

Sentencia C-071/15

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Sólo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente

La Corte condiciona la exequibilidad de las normas sobre adopción consentida o complementaria, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. Que lo anterior no implica la existencia de un imperativo constitucional de reconocer en forma inexorable y automática este vínculo de filiación, porque ello deberá ser decidido a partir de una valoración caso a caso de acuerdo con las circunstancias que rodean a un menor y su familia. Tampoco cabe incluir en el condicionamiento la adopción consecutiva o sucesiva, esto es, la que se da en relación con el hijo(a) adoptivo(a) del compañero(a) permanente, por cuanto esta modalidad de adopción reviste unas particularidades que exigen un análisis independiente, del cual no se ocupa la corporación en esta oportunidad en la medida en que desborda el alcance de la demanda y de la sentencia.

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Sujetos habilitados para adoptar/**CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA**-Requisitos generales

El Código de la Infancia y la Adolescencia fijó los requisitos generales para adoptar y señaló quiénes pueden hacerlo, fue en principio neutro respecto del sexo y la orientación sexual de los aspirantes, aun cuando sí tuvo en cuenta el origen y la modalidad bajo la cual está conformada la familia, así como la capacidad de la estructura familiar para restablecer los vínculos de filiación, en especial a partir de la presencia de los referentes paterno y materno. El primero de los requisitos generales es el de capacidad, presupuesto indispensable para asumir responsablemente la crianza de un hijo. Como segundo requisito, la ley no solo impone que la persona sea capaz sino que haya alcanzado una edad mínima de 25 años. El tercer requisito consiste en que el adoptante tenga por lo menos quince (15) años más que la persona a ser adoptada, con lo cual se pretende que no exista una brecha generacional tan amplia con implicaciones negativas en el desarrollo psicomotriz, emocional y social del menor. Finalmente, el cuarto requisito tiene que ver con la idoneidad física, mental, moral y social del adoptante, suficiente para suministrar al niño, niña o adolescente un entorno adecuado y estable para su desarrollo integral.

ADOPCION-Modalidades

El Código de la Infancia y la Adolescencia establece tres modalidades y define a los potenciales adoptantes: (i) La primera es la adopción individual o

monoparental, que es aquella que tiene lugar cuando el adoptante es una sola persona (independientemente de su sexo u orientación sexual), por ejemplo las personas solteras o el guardador del pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración (art. 68, núm. 1º y 4º), obviamente a condición de cumplir los requisitos generales antes descritos. (ii) La segunda modalidad es la adopción conjunta, que es la ejercida por los cónyuges o por los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (art. 68, núm. 2º y 3º). (iii) Finalmente, la tercera forma que el Código de la Infancia y la Adolescencia contempla es la adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o del compañero o compañera permanente que demuestre convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (arts. 66 y 68, núm. 5º).

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Efectos jurídicos de la adopción

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Consentimiento en proceso de adopción

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES EN PROCESO DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD-Jurisprudencia constitucional/INCIDENTE DE RECUSACION EN PROCESO DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD-Legitimidad para proponerlo

INCIDENTE DE NULIDAD EN PROCESO DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD-Legitimidad para proponerlo

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

ADOPCION HOMOPARENTAL EN CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Consideraciones en trámite legislativo

NOCION DE FAMILIA-Jurisprudencia constitucional

REGIMEN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES MARITALES DE HECHO-Jurisprudencia constitucional

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Déficit de protección de sus derechos

RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES-Proyección amplia

UNION MARITAL DE HECHO-Efectos civiles

ADOPCION-Medida de protección al menor para garantizar su derecho a tener una familia y suplir las relaciones de filiación

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Importancia

La importancia del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, ha explicado la jurisprudencia constitucional, radica en que su garantía es “condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta”. De manera que, siendo obligación del Estado asegurar el derecho de los niños, en particular de aquellos que se encuentran en situación de abandono, “impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales”.

DERECHO DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA-Finalidad

ADOPCION-Definición/**ADOPCION**-Alcance/**ADOPCION**-Finalidad

ADOPTANTE Y ADOPTADO-Obligaciones y derechos que surgen de ese vínculo filial

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Contenido

ADOPCION-Efectos jurídicos

DERECHO A TENER UNA FAMILIA-Concepto de familia extendida

MENORES DE EDAD-Criterios a tener en cuenta para establecer vínculos de filiación/**MENORES DE EDAD**-Integración en su entorno familiar, biológico o de crianza

PAREJA HOMOSEXUAL Y EL CONCEPTO DE FAMILIA-Relación/**HETEROSEXUALIDAD**-No es característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad

NOCION DE FAMILIA-Conceptualización a partir de una interpretación evolutiva y sociológica fundada en la cláusula de Estado Social de Derecho, pluralismo y diversidad cultural

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Aquellas que asumen compromisos de afecto, solidaridad y respeto, también conforman una familia

FAMILIA-Reconocimiento constitucional a partir de contrato matrimonial, de crianza, extendida, monoparental, ensamblada y uniones de hecho

LEGISLADOR-Puede establecer reglas o tratamientos diferenciales entre unas y otras estructuras de familia, siempre que obedezcan a fines legítimos y se encuentren razonablemente justificadas

DERECHO A LA NO DISCRIMINACION POR RAZON DE ORIENTACION SEXUAL-Protección constitucional

PAREJAS HOMOSEXUALES Y PAREJAS HETEROSEXUALES-Tratamiento diferenciado debe responder a un principio de razón suficiente

JUEZ CONSTITUCIONAL-Deber de someter a un escrutinio estricto todo tratamiento diferencial que tome como base la orientación sexual de las personas

ADOPCION CONJUNTA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO-Derecho comparado

ADOPCION COMPLEMENTARIA O POR CONSENTIMIENTO-Alcance/**ADOPCION COMPLEMENTARIA O POR CONSENTIMIENTO Y ADOPCION CONJUNTA**-Diferencia

En lo relativo a la adopción complementaria o por consentimiento (núm. 5º del artículo 64, artículo 66 y núm. 5º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006), la Sala en principio tampoco observa defectos de constitucionalidad por el hecho de que el Legislador haya autorizado que una persona pueda adoptar el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. Sin embargo, la Corte sí considera indispensable hacer algunas precisiones hermenéuticas con el fin de evitar interpretaciones incompatibles con la Constitución que puedan afectar los derechos de los integrantes de un hogar que se encuentran en un contexto afianzado de familia homoparental. Como ya fue explicado, la adopción complementaria o por consentimiento tiene lugar cuando se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente contando con para ello con la anuencia del progenitor biológico. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con la adopción conjunta, donde el menor carece de vínculos filiales, estos lazos ya existen con el consanguíneo directo y a menudo también se han construido vínculos de crianza entre el menor y el compañero o compañera permanente del padre o madre biológico.

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 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”.

Accionante: Diego Andrés Prada Vargas

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.- En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución, el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas demandó 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*”, así como el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”.

2.- El magistrado sustanciador admitió la demanda por auto del 11 de julio de 2014, dispuso su fijación en lista y simultáneamente corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio de Interior, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Salud, al Fiscal General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y al Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE); así mismo, invitó a que emitieran su opinión sobre la demanda de la referencia a las facultades de derecho de las universidades de los Andes, de Antioquia, del Atlántico, del Norte, del Rosario, del Valle, de la Sabana, Externado de Colombia, Gran Colombia, Javeriana, Libre de Colombia, Nacional de Colombia, Pontificia Bolivariana, Sergio Arboleda y Santo Tomás; a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en Colombia, a la Comisión Colombiana de Juristas, al Centro de Estudios de

Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto de Estudios Sociales y Culturales de la Universidad Javeriana (Pensar), a la Corporación FEMM, a la organización Women's Link Worldwide, a la Corporación Prodiversia, a la organización Colombia Diversa, a la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana (Profamilia), a la Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño (CRAN), a la Asociación Colombiana de Juristas Católicos, a la Conferencia Episcopal de Colombia, a la Iglesia Episcopal en Colombia, a la Iglesia Evangélica Luterana de Colombia, a la Confederación de Comunidades Judías en Colombia, a la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días y a la Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo Internacional. Para ello se les envió copia de la demanda por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional.

3.- Durante el término de fijación en lista de este proceso algunas universidades e instituciones públicas y privadas participaron exponiendo su posición jurídica en relación con las normas impugnadas. Sin embargo, la Corte consideró necesario contar con elementos de juicio adicionales y conceptos de carácter especializado que la ilustraran en relación con el efecto que podría tener sobre los menores de edad el hecho de ser adoptados por parejas de un mismo sexo. En consecuencia, mediante Auto de mejor proveer del 7 de octubre de 2014, la Corte solicitó a las facultades de sociología, psicología, salud pública, ciencias de la salud y medicina de algunas universidades del país, así como al Ministerio de Educación, al Ministerio de Salud y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que presentaran un concepto científico sobre el particular. La información remitida se reseña en escrito Anexo a la presente sentencia.

4.- Mediante Auto 340 del 30 de octubre de 2014 la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró que no eran pertinentes las recusaciones formuladas por el Procurador General de la Nación contra los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva.

5.- El día 21 de enero de 2015 el ciudadano Jesús Armando Suárez Pascagaza, representante legal y presidente de la Fundación Marido y Mujer, presentó ante la Corte Constitucional solicitudes de impedimento, recusación y nulidad, cuya procedencia será examinada más adelante.

6.- Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben las normas impugnadas y se subrayan los apartes acusados:

“LEY 1098 DE 2006

Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia

(...)

ARTÍCULO 64. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ADOPCIÓN. *La adopción produce los siguientes efectos:*

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

(...)

ARTÍCULO 66. DEL CONSENTIMIENTO. *El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:*

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

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

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también

cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

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

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

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

(...)

ARTÍCULO 68. REQUISITOS PARA ADOPTAR. *Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física¹, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:*

- 1. Las personas solteras.*
- 2. Los cónyuges conjuntamente.*
- 3. **Conjuntamente los compañeros permanentes,** que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años². Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.*
- 4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.*

¹ La expresión “física” fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-804 de 2009.

² La expresión “que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años”, fue declarada exequible en la Sentencia C-840 de 2010.

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

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

PARÁGRAFO 1o. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

PARÁGRAFO 2o Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores”.

“LEY 54 DE 1990

Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

(...)

ARTÍCULO 1º.- *A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.*

III. LA DEMANDA

El ciudadano cuestiona que las normas parcialmente acusadas no autoricen la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo, lo que considera contrario al Preámbulo y a los artículos 1º, 7º, 13, 42 y 44 de la Constitución, así como a los artículos 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativos al derecho a la igualdad.

De manera introductoria presenta algunas reflexiones acerca de lo que titula “*adopción igualitaria*”. Recuerda que las personas de orientación sexual homosexual han sido históricamente discriminadas tanto por el ordenamiento jurídico como por la sociedad colombiana, aun cuando lenta y progresivamente se han venido tratando de superar los actos de exclusión. En su sentir, si se realiza un barrido por la legislación vigente no se registra ni una sola norma que proteja los derechos de las parejas del mismo sexo, cuyo reconocimiento solo ha sido posible a través de la jurisprudencia. Ante ese grado de desprotección normativa el demandante estima necesario hacer uso de la acción pública de inconstitucionalidad para que se reconozca a las parejas del mismo sexo el derecho a la adopción conjunta, que actualmente

está previsto únicamente para las uniones maritales de hecho conformadas por un hombre y una mujer.

A continuación advierte que no existe cosa juzgada constitucional derivada de la Sentencia C-814 de 2001. Explica que en aquella oportunidad la Corte se pronunció acerca de la adopción regulada en la legislación entonces vigente, esto es, el artículo 98 del Decreto Ley 2737 de 1989 (Código del menor), mientras que en esta oportunidad se demanda una norma posterior y diferente: la Ley 1098 de 2006 (Código de la infancia y la adolescencia).

Reconoce que aun cuando la controversia gira en torno de la misma situación, relativa a la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, solo existe cosa juzgada relativa. Sobre el particular recuerda que en la Sentencia C-802 de 2009, al conocer de una demanda contra varias normas del Código de la infancia y la adolescencia ahora impugnadas, la Corte profirió un fallo inhibitorio pero por ineptitud sustantiva de la demanda al no haberse acusado la totalidad de las normas necesarias para llevar a cabo un debate en toda su dimensión.

Afirma que en todo caso hay lugar a la revisión de la postura asumida en la Sentencia C-814 de 2001 con motivo del cambio de precedente derivado de la Sentencia C-577 de 2011, cuando la Corte abandonó la interpretación exegética del artículo 42 de la Constitución, que solo reconocía la familia heterosexual y monógama y, en su lugar, acogió un concepto sociológico de familia en el que también están comprendidas las familias integradas por parejas del mismo sexo.

Acto seguido el demandante procede a exponer las razones por las cuales considera desconocido el ordenamiento superior.

(i) En primer lugar, alega la vulneración del derecho a vivir dignamente y a su mínimo vital (preámbulo y art. 1 CP). Afirma que las normas acusadas limitan la posibilidad de que las personas con orientación sexual homosexual diseñen un plan vital y lo desarrollen de acuerdo con sus exigencias personales, en desmedro del derecho a vivir como se quiere, a vivir bien y a vivir sin humillaciones.

En su sentir, a través de la legislación y de sus instituciones el Estado desestimula la vida en pareja de los homosexuales al impedirles ser percibidos como familia y hacer parte de ella, y negar que sus derechos sean reivindicados de la misma forma que los de las parejas heterosexuales. Asegura que se desconoce su mínimo vital, *“ya no desde una perspectiva meramente patrimonial sino en la esfera del ser humano, al no permitírseles ser parte de una familia reconocida jurídicamente, de tal suerte que tampoco se les permite ser parte de la institución básica de la sociedad”*. Concluye que por esta vía se desconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a vivir sin humillaciones, al no poder reivindicar sus derechos ante el Estado y la comunidad en general.

(ii) En segundo lugar, invoca la vulneración del principio del pluralismo cultural (arts. 1 y 7 CP). En su criterio, el Estado tiene la obligación de proteger las diferentes construcciones afectivas que se enmarcan dentro del concepto de familia, sin que pueda ser impuesta únicamente aquella que se genera por vínculo del matrimonio, ni la derivada de uniones heterosexuales, como fue replanteado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 2011.

Según sus palabras, la normatividad que regula la adopción conjunta por los cónyuges o los compañeros permanentes desconoce el principio del pluralismo cultural, *“al establecer solamente como familia a la conformada por un hombre y una mujer o a un cónyuge o compañera permanente, contrariando la pluralidad cultural de familia, dentro de ellas las creadas por vínculos naturales o jurídicos establecida por la nueva interpretación del artículo 42 de la C.P. desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional”*.

(iii) En tercer lugar, el ciudadano señala que se vulnera el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razones de sexo, así como el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo (art. 13 CP). Luego de insistir en la nueva conceptualización constitucional del concepto de familia, recuerda que las diferenciaciones basadas en la orientación sexual de las personas representan criterios sospechosos de discriminación y por tal motivo deben someterse a un test estricto de igualdad, donde se evalúe no solo la finalidad, sino la adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad del tratamiento diferencial.

Con tal derrotero, encuentra que las normas acusadas tienen una finalidad legítima, en tanto buscan proteger uno de los tipos de familia reconocido en el artículo 42 de la Constitución, la heterosexual y monógama, donde el tratamiento diferencial es adecuado y conducente en su intención de proteger a ese tipo de familias, *“al tener una normatividad que permite regular las relaciones afecto filiales entre parejas heterosexuales a través de las diferentes figuras que ha establecido la legislación colombiana”*.

Sin embargo, considera que dicho tratamiento es innecesario por cuanto conlleva un vacío normativo y una falta de regulación para las parejas del mismo sexo, *“creando además una discriminación en contra de las parejas homosexuales que no pueden acceder a los mismos derechos que les son otorgados a las parejas de heterosexuales”*. Además, estima desproporcionado el tratamiento diferencial previsto en las normas acusadas por cuanto, al impedir adoptar a las parejas del mismo sexo afectan su derecho a tener una familia, restringen el pluralismo y cercenan la diversidad cultural, limitado a su vez las posibilidades de que los menores en situación de abandono sean adoptados y por esta vía hagan efectivo su derecho a tener una familia.

Explica que en la legislación vigente (normas acusadas) no está permitida la adopción conjunta de parejas del mismo sexo sino únicamente de parejas heterosexuales, lo cual genera una diferenciación discriminatoria en tanto aquellas también pueden constituir familia de acuerdo con la reciente conceptualización hecha por la jurisprudencia constitucional.

Alega la violación del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíben la discriminación por razones de sexo o por cualquier otra condición social, dentro de la cual está incluida la discriminación por orientación sexual, de acuerdo con la interpretación efectuada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

(iv) Concordante con lo anterior, en cuarto lugar, el demandante sostiene que, al impedir la adopción por parejas del mismo sexo, las normas acusadas desconocen el derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia y a no ser separadas de ella (art. 42 CP), según el concepto sociológico de familia fundado en el pluralismo que fue acogido en la Sentencia C-577 de 2011. Desde esta perspectiva, encuentra insostenible que solo se permita la adopción a parejas conformadas por un hombre y una mujer, *“desconociendo que la sociedad colombiana está creada bajo diversas características sociales y culturales, cuya conformación de familia se ve determinada por la diferencia de cada individuo como pareja”*.

(v) Finalmente, reprocha la violación del interés superior del menor y su derecho a tener una familia (art. 44 CP), al limitar injustificadamente las posibilidades de ser adoptados por una pareja del mismo sexo. Sobre el particular señala que *“dadas las convulsionadas condiciones sociales del país, la falta de educación y la abrumante desigualdad social, muchos niños son abandonados por sus madres y padres, o son huérfanos”*, quienes terminan en hogares de paso del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Destaca que la obligación del Estado es la de garantizar que esos niños en situación de abandono consigan una familia, lo que solo es posible a través de la adopción. Sin embargo, añade, esa posibilidad se ve restringida de forma injustificada, en detrimento del interés superior del menor, cuando se impide que un niño expósito sea adoptado por personas idóneas que tienen una orientación sexual diferente, como ocurre con las parejas del mismo sexo.

IV. INTERVENCIONES

1.- Ministerio de Salud y Protección Social

El director jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social pone de presente a la Corte que *“no existe evidencia de que la adopción por parejas del mismo sexo genere riesgo para la salud física o mental de los menores”*. Explica que *“la literatura relevante sobre la materia indica que no existen*

riesgos para la salud o el bienestar de los menores de edad derivados de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Por el contrario, la orientación sexual de los padres es, en general, indiferente para el desarrollo cognitivo y social de los menores. Adicionalmente, en muchos casos –como en la adopción de menores de alto riesgo- puede contribuir a su bienestar”.

Añade que de acuerdo con la Academia Americana de Pediatría³, *“la literatura disponible en más de 30 años de investigación, indica que no existen efectos en la salud y el bienestar de los menores derivados de la orientación sexual de sus padres”.* Aclara que el bienestar de los menores se ve más afectado por otros aspectos como la ausencia de soporte social y económico en la familia, o las malas relaciones entre menores y padres, *“las cuales nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres”.*

Precisa que según esa misma literatura, *“los menores sufren mayor afectación en su bienestar por las disparidades legales y el estigma que puede derivarse de normativas restrictivas para las parejas del mismo sexo”.* Refuerza esta parte de la intervención con la investigación realizada por la Facultad de Educación de la Universidad de Amsterdam en relación con los estudios empíricos publicados entre 1978 y 2003⁴. Justamente por ello, continúa, *“la Academia Americana de Pediatría ha sugerido en varias oportunidades que el bienestar de los menores de edad se beneficiaría de la legalización de los matrimonios de parejas del mismo sexo y la adopción de parejas dispuestas y capaces para esa tarea, independientemente de su orientación sexual”.*

Concordante con lo anterior, recuerda que en otro meta análisis de la literatura existente, llevado a cabo por la Facultad de Psicología de la Universidad de Birkebeck⁵, se concluyó que los procesos de ajuste en el desarrollo de los niños eran similares para menores con padres homosexuales y con padres heterosexuales. Igualmente, destaca que otro estudio elaborado por la Universidad de California encontró que la adopción por parejas del mismo sexo contribuye a mejorar el bienestar de los menores tanto como la adopción por parejas heterosexuales⁶.

El Ministerio aclara que las anteriores *“son conclusiones recurrente y relativamente pacíficas en los estudios clínicos y no clínicos y los metanálisis en la materia”*⁷. Por el contrario, asegura, *“no existe evidencia independiente*

³ American Academy of Pediatrics. Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health. Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian. Pediatrics 2013 Apr; 131(4):e1374-83. doi: 10.1542/peds.2013-0377. Epub 2013 Mar 20. Cita de la intervención.

⁴ Bos HMI, van Balen F, van den Boom DC. Lesbian families and family functioning: an overview. Patient Educ. Couns. 2005 Dec; 59(3):263-75.

⁵ Tasker F. Lesbian mothers, gay fathers, and their children: a review. J Dev Behav Peditatr. 2005. Jun; 26(3):224-40.

⁶ Lavner JA1, Waterman J, Peplau LA. Can gay and lesbian parents promote healthy development in high-risk children adopted from foster care? Am J Orthopsychiatry. 2012 Oct;82(4):465-72. doi:10.1111/j.1939-0025.2012.01176.x

⁷ Al respecto el interviniente señala lo siguiente: “Con conclusiones en el mismo sentido ver; Hunfeld JA. Child development and quality of parenting in lesbian families: no psychosocial indications for a-priori withholding of infertility treatment. A systematic review. Hum Reprod Update. 2002 Nov-Dec;8(6):579-90., Fauser BC, de Beaufort ID, Passchier JP; Scand J Psychol. 2002 Sep;43(4):335-51; Anderssen N1, Amlie C,

y de buena calidad que indique que pueden existir riesgos para la salud y el bienestar de los menores de edad derivada de la adopción o crianza por parejas del mismo sexo". Con fundamento en todo lo anterior concluye:

“1.- No se han identificado riesgos para la salud y el bienestar de los menores de edad derivada de la adopción de parejas del mismo sexo. El desarrollo cognitivo y emocional de los menores de edad es similar en parejas heterosexuales y homosexuales.

2.- El único factor diferenciador en el bienestar de menores adoptados o criados por parejas del mismo sexo está en el estrés y las dificultades que pueden causar las restricciones legales y el estigma.

3.- El Sistema General de Seguridad Social en Salud cuenta con un conjunto de herramientas y coberturas para atender las necesidades en salud física y mental, de los menores de edad relacionadas con conflictos y abusos en las familias con independencia de la orientación sexual de los padres”.

2.- Ministerio del Interior

Solicita a la Corte que se declare **inhibida** para emitir un pronunciamiento de fondo. La intervención está encaminada a reseñar cuál ha sido el proceso de acercamiento e interlocución del Ministerio del Interior con la población LGBTI, en la búsqueda por ampliar el espectro de organizaciones sociales y activistas en todo el país. En cuanto a la demanda presentada, se limita a señalar que la argumentación esgrimida por el accionante *“se ubica dentro de la órbita funcional del Congreso de la República, en el marco de la cláusula general de competencia legislativa que le asiste”*.

3.- Fiscalía General de la Nación

El Fiscal General de la Nación solicita a la Corte declarar la **exequibilidad condicionada** de las expresiones *“cónyuge”* y *“compañero permanente”* contenidas en los artículos 64, 66 y 68 la Ley 1098 de 2006, *“siempre y cuando se entienda que ellas comprenden al cónyuge o al compañero permanente del mismo sexo”*, de manera que autorizan la adopción homoparental tanto en la modalidad conjunta como consentida.

La intervención se estructura en cinco (5) apartados. En el primero se refiere al interés superior de los menores y el déficit de protección en el que se encuentran, *“toda vez que el ordenamiento jurídico colombiano no garantiza que parejas del mismo sexo puedan solicitar su adopción”*. Luego de explicar su alcance constitucional de acuerdo con la jurisprudencia, recuerda que el Estado es el principal llamado a proteger a los niños y niñas, una de cuyas

Ytteroy EA. Outcomes for children with lesbian or gay parents. A review of studies from 1978 to 2000. *Pediatr Rev.* 1994 Sep;15(9):354-8; quiz 358; Gold MA1, Perrin EC, Futterman D, Friedman SB. Children of gay or lesbian parents; Patterson CJ Children of lesbian and gay parents. *Child Dev.* 1992 Oct;63(5):1025-42

acciones consiste en garantizar el derecho a tener una familia idónea, especialmente a quienes carecen de ella y se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad. Recuerda que la jurisprudencia (sentencia T-276 de 2012) ha venido aclarando que la orientación sexual diversa es legítima y, por tanto, está protegida constitucionalmente, de modo que *“no puede ser asumida, en sí misma, como un riesgo para el interés superior de los menores”*.

Destaca que el estándar internacional fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el caso de Atala Riffo e hijas vs. Chile) es claro en señalar que el interés superior del menor no entra en contradicción con la orientación sexual de los padres ni representa un riesgo para el niño o la niña, y por el contrario *“una interpretación en este sentido sería discriminatoria y restringiría los derechos y garantías procesales de los niños, niñas y sus padres y madres”*.

En el segundo apartado examina lo relativo a la adopción en el ordenamiento jurídico colombiano y su neutralidad en materia de orientación sexual. Describe cuáles son las reglas y condiciones generales para adoptar fijadas por la Ley 1098 de 2006, concebida como medida de restablecimiento de los derechos de los menores, donde no se indaga sobre la orientación sexual de la persona, ni mucho menos su heterosexualidad.

En cuanto al requisito de idoneidad, pone de presente que los lineamientos trazados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar evalúan las condiciones físicas, mentales, sociales y morales, donde estas últimas no pueden ser analizadas desde la perspectiva de las personales convicciones éticas o religiosas, sino tomando en cuenta la noción de moral pública o social. Así, añade, se entiende como no idónea aquella persona que vive en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia o los atentados a la dignidad humana⁸.

En la misma dirección, continúa el interviniente, la jurisprudencia constitucional ha advertido que la orientación sexual nunca puede determinar que una persona no es idónea para formar una relación paterno filial con un menor. Según su criterio, en el caso de la adopción conjunta (por cónyuges o compañeros permanentes) operan los mismos requisitos generales y de idoneidad que se prevén para las adopciones individuales, de manera que la orientación sexual no resulta relevante.

