

Por tanto, la patria potestad no es una institución jurídica que se pierde en un núcleo familiar cuyos padres sean personas

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 31 de 33 |

del mismo sexo, menos aún la custodia, pues estos se constituyen en un derecho y en una garantía de cuidado en donde al niño, niña o adolescente debe garantizársele el cuidado, educación y crianza, aun cuando los padres dejen de convivir bajo un mismo techo.

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido la libertad configurativa del núcleo familiar, por lo cual la orientación sexual de los padres hace parte de la vida privada y familiar frente a lo cual el Estado no tiene injerencia alguna, de ahí que la Constitución y la ley lo único que deben procurar es brindar las herramientas para que, aun cuando se presenten casos de configuración de una familia conformada por personas del mismo sexo, este ámbito privado no debe interferir en la garantía a los derechos fundamentales de sus hijos o hijas.

La orientación sexual de una pareja hoy en día no admite reproche ni sanción alguna por la legislación vigente y, por tanto, no debe tener ningún tipo de efecto legal sobre los menores de edad, de allí la importancia del pronunciamiento de la Corte Constitucional a través de la Sentencia SU-617 de 2015.

REFERENCIAS

- Aristizabal Z., B., & Quintero H., M. (2010). *Alcances y limitaciones de la prueba de ADN en los procesos de impugnación en la filiación*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de 1991*. Bogotá: Leyer.
- Ayeryhoy. (2007). *La iglesia el día de hoy*. Recuperado de <http://viles-ayeryhoy.blogspot.com.co/2007/04/fall-o-sobre-derechos-patrimoniales-de.html>
- Congreso de la República. (1887). *Código Civil Colombiano, Ley 57, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la*

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 32 de 33 |

- misma Constitución. Bogotá: Sancionado el 26 de mayo de 1873.*
- Congreso de la República. (1887). *Ley 153. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.* Bogotá: Diarios Oficiales Nos. 7.151 y 7.152 del 28 de agosto.
- Congreso de la República. (1936). *Ley 45, sobre reformas civiles (filiación natural).* Bogotá: Diario Oficial No. 23.147 de 30 de marzo de 1936.
- Congreso de la República. (1968). *Ley 75. Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.* Bogotá: Diario Oficial No. 32.682 del 31 de diciembre.
- Congreso de la República. (1982). *Ley 29, por la cual se otorga la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.* Bogotá: Diario Oficial No. 35.961 de 9 de marzo de 1982.
- Congreso de la República. (1990). *Ley 54, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.* Bogotá: Diario Oficial No. 39615 del 31 de diciembre.
- Congreso de la República. (1991). *Ley 12, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.* Diario Oficial 39640 de enero 22 de 1991.
- Congreso de la República. (2001). *Ley 721, por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.* Bogotá: Diario Oficial No 44.661, de 29 de diciembre de 2001.
- Congreso de la República. (2006). *Ley 1060, por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.* Bogotá: Diario Oficial No. 46.341 de 26 de julio de 2006.
- Congreso de la República. (2006). *Ley 1098. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.* Bogotá: Diario Oficial No. 46446 del 8 de noviembre.
- Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-537.* Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-221.* Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-105.* Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T-060.* Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-098.* Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-481*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-1003*. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia C-577*. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia SU-617*. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. (2015). *Sentencia C-683*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T-207*. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2018). *Concepto 7 del 7 de febrero. Respuesta solicitud de concepto SIM 1761067500 de 5 de enero de 2018*. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000007_2018.htm

Jaramillo, G. (1998). *Derecho de Familia y de Menores*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Monroy C., M. (1996). *Derecho de familia*. Bogotá: Jurídica Wilches.

Pabón P., P. (1998). *Delitos contra la familia*. Bogotá: Leyer.

Pérez R., A., & Torres M., S. (2014). *La protección del principio de tutela jurisdiccional efectiva en los procesos judiciales adelantados por la Defensoría de Familia de Medellín. Análisis a partir del proceso de filiación e impugnación de paternidad en el periodo 2008-2012*. Medellín: Universidad de Medellín.

Presidencia de la República. (1974). *Decreto Ley 2820, por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones*. Bogotá: Diario Oficial No 34.249, de 4 de febrero de 1975.

Rosero, D. (2007). *Un poco de historia y política*. Recuperado de <http://lecturaslgtbs.blogspot.com.co/2007/04/un-poco-de-historia-y-politica.html>

CURRICULUM VITAE

Stephany Ruiz Castaño: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo.

Leidy Johana Zapata Barrera: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo.

David Antonio Soto Soto: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo.