

Adopción igualitaria en Colombia: preceptos para un camino justo a un pacto de cuidado*

**Philosophy and gender equality in adoption in
Colombia fair rules for care covenant**

**Adopção igualitária na Colômbia
Preceitos para um caminho justo a um pacto de cuidado**

Fecha de entrega: 15 de septiembre 2015

Fecha de evaluación: 25 de octubre de 2015

Fecha de aprobación: 10 de noviembre de 2015

*María Elvia Domínguez Blanco***

Resumen

En 2014 la Corte Constitucional solicitó a varias universidades “un concepto científico acerca de los efectos que para el desarrollo integral del menor podría tener el hecho de ser adoptado por personas de un mismo

- Este artículo corresponde a la ponencia Controversias acerca de la adopción igualitaria en Colombia. Preceptos de “una pequeña ética” para un pacto de cuidado, presentada en el Simposio Hermenéutica Analógica y Diálogo Cultural, del XVI Congreso Latinoamericano de Filosofía. Es una adaptación del trabajo final “Controversias por reconocimiento a adopción igualitaria: el derecho a un pacto de cuidado” presentado en el año 2014 en el seminario “Subjetividad, lenguaje, narración e identidad en ciencias sociales y educación”, a cargo del profesor Alexander Ruiz, coordinador del Doctorado Interinstitucional en Educación, Universidad Pedagógica Nacional, a quien agradezco sus correcciones y comentarios positivos, como también a la profesora Marieta Quintero Mejía, de la Universidad Distrital.
- Docente Departamento de Psicología, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia. Estudiante Doctorado Interinstitucional en Educación, DIE, Universidad Distrital “Francisco José de Caldas”, Bogotá, Colombia. Correo: medominguezb@unal.edu.co

sexo” (Auto OPC-452/14). Este concepto fue requerido en virtud de la demanda 10135/14 entablada por el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales de la Ley 1098 de 2006) y contra el artículo primero (parcial) de la Ley 54 de 1990, los cuales excluyen a parejas del mismo sexo para la adopción. Por solicitud del director del Departamento de Psicología, de la Universidad Nacional de Colombia, elaboré un concepto ratificando lo planteado en Domínguez (2009), al mostrar que los estudios internacionales desde el repertorio empírico-analítico han comprobado que el cuidado y la proveeduría dependen cada vez menos del género y la orientación sexual. La Corte Constitucional nuevamente desconoció los conceptos científicos favorables para las familias homoparentales, y solamente ratificó la adopción en el caso de que uno de los integrantes de la pareja fuera la madre biológica o el padre biológico. Al continuar la controversia, propongo revisar las reclamaciones de justicia de la demanda 10135/14 a partir de las propuestas de un “pacto de cuidado” (Ricoeur, 1995, Ruiz y Prada, 2014) y de “neutralidad con respecto de Appiah (2007) en cuanto a: 1) el reconocimiento a las personas del mismo sexo de su “deseo de vivir bien” (teleológico); 2) la obligatoriedad de reglamentar la adopción para personas del mismo sexo o la custodia para padres biológicos en esta situación (deontológico); y 3) la inclusión dentro del pacto de cuidado de hijas o hijos de familias homoparentales en la educación (asimetría de segundo orden) al valorar la donación por parte de las parejas homosexuales de una socialización primaria basada en la estima y el respeto (asimetría fundamental o primordial). Primero, presento las avances de la jurisprudencia colombiana frente a los derechos de los homosexuales, muestro cómo la solicitud de conceptos psicológicos sobre las personas homosexuales ha sido una estrategia dilatoria, y propongo revisar las pretensiones de la demanda 10135/14 en cuanto a las razones suficientes para encontrar una distancia justa hacia el derecho a un pacto de cuidado para la *debida inclusión* de familias homoparentales en los beneficios y obligaciones frente al Estado.

Palabras clave: adopción, filosofía práctica, parejas del mismo sexo, sentimientos morales.

Abstract

In 2014 the Colombian Constitutional Court requested some universities “a scientific concept on the possible effects on children’s development when adopted by couples of the same gender” (Auto OPC-452/14). This concept was required under lawsuit 10135/14 filed by citizen Diego Andrés Prada Vargas against Articles 64, 66 y 68 (Law 1098 of 2006) and against Article 1st (partial) Law 54 of 1990, which excludes same-sex couples to adopt. By request of the director of the Department of Psychology of Universidad Nacional de Colombia, I developed a concept confirming what was stated in Domínguez (2009), showing that international studies from the empiric-analytic repertoire have shown that care and support becomes every day less dependent on gender and sexual orientation. The Colombian Constitutional Court ignored the scientific favorable concepts for LGTB parenting and only ratified adoption in the event that one of the members of the couple is the biological father or mother. Taking this into account, I propose to review the claims of justice in lawsuit 10135/14 from the proposal of “care-covenant” (Ricoeur, 1995, Ruiz and Prada, 2014) and “neutrality” Appiah (2007) in what refers to: 1) recognizing the “desire for good-living” of same-sex couples (teleological); 2) the obligation to regulate adoption for same-sex couples or custody for biological parents in this situation(ethics); and 3) inclusion of care-covenant children of LGTB families pact in education (second order asymmetry) when giving value to the primary socialization given by LGTB families based on high esteem and respect (fundamental or primordial asymmetry). First, I present the advances in Colombian law towards LGTB community rights, I explain how the request of psychological concepts about LGTB community has been a dilatory strategy and I propose to review the purpose of lawsuit 10135/14 concerning the reasons to find a better approach to the right for care-covenant in order to have a fair inclusion of LGTB families in the benefits and obligations to the State.

Keywords: Adoption, philosophical work, same-sex couples, moral feelings

Resumo

Em 2014 a Corte Constitucional solicitou a várias universidades “um conceito científico acerca dos efeitos para o desenvolvimento integral do menor que poderia ter o fato de ser adoptado por pessoas do mesmo sexo” (Auto OPC-452/14). Este conceito foi requerido em virtude da demanda 10135/14 apresentada pelo cidadão Diego Andrés Prada Vargas contra os artigos 64, 66 y 68 (parciais da Lei 1098 de 2006) e contra o artigo primeiro (parcial) da Lei 54 de 1990, os quais excluem a os casais do mesmo sexo a adopção. Por solicitude do diretor do Departamento de Psicologia da Universidade Nacional da Colômbia elaborei um conceito ratificando o exposto em Domínguez (2009), ao mostrar que os estudos internacionais desde o repertório empírico-analítico têm comprovado que o cuidado e prover dependem cada vez menos do gênero e da orientação sexual. A Corte Constitucional novamente desconheceu os conceitos favoráveis para as famílias homo parentais e somente ratificou a adopção na situação de que um dos integrantes do casal seja a mãe ou pai biológico. Ao continuar a controvérsia, proponho revisar as reclamações de justiça da demanda 10135/14 a partir das propostas de um “pacto de cuidado” (Ricoeur, 1995, Ruiz y Prada, 2014) e de neutralidade com respeito de Appiah (2007) no referente a: 1) o reconhecimento das pessoas do mesmo sexo de seu “desejo de viver bem” (teleológico); 2) a obrigatoriedade de regulamentar a adopção para pessoas do mesmo sexo ou a custódia para pais biológicos em esta situação (deontológico); e 3) a inclusão dentro do pacto de cuidado de filhas ou filhos de famílias homo parentais na educação (assimetria de segunda ordem) ao valorar a doação por parte dos casais homossexuais de uma socialização primária baseada na estima e o respeito (assimetria fundamental ou primordial) Primeiro, apresento os avanços da jurisprudência colombiana no relacionado com os direitos dos homossexuais, mostro como a solicitude dos conceitos psicológicos sobre as pessoas homossexuais tem sido uma estratégia dilatória e proponho revisar as pretensões da demanda 10135/14 no relacionado com as razões suficientes para encontrar uma distância justa para o direito a um pacto de cuidado para a devida inclusão de famílias homo parentais nos benefícios e obrigações frente ao Estado.

Palavras-chave: Adopção, filosofia prática, casais do mesmo sexo, sentimentos morais.

Introducción

En 2014 la Corte Constitucional solicitó a varias universidades “un concepto científico acerca de los efectos que para el desarrollo integral del menoraría tener el hecho de ser adoptado por personas de un mismo sexo” (Auto OPC-452/14). Este concepto fue requerido en virtud de la demanda 10135/14 entablada por el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales de la Ley 1098 de 2006) y contra el artículo primero (parcial) de la Ley 54 de 1990, los cuales excluyen a parejas del mismo sexo para la adopción.

Por solicitud del director del Departamento de Psicología, elaboré un concepto ratificando lo planteado en Domínguez (2009), al mostrar que los estudios internacionales desde el repertorio empírico-analítico han comprobado que el cuidado y la proveeduría dependen cada vez menos del género y la orientación sexual. Asimismo, sostuve que lo que afecta a hijas e hijos de personas homosexuales es el estigma y no la convivencia con la homoparentalidad¹. Si bien los anteriores planteamientos coincidieron con los presentados por el Colegio Colombiano de Psicólogos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Ministerio de Salud, la Corte Constitucional no tuvo una respuesta favorable y solamente ratificó una acción de tutela de 2013, gracias a la cual se reconocieron los derechos de adopción para parejas de lesbianas, al ser una de ellas la madre biológica.

Para contribuir a dirimir esta controversia propongo los preceptos de una “pequeña ética” que vinculan lo teleológico y lo deontológico con lo prudencial (Ricoeur, 1995) para lograr: 1) el reconocimiento a las personas del mismo sexo de su “deseo de vivir bien” (teleológico); 2) la obligatoriedad de reglamentar la adopción para personas del mismo sexo o la custodia para padres biológicos en esta situación (deontológico); y 3) la inclusión dentro del pacto de cuidado de hijas o hijos de familias homoparentales

¹ En el marco del proceso D-7415 de demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo de la Ley 54 de 1990 presentado por un ciudadano colombiano que reclamó el derecho a la adopción. Los conceptos presentados en su momento abrieron un debate nacional jurídico donde la experticia psicológica se unió con la experticia jurídica. Finalmente la Corte Constitucional se declaró inhibida en la Sentencia C-802-09.

en la educación (asimetría de segundo orden) desde el marco de donación de una socialización primaria basada en la estima y el respeto (asimetría fundamental o primordial).

Primero, presento los avances de la jurisprudencia colombiana frente a los derechos de los homosexuales y critico las pretensiones de la demanda 10135/14 para incluir la adopción por parejas del mismo sexo debido a que son contradictorias al exigir simultáneamente la adopción homoparental como derecho individual y derecho colectivo o de grupo. Con los filósofos Anthony Appiah y Paul Ricoeur analizo cuáles serían las razones suficientes para la adopción igualitaria y así proponer como camino a la distancia justa el derecho a un pacto de cuidado, para garantizar los derechos de las niñas y los niños socializados por familias homoparentales y su correspondiente figuración positiva en la educación. Y, finalmente, planteo las implicaciones del reconocimiento de un pacto de cuidado para la *debida inclusión* de familias homoparentales en los beneficios y obligaciones del Estado².

Luchas por la adopción homoparental en Colombia

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca de las identidades de género y las orientaciones sexuales han atravesado las siguientes fases de reconocimiento: protección débil (1993-1998), protección fuerte (1998-2007) y avances legislativos para la garantía plena de derechos (desde 2008 a la fecha). La primera fase se centró en el reconocimiento de algunos derechos individuales a personas LGBTI a partir de tutelas por derecho a: el libre desarrollo de la personalidad en estados intersexuales (Sentencia T-594/93); la no discriminación en el contexto escolar y militar (Sentencia T-097/94); al buen nombre y la intimidad (Sentencia T-504/94). En la segunda fase se destacan las sentencias a favor de algunos derechos patrimoniales como parejas del mismo sexo (Sentencias C-075/07, C-521/07, C-811/07)³; la no penalización por la condición homosexual en el estatuto docente (Sentencia C-481/98); garantías

-
- 2 La lucha por la adopción parejas del mismo sexo sería un ejemplo de lo que denomina Ruiz como "inclusión debida para mostrar ideal en marcha cuando se alcanzan formas reales de inclusión, "se corren las fronteras de lo que debe ser incluido, y se definen con más precisión, las maneras en que se debe proceder en cada caso" (2007, p. 104).
- 3 En cuanto a derechos patrimoniales, inclusión en salud o derecho a pensión. Si bien se han modificado aproximadamente 20 normas al respecto, todavía es necesaria la acción de tutela para casos particulares.

para el ejercicio autónomo de la diversidad sexual (Sentencias U-337/99, T-551/99 y T-268/00). Estas fases fueron delimitadas por Albarracín (2009, citado en Serrano, Pinilla, Martínez y Ruiz, 2010) según los avances alcanzados mediante las sentencias mencionadas.

La fase actual ha incluido la búsqueda de desarrollos normativos equivalentes a las tutelas en la rama legislativa. Por ello, diversos activistas han presentado proyectos de ley y varias acciones públicas de inconstitucionalidad para obtener derechos colectivos. Los proyectos de ley más relevantes han sido: el 152 de 2006 y el 130 de 2005 que buscaron el reconocimiento pleno de los derechos patrimoniales y de seguridad social para parejas del mismo sexo, y el proyecto del *matrimonio igualitario*, cuya reglamentación había sido ordenada por la Corte Constitucional antes del 20 de junio de 2013⁴. Frente al hundimiento de estos proyectos se han adelantado demandas de inconstitucionalidad porque la ausencia de reglamentación en estos temas violaría la constitución colombiana. Así, se han entablado varias demandas contra las leyes 1098 de 2006, “por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia” y 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes” porque si bien se han logrado algunos avances jurisprudenciales para las parejas del mismo sexo, todavía no se han completado los cambios necesarios para su trato igualitario (D-10315/14).

Colombia, junto con Brasil y Uruguay, presenta el mayor avance legislativo en medidas afirmativas para grupos LGBTI. La Sentencia C-075 de 2007 reconoció los derechos patrimoniales para las parejas del mismo sexo, y a partir del 20 de junio de 2013 pueden realizar “uniones solemnes” ante notaría al no reglamentarse el matrimonio para ellas⁵. En cuanto a políticas afirmativas, el 1 de abril de 2009 la Alcaldía de Bogotá estableció el acuerdo 371, por medio del cual se contemplan lineamientos de política pública para la garantía plena de derechos según identidades de género y orientaciones sexuales. Desde 2004, las ciudades de Cali, Medellín, y Pasto también han incorporado acciones afirmativas en sus planes de desarrollo; en el resto del país, este restablecimiento de derechos se ha reducido a fallos de tutelas o demandas

4 Campaña por el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo en Colombia. Recuperado de: <http://www.matrimonioigualitario.org/>.

5 Campaña por el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo en Colombia. Recuperado de: <http://www.matrimonioigualitario.org/>.

por discriminación, debido a comportamientos contrarios a la heteronormatividad (Albarracín 2009, citado en Serrano, Pinilla, Martínez y Ruiz, 2010).

Desde 1995, la Corte Constitucional se ha declarado inhibida o ha negado la adopción o custodia de menores a parejas homosexuales otorgada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En 1995, la Sentencia 290 confirmó la decisión del ICBF de no autorizar la custodia de una niña que había sido protegida por un soltero homosexual desde su nacimiento, debido al abandono de su madre y padre. En el año 2001 fue demandado el artículo 98 del Decreto del antiguo código del menor (2737 de 1989), sin embargo, posteriormente se presentaron dos fallos de tutela para adopción de niños por personas homosexuales como individuos⁶. En la Sentencia C-802 de 2009 el fallo inhibitorio se debió a la falta de convergencia entre conceptos psicológicos acerca de la socialización en familias homoparentales y a que la demanda debió “involucrar el derecho a adopción de un menor por el compañero o compañera permanente de su pareja” (Sentencia D-10315/14, p. 6). En el 2011, la Sentencia C-577 reformuló el artículo 42 de la Constitución Política Nacional reconociendo como familia “a las personas no vinculadas por los lazos de consanguineidad” en la cual “el requisito de heterosexualidad no aparece como indispensable” (Sentencia D-10315/14, pp. 8-9). A instancias de este fallo, el ICBF ha seguido negando adopciones de manera abiertamente discriminatoria. Por ello, en el 2012, la Sentencia T-276 ordenó reintegrar dos niños colombianos a un ciudadano norteamericano, quien interpuso una tutela debido a que fue detenido en su fase final el trámite de adopción por su condición de homosexual, y este año en Medellín se aprobó la adopción en una pareja de lesbianas, en razón, principalmente, de que una de ellas era la madre biológica⁷.

La negación de la adopción a parejas del mismo sexo ha estado argumentada en criterios como la idoneidad moral del padre adoptante (Sentencia 290/95), la garantía de derechos del menor al evitar consecuencias desfavorables para su formación (Sentencias 814-01 y 840-10), la aparente incompatibilidad de los derechos individuales y colectivos de compañeros permanentes (802-09), y la apelación a las autoridades externas para incluir o excluir derechos de un grupo minoritario a través de conceptos aparentemente

⁶ “Más nunca se les permitió como miembros de una pareja de homosexuales, ni mucho menos de una unión marital de hecho que pudiesen haber conformado previamente” (D-10315, p. 8).

⁷ En casi todos los países del mundo el reconocimiento de adopción igualitaria ha pasado por la fase previa de reconocer al compañero o compañera permanente homosexual como un parente biológico gay o madre biológica lesbiana.

científicos y técnicos (Sentencias 290-95, 814-01, 802-09). El 9 de octubre de 2014 nuevamente la Corte Constitucional solicitó conceptos científicos acerca de los efectos de la adopción por parejas del mismo sexo para el desarrollo integral de los niños a los programas de Psicología, Sociología y Ciencias de la Salud, en el marco del proceso n.º 10315-Demandada de inconstitucionalidad contra el artículo 68 (parcial) de la ley 1098 de 2006 y el artículo 1 (parcial) de la ley 54 de 1990. De igual manera, también solicitó un concepto científico al ICBF y a los ministerios de Educación y Salud (conceptos divulgados por medios de comunicación durante el 2015).

A continuación, creo conveniente examinar los argumentos de la Corte Constitucional y los que han enarbolado los demandantes para tutelar el derecho a la adopción igualitaria por parejas del mismo sexo. Con esto quiero mostrar tanto los sesgos de la Corte Constitucional (Nussbaum, 2006; Quintero y Mateus, 2014), como las razones de neutralidad y los dilemas entre pluralismo “blando” y pluralismo “duro” en las reclamaciones acerca de derechos individuales y derechos de grupos minoritarios planteados por Appiah (2007).

Conceptos psicológicos sobre el matrimonio igualitario: estrategia dilatoria de la Corte Constitucional

La pregunta de si el parentesco es únicamente una cuestión heterosexual proviene de la filósofa feminista Judith Butler, quien se interroga acerca de las razones de resistencia cultural a la adopción por parte de parejas homosexuales. Butler (2004) cuestiona que una de las razones sea la naturalización del “ordenamiento simbólico”, que legitima la pareja conformada por un hombre y una mujer, constituida como el marco apropiado para la socialización infantil. Al respecto, la politóloga feminista Nancy Fraser propuso adoptar la paridad entre el modelo de proveedor universal y el modelo de cuidador universal, a partir del cambio cultural que “desfeminiza” la labor de cuidado, para que sea una política de valor comparable, teniendo en cuenta la participación de las mujeres en la economía productiva, la vinculación de los hombres en las tareas de cuidado y los recientes derechos civiles de las comunidades LGBT (adopción de menores y garantías igualitarias para madres lesbianas, padres gays, ma-padres bisexuales y transgeneristas)⁸. De acuerdo con Fraser, se debe reparar la subvaloración

⁸ Esta forma de abreviación de las figuras parentales es usada en estudios internacionales sobre homoparentalidad (APA, 2004).

de las capacidades y los empleos que actualmente se codifican como femeninos, “no blancos” y “gays”, en cuanto “*la equidad de género en un estado benefactor postindustrial exige que se deconstruya el género*” (1996, p. 92. La cursiva es de la autora citada).

Actualmente encontramos diferentes ejercicios de maternaje y paternaje que no corresponden a los roles biológicamente asignados. Para sobrevivir, las familias se han adaptado a las transformaciones económicas redistribuyendo las funciones de cuidado y proveeduría según la situación de cada núcleo familiar. Por tanto, no se puede afirmar que la función de cuidado sea exclusividad únicamente de las mujeres heterosexuales, porque el derecho familiar a la custodia de los hijos y las hijas pueda estar a cargo de quien desempeñe esta función para proveer bienestar psicológico y estabilidad económica, independientemente de si se trata de la madre biológica o del padre biológico (Martínez y Bonilla, 2007). Las implicaciones de estos cambios han conformado el campo de los estudios acerca de las familias no tradicionales, los cuales han mostrado “que se pueden desarrollar personalidades psicológicamente sanas en el contexto de una variedad de agrupamientos sociales y que la conformidad a una norma específica de ninguna manera es esencial para el bienestar de los niños” (Shaffer, 2000, p. 256).

En este mismo sentido, la American Psychological Association (Counsel APA, 2007) considera que en las dos décadas anteriores no se han encontrado diferencias significativas entre las habilidades parentales de mujeres lesbianas y varones gay, y las habilidades de madres o padres heterosexuales. En el campo de crianza y homoparentalidad existe mayor número de investigaciones con co-madres lesbianas que con co-padres gay. Para ambos casos se ha concluido que las familias conformadas por lesbianas o gays desarrollan los mismos patrones de crianza que las parejas heterosexuales, incluso, con mayor conciencia de las responsabilidades de cuidado que las familias heterosexuales (Counsel APA, 2007). A su vez, los hijos e hijas de parejas de varones gay o mujeres lesbianas están más dispuestos a adoptar roles de género más flexibles. Además, la aceptación de la homosexualidad de sus padres o madres no implica necesariamente la identificación con ella, pero sí la inconformidad con las nociones tradicionales de masculinidad y feminidad. Según Kimmel (2004) en un meta-análisis de estudios en ciencias sociales se encontró que las consecuencias de género van en dirección contraria al sexo de cada cual, por ejemplo, las hijas de madres lesbianas o padres gay son más assertivas, seguras de sí mismas y ambiciosas, y los hijos de madres lesbianas y padres gay cuestionan los lineamientos de la

masculinidad tradicional en cuanto a los patrones de agresividad y competencia, y tienen un tránsito más fluido por las diferentes expresiones de la identidad sexual.

Una de las estrategias estigmatizantes de instituciones fuertemente conservadoras es la de solicitar conceptos a terceros acerca de la idoneidad de las parejas del mismo sexo para la socialización de género. En el 2009 la Corte Constitucional, por efecto de la demanda 7415 de Luis Eduardo Montoya Medina, solicitó a facultades de psicología y a asociaciones científicas sus conceptos acerca de la afectación de los roles de género por la convivencia con parejas del mismo sexo. Igualmente, por la demanda 10135, la Corte Constitucional solicita conceptos científicos a diferentes entidades públicas y programas universitarios. Esta es una apelación inapropiada a autoridades no legítimas para la inclusión o exclusión de los derechos de un grupo minoritario. A la postre, resulta una estrategia dilatoria porque efectivamente desde hace más de 25 años la investigación sobre familias no tradicionales ha demostrado que el ajuste psicosocial de los niños y las niñas depende de la calidad del vínculo parental independientemente del sexo biológico así como de la orientación sexual (Shaffer, 2000).

Otro mecanismo de señalamiento es descalificar a los padres homosexuales adoptantes, como en el caso de las Sentencias 290-95 y 276-12. En el primer caso, la defensora de familia del ICBF informó a la Corte que:

se han realizado seguimientos socio familiares a la residencia y lugar de trabajo del señor José Gerardo Córdoba y Fidel Martínez (amigo del primero), en donde (sic) sus condiciones de vida económica y morales... no son las mejores para que la menor xxx desarrolle sus potencialidades al lado de estos dos señores (Sentencia 290-95, p. 4).

Las condiciones económicas hacían referencia a que el señor Córdoba se había encargado de una niña abandonada por una pareja, en el inquilinato donde vivía con su madre: “la vivienda de la menor consistía en un cuarto de tamaño mínimo, desaseado y oscuro, donde convivían hacinados el actor, su madre y la menor. En el mismo cocinaban con una estufa de petróleo” (p. 4). Y las condiciones morales hacían referencia a que el señor Córdoba tenía una relación homosexual: “esto constituye un mal ejemplo para la menor, por parte de una persona que, por tener una relación estable con el actor desde hace muchos años y por contribuir en la crianza y manutención

de xxx, también hacía parte de su ambiente familiar” (p. 4). Es preciso destacar que el ICBF alejó a la niña que cuidaba el señor Córdoba, cuando este solicitó su adopción cuando consideró que podía demostrar recursos para matricularla en una escuela del municipio donde vivía. Incluso atendió la solicitud del ICBF de llevarla al hogar de su hermana, para garantizar un “ambiente moral” adecuado.

El segundo caso, publicitado en el 2012 por la prensa colombiana, mostró la discriminación hacia la población homosexual cuando el ICBF retiró la custodia temporal de dos niños colombianos dados en adopción a un ciudadano norteamericano. Este ciudadano entabló una acción de tutela, y mientras tanto solo podía ver a sus hijos por medios virtuales. El motivo de suspensión del proceso de adopción fue el conocimiento de la orientación sexual del adoptante. Así, el 1 de abril de 2011 fueron enviados de nuevo al hogar sustituto del ICBF, pues se decidió que era imposible que salieran del país. La Sentencia T-276 del 2012, a favor del tutelante, concluyó que:

los niños estaban en buen estado físico y demostraban cuidado, y que si bien estaban alterados emocionalmente, ello se debía a que fueron separados de xxx y se les impidió viajar con él. Por tanto, la sala observa que la defensora no contaba con evidencia que confirmara su hipótesis de que los derechos de los niños estaban en riesgo (D-10135/14, p. 23, el subrayado es de la sentencia según el demandante).

Estos casos muestran la desafortunada “figuración del niño intervenido”, como lo señalan Ruiz y Prada (2014), cuando se está violando el derecho fundamental de contar con la familia homoparental que lo ha protegido.

En las próximas páginas propongo considerar siguiendo a Ricoeur (1995) preceptos prudenciales de su “pequeña ética” que permitirían “identificar los obstáculos que impiden encontrar la distancia justa entre antagonistas de los repartos, los intercambios, las distribuciones o ese reconocimiento de relaciones que se considera injusto” (p. 11). Este filósofo plantea que lo justo no se encuentra únicamente en el nivel deontológico, sino que además es necesaria una imaginación poética para aplicar juicios a situaciones concretas que resulten controversiales. Para que opere esta facultad retórica es necesaria la confianza, de modo que se produzca el acercamiento para revisar los estigmas en la práctica legal. Desde esta perspectiva, “nadie pueda

arrogarse la capacidad de remplazar el punto de vista del otro, ni siquiera con las mejores intenciones” (Ruiz y Prada, 2014, p. 5).

Preceptos de una pequeña “ética” para un pacto de cuidado en la adopción homoparental

Reconocer la adopción igualitaria para las personas homosexuales, interpretando a Ricoeur (1995), sería un acto de afirmación de seres con la capacidad de responsabilizarse de sus actos y de su imputabilidad cuando se hacen cargo de un niño o una niña. Implicaría asumir esta controversia desde lo prudencial, con sabiduría práctica, para dar cuenta de las diferentes formas de cuidado que pueden recibir los menores de edad. Zapata y Leal (2011) han mostrado que madres lesbianas y padres gays proporcionan contextos amorosos de inclusión y respeto para hijas e hijos, pero la labor de crianza resulta contradictoria y ambivalente debido a los prejuicios dominantes. Según Begue, siguiendo al pensamiento de Paul Ricoeur, “en esta situación límite, se revelan esas vocaciones extraordinarias en las que el valor abre la brecha de la posibilidad misma rompiendo una realidad histórica que parecía hermética” (Begue, 2002, p. 94). Por ello, el pacto de cuidado “debe ser afirmado, cuidado y cultivado en su justa medida. Porque si ese pacto se rompe, el acto mismo que los unía que es un acto voluntario, se diluye o estalla en pedazos” (Begue, 2002, p. 94).

Así, en el caso del reconocimiento de la adopción por parte de parejas del mismo sexo me atrevo a considerar brevemente los preceptos de una “pequeña ética” que permitiría vincular lo teleológico, lo deontológico y lo prudencial (Ricoeur, 1995): 1) el reconocimiento a las personas del mismo sexo de su “deseo de vivir bien” (teleológico); 2) la obligatoriedad de reglamentar la adopción para personas del mismo sexo o la custodia para padres biológicos en esta situación (deontológico); y 3) la inclusión dentro del pacto de cuidado de hijas o hijos de familias homoparentales en la educación (asimetría de segundo orden) desde el marco de donación de una socialización primaria basada en la estima y el respeto (asimetría fundamental o primordial).

Tanto Appiah (2007) como Ricoeur (1995) consideran que para cualquier “vida lograda dentro de instituciones justas” debe haber disponibilidad para acciones de *neutralidad con respeto*, las cuales deberían tener el mismo nivel de moralidad que las aspiraciones de confianza y reciprocidad desde el enfoque prudencial de Ricoeur (1995). Este filósofo propone instaurar “una distancia justa” cuando hay indignación

por situaciones de injusticia, para lo cual es necesario preguntarse: ¿qué razones atañen al fundamento de la vindicación de la universalidad que hacen que se encuentre desgarrada entre lo ineludible y la atracción que ejerce sobre el estatus puramente procesal de las operaciones constitutivas de la práctica legal? Esta “distancia justa” debería permitir acercar “lo propio, lo próximo y lo lejano” a través de esta “pequeña ética” (Ricoeur, 1995, p. 13. El entrecomillado es del autor).

Análisis prudencial de la controversia jurídica en la demanda 10315 de 2014

En la sección 3 “Normatividad constitucional violada” de la demanda 10315 aparecen señaladas en forma extensa siete (7) formas de violación a los derechos de las parejas homosexuales en Colombia, al no aceptar la adopción igualitaria. Estas violaciones, de acuerdo con las argumentaciones presentadas por el demandante Diego Andrés Vargas Prada, podrían clasificarse así (pp. 10-32):

- A. Violaciones a los derechos individuales de las personas homosexuales: (1) violación al derecho fundamental que tiene toda persona a vivir dignamente, (3) violación al derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razones de sexo y (7) violación al derecho a la igualdad a las parejas del mismo sexo.
- B. Violaciones a los derechos colectivos de las personas homosexuales: (2) violación al principio del pluralismo cultural y (7) violencia al derecho a la igualdad del artículo segundo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- C. Violaciones a los derechos de la infancia y al reconocimiento de la diversidad familiar: (4) violación al nuevo concepto de familia y nueva interpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional, (5) violación al derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella.

Podría afirmar, con Appiah (2007), que para defender los derechos de las parejas homosexuales el demandante apela simultáneamente a argumentaciones fundamentadas en el *individualismo ético* y en los *derechos de pertenencia a un grupo*. El *individualismo ético* busca “defender derechos demostrando lo que hacen por los individuos” como integrantes de familias y comunidades. A su vez, los *derechos de pertenencia* buscan también garantizar derechos individuales protegiendo a

un grupo social (Appiah, 2007, pp. 124-125. El subrayado es del autor). Con estas exigencias se pretende que el Estado trate a los individuos con el mismo respeto “que a las comunidades en que estamos insertos y que dan contenido a nuestras opciones” (pp. 125-126). Sin embargo, Appiah advierte que al tratar de homologar derechos entre personas y por grupo de identidad “podría resultar difícil dejar en claro si se ha violado el individualismo ético” (p. 126).

De acuerdo con lo anterior, con sus pronunciamientos el demandante Prada Vargas apela al *individualismo ético* cuando señala que la exclusión de la adopción a parejas del mismo sexo infringe los derechos a la igualdad, la no discriminación por orientación sexual y la de conformar uniones con otra persona del mismo sexo. Igualmente, apela a los *derechos de pertenencia* cuando alega que la exclusión de las personas homosexuales de la adopción estaría violando el pluralismo cultural, es decir “que el estado reconozca esas identidades porque sin ellas, los individuos carecerían de lo que necesitan para hacer una vida” (Appiah, 2007, p. 123). Sin embargo, tanto en la exposición de argumentos, como en las conclusiones de la demanda 10135/14 no parece haber conexiones entre cómo podría el Estado colombiano lidiar con exigencias de *individualismo ético*, los *derechos de grupo* y el llamado “interés superior del niño”.

No sobra mencionar que desde 1993 la Corte Constitucional ha reconocido los derechos a las personas homosexuales a partir del *individualismo sustantivo*, es decir, el reconocimiento de los derechos atribuidos a individuos a partir de sentencias y la reformulación del artículo 42 de la Constitucional Nacional, el cual amplía el concepto de familia a lazos formados por la convivencia y las uniones del mismo sexo. Cuando la Corte se ha inhibido en demandas por exclusión de la adopción homoparental, sus argumentaciones han estado amparadas en la idoneidad de las personas adoptantes y las posibles influencias en el desarrollo infantil. A su vez, ha declarado que esta diferenciación de ninguna manera viola los derechos fundamentales de las personas homosexuales en Colombia (Sentencia C-802-09)

A continuación, analizo los principales argumentos que el demandante Prada Vargas considera violaciones por sesgos morales para la población homosexual en Colombia (Nussbaum, 2006; Quintero y Mateus, 2014; Quintero 2014) para considerar según Appiah (2007) si se configuran *acciones suficientes* para el reconocimiento de la adopción igualitaria (el subrayado es de Appiah, 2007, p. 151).

Violaciones a los derechos individuales de las personas homosexuales. El demandante Prada Vargas señala que la falta de reconocimiento jurídico a la adopción homoparental incumple principios de dignidad humana como: “vivir como se quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones” (pp. 10-12). También denuncia, como efectivamente lo señala Nussbaum (2006), que las relaciones entre personas homosexuales han sido vistas con repugnancia y fuente de contaminación, provocándoles humillaciones y agresiones históricas. Esta idea de contaminación se convierte en estigma que afecta al autorreconocimiento identitario de las personas en sus familias y comunidades (Quintero y Mateus, 2014, Domínguez, 2009). Así, dentro de las exigencias de trato neutral, el demandante Prada Vargas pide que no existan diferencias entre personas por su orientación sexual:

es inconcebible entonces que exista una diferencia de trato entre las parejas homosexuales y heterosexuales ya que en ambos casos el titular de los derechos es el mismo, es la persona como individuo sin importar que su orientación sea heterosexual u homosexual (D-10315, p. 12).

Aquí el argumento del demandante Prada Vargas resulta contradictorio con el espíritu general de la demanda D-10315 al reclamar un trato igualitario como individuos a parejas del mismo que incluyan la adopción dentro de su proyecto de vida. Lo anterior llevaría preguntarse con Appiah (2007) si esta reclamación sería una *acción suficiente* cuando busca incluir a las personas del mismo sexo como individuos adoptantes “sin importar que su orientación sea heterosexual u homosexual”. Pero Appiah también considera que es legítimo preguntarse si los actos de un Estado evidencian igual respeto por todas las personas con identidades diversas: “allí donde un acto redundara en desventaja para las personas de identidad L, sería perfectamente razonable que estas preguntaran si podrían haber recibido un mejor trato, y si lo habrían recibido de no haber sido vistas como L” (2007, p. 151).

Violaciones a los derechos de pertenencia a un grupo. En este apartado el demandante apela al principio del reconocimiento de la diversidad cultural y étnica de la nación (Sentencia D-10135/14, p. 12). Como violación al principio del pluralismo cultural el demandante Prada Vargas evidencia que si la Corte Constitucional rectificó en 2011 el concepto de familia al reconocer vínculos “naturales y jurídicos”, debería también aceptar la adopción igualitaria porque afirmó que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de

pluralismo” (Sentencia D-10135, p. 13). Sin embargo, la Corte al incluir parejas del mismo sexo como una forma de familia, lo hizo desde el *individualismo sustantivo* y no desde el reconocimiento de *derechos de pertenencia a un grupo*⁹. Siendo así, el demandante Prada Vargas, no debería argumentar la violación de derechos basándose en el principio del pluralismo cultural, sino en un *impacto impar*, considerando que la Corte reconoce que las parejas del mismo sexo deben ser tratadas con igual respeto, pero las excluye del derecho de adopción. Según Appiah, el *impacto impar* es posible “cuando una ley carece de neutralidad aun cuando su fundamentación expresa indique escrupulosamente lo contrario” (2007, p. 151). Por lo tanto, es necesaria una reglamentación para el reconocimiento de familias diversas incluyendo las conformadas por parejas del mismo sexo. En este caso, el artículo 64 de la Ley 1098 debería modificarse para incluir la posibilidad de que las parejas homosexuales adopten el hijo o la hija de su compañero permanente o que puedan solicitar adopción al ICBF.

Violaciones al derecho del niño a tener una familia. El demandante Prada Vargas propone la familia homoparental como una alternativa para garantizar derechos en casos de abandono o desprotección de la infancia. En sus palabras:

el niño expósito no solo no es capaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos (Sentencia D-10135/14, p. 20).

Con esto, busca inducir sentimientos morales positivos en la Corte Constitucional acerca de la voluntad de cuidado de las parejas del mismo sexo, señalando que como adoptantes pueden cumplir con la “idoneidad física, mental y moral y social suficiente para administrar un hogar adecuado y estable para un menor” (p. 21). Aquí vale la pena destacar que la Corte Constitucional ha dilatado el reconocimiento a las personas homosexuales como capaces de vínculos parentales a través de estrategias estigmatizantes (Quintero, 2014), que reflejan en el fondo “el pánico moral” de nuestra sociedad frente a relaciones no heteronormativas que cuestionan las relaciones patriarcales de parentesco. Según Nussbaum, el reconocimiento a la familia homoparental cuestiona

9 En la modificación del artículo 42 de la Constitución de 1991 la Corte Constitucional también reconoció familias por modalidades de convivencia: tío y sobrino, abuelos y nietos, hermanos o hermanas sin padres biológicos.

frontalmente a la sociedad patriarcal porque lo que produce “pánico es que las mujeres no tengan incentivos para embarazarse, la crianza de los niños y el sexo por fuera del matrimonio tradicional” (2006, p. 301), como en el caso de Europa.

Conclusiones

Es evidente la saturación positiva de argumentaciones que integran la demanda 10135/14 de Diego Andrés Prada Vargas. Una vez más, siguiendo los argumentos de Appiah (2007), vale la pena preguntarse: ¿el reconocimiento del derecho de adopción a las parejas homosexuales debe hacerse en función de su identidad o de su deseo de asumir la parentalidad? El mismo autor plantea el reconocimiento de las identidades mediante acciones suficientes de neutralidad respetuosa porque: “lo correcto no es preguntarse si determinada persona habría recibido mejor trato de no haber sido *vista como L*, sino si hubiera recibido mejor trato de no haber *sido L*” (Appiah, 2007, p. 152). Además, confirma su tesis citando a Thomas Nagel, quien propone que para lograr una política de estado frente a una minoría son necesarias razones que el ciudadano coaccionado acepte de manera equivalente, y estas razones se pueden apoyar en el igual respeto, proscribir actos contrarios a ellas y promover la defensa de la vida (pp. 152-154).

Por ello, Nussbaum (2006) también recomienda que en las luchas por el reconocimiento igualitario a las uniones del mismo sexo se visibilicen las labores de cuidado en este tipo de arreglos sociales, tanto para la pareja, como para sus hijas o hijos.

En virtud de lo anterior, propongo a partir de Ruiz y Prada (2014) un *pacto de cuidado* fundamentado en la ética de Paul Ricoeur, para focalizar las argumentaciones de la demanda 10135/14 en el reconocimiento de la estima y la singularidad que merecen las parejas del mismo sexo para otorgarles la confianza de encargarse de la crianza de niñas y niños. Considero que estas podrían buenas razones para reglamentar la custodia de niños o niñas por parejas o personas homosexuales, de modo que ellas puedan participar también en una “asimetría fundamental entre si y el otro” en el proceso de socialización (2004, citado en Ruiz y Prada, 2014, p. 5). Y según estos autores, pueden ser “ser partícipes de la construcción de un nicho donde resguardarse, dar y recibir afecto y contribuir a que niñas y niños pueden ingresar a un mundo social y jurídico” (Ruiz y Prada, 2014).

El reconocimiento del pacto de cuidado es lo que permitiría la distancia justa entre las reclamaciones de vivir bien para las personas homosexuales y la formalización de sus

obligaciones frente a quienes serían o son objeto de cuidado El niño o la niña de una familia homoparental “tiene la necesidad de ser cuidado, protegido, tutelado (en un sentido positivo) y la vez reconocido como un sujeto de derecho”, como también “de pedir respeto, que sea tenida en cuenta su voz y su parecer” (Ruiz y Prada, 2014, p. 25). Por ello, a partir de la demanda 10135/14 deben incluirse en la reglamentación de la adopción, además de los casos de “niños intervenidos” por abandono, otros casos de diferente origen: cuando una persona o pareja homosexual quiere legalizar un vínculo establecido previamente por convivencia; cuando el hijo o hija es fruto de tecnologías para la maternidad subrogada; por solicitudes desde el exterior del país o por consecuencia del desplazamiento forzado debido al conflicto armado.

Las comunidades LGBTI siguen luchando para “reducir o eliminar” condiciones reales de desigualdad, con la esperanza de una “*inclusión debida*, que quizás no se alcanzará del todo, pero a partir de la cual pueden analizarse resultados concretos” en América Latina (Ruiz, 2007, p. 104). En este punto, la escuela debe apurarse a reconocer a los padres gay y las madres lesbianas como sujetos capaces, al igual que a sus hijos o hijas para contribuir a que sus derechos se encuentren enmarcados en una estructura social legítima.

Referencias

- Appiah, K. A. (2007). *La ética de la identidad*. Buenos Aires: Katz.
- Begue, M. F. (2002). *Paul Ricoeur: la poética de sí mismo*. Buenos Aires: Biblos.
- Butler, J. (2004). *Ondoing gender* (2004). New York: Routledge.
- Counsel for Amicus Curiae American Psychological Association (2007). *Application for leave to file brief amici curiae in support of the parties challenging the marriage exclusion, and brief amici curiae of the American Psychological Association, California Psychological Association, American Psychiatric Association, National Association of Social Workers, and National Association of Social Workers, California chapter in support of the parties challenging the marriage exclusion*. Los Angeles, Case No.S147999 in the Supreme Court of the State of California.
- Domínguez, M. E. (2009). Roles de género y bienestar psicológico en hijas e hijos de parejas del mismo sexo [en línea]. *Concepto sobre el expediente Expediente D-8376 acumulado al proceso D-8367*. Recuperado de: <http://colombiadiversa>.

- org/colombiadiversa/images/stories/que/ACCIONES_LEGALES/matrimonio/ACADEMICAS/Maria_Elvia_Adjunto.pdf
- Fraser, N. (1996). *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.
- Kimmel, M. S. (2004). *The gendered society* (2.a Ed.). New York: Oxford University Press.
- Martínez, I. y Bonilla, A. (2000). *Sistema sexo/género, identidades y construcción de subjetividad*. Valencia: Universitat de Valencia.
- Nussbaum, M. C. (2006). *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz.
- Quintero, M. (2014). *Justificaciones públicas: el lenguaje en la vida moral y política*. Bogotá: Universidad Francisco José de Caldas, Doctorado Interinstitucional en Educación, Serie investigaciones, No. 4.
- Quintero, M. y Mateus, J. (2014). Sentimientos morales y políticos en la formación ciudadana en Colombia: atributos y estigmas. *Folios*, (39), 137-147.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia No. T-290/95, Acción de tutela-Improcedencia / medio de defensa judicial / declaración de abandono-Recursos. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-290-95.htm>
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-814/01. Adopción-Concepto. La adopción es el procedimiento que establece la relación legal de parentesco paterno o materno filial entre personas que biológicamente no lo tienen.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Secretaría General. AUTO. Referencia: Expediente D-10315. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales de la Ley 1098 de 2006, “*por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia*” y *contra el artículo primero (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”). Demandante: Diego Andrés Prada Vargas.

- Ruiz, A. (2007). ¿Ciudadanía por defecto? Relatos de civilidad en América Latina. En G. Shujman e I. Siede (comps.) *Ciudadanía para armar. Aportes para la formación ética y política* (pp. 89-110). Buenos Aires: Aique.
- Ruiz, A. y Prada, M. (2014). *El pacto de cuidado. Sobre la educación del niño como sujeto de derechos*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional. Cátedra doctoral: Subjetividad, Educación y Cultura.
- Ricoeur, P. (1995). *Lo justo*. Santiago: Esprit.
- Serrano, J. F., Pinilla, M. Y., Martínez, M. J. y Ruiz, F.A. (2010). *Panorama sobre derechos sexuales y reproductivos y políticas públicas en Colombia*. Bogotá: Universidad del Estado de Rio de Janeiro y Universidad Nacional de Colombia.
- Shaffer, H. R. (2000). *Desarrollo social*. México: Siglo veintiuno.
- Zapata, B. y Leal, G. (2011). *La crianza como contexto de miedos y esperanzas. Las múltiples voces de la homoparentalidad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Trabajo Social.