En tercer lugar, el Fiscal General aborda lo concerniente al régimen constitucional de la familia como institución básica de la sociedad, la prohibición de discriminación por motivos de origen familiar, la intimidad personal y el derecho a la no incriminación entre sus integrantes. Destaca que en el caso de los niños la familia es un derecho fundamental, en tanto ninguna otra institución puede suplir su importancia para la formación integral, según

⁸ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *“Lineamiento técnico para adopciones en Colombia”*. Resolución 3748 de 2010.

lo estipulan también varios instrumentos internacionales de derechos humanos.

Seguidamente explica que la familia es una realidad sociológica antes que jurídica, *“razón por la cual no es el ordenamiento jurídico el que reconoce la existencia de ciertos tipos familiares, sino la familia quien exige que la sociedad y el Estado sirvan a su bienestar y aseguren su conservación”*. Precisa que la Constitución pone en pie de igualdad todas las formas de familia, entre las que destaca las monoparentales, las de crianza y las ensambladas.

Se refiere al reconocimiento legal del vínculo entre las parejas del mismo sexo, que va más allá de las uniones de hecho según lo dispuesto en la sentencia C-577 de 2011 y que, a su juicio, a partir del año 2013 permite las uniones bajo la opción del matrimonio por ser esta la mejor forma de garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo y superar el déficit de protección en el que se encuentran.

Finalmente, en el cuarto apartado, sostiene que *“la interpretación restrictiva de las normas demandadas, en el sentido de excluir de los trámites de la adopción conjunta y consentida a las parejas homosexuales, tiene graves consecuencias en el ámbito penal ya que impide proteger a los niños y a la familia como intereses superiores del Estado”*. Aclara que a pesar de que la redacción de las normas acusadas es fundamentalmente neutra y no excluye que se entienda de su natural sentido la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, la Fiscalía considera necesario un pronunciamiento de la Corte Constitucional con el fin de *“dar autoridad a una interpretación no restrictiva de esas normas”*. Sostiene que ello es imperioso porque de otro modo podrían no reconocerse los vínculos de parentesco civil en primer grado, *“allí donde la realidad social muestra que lo hay, como es el caso de las familias donde los padres son personas del mismo sexo que tienen hijos de crianza”*, lo que impediría, a su vez, aplicar adecuadamente algunas normas penales que buscan proteger a la familia, los niños y la sociedad en general. En concreto se refiere a ciertas garantías procesales (no incriminación de la familia, causales de impedimento, excepción al deber de presentar denuncia o testimonio, medidas especiales de protección, entre otras), a las circunstancias de agravación y exclusión de la pena por parentesco civil (cuando constituyen mecanismos de especial protección a la familia), así como a la tipificación de ciertos delitos encaminados a la protección de la familia y de los menores.

4.- Defensoría del Pueblo

El Defensor del Pueblo solicita a la Corte (i) declararse **inhibida** respecto del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, por cuanto la Sentencia C-075 de 2007 señaló que esta disposición *“es constitucional en el entendido que el régimen de protección en ella consentido se aplica también a las parejas homosexuales”*; y (ii) declarar la **constitucionalidad condicionada** de los artículos acusados de la Ley 1098 de 2006, *“en el entendido que, siempre que*

se refieran a compañeros permanentes o a hombre y mujer, incluye también a las parejas de personas del mismo sexo”.

La posición institucional de la Defensoría es que no permitir la adopción por parte de parejas del mismo sexo contraría el principio del interés superior del menor e impide que los niños y las niñas ejerzan sus derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separados de ella, optimizando sus condiciones materiales de dignidad y una mejor calidad de vida.

En relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, modificado por la Ley 979 de 2005, opina que existe cosa juzgada constitucional derivada de la sentencia C-075 de 2007, que declaró su exequibilidad condicionada *“en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”*. Añade que al existir identidad de norma acusada, perseguirse el mismo fin y fundarse la demanda en los mismos argumentos que condujeron a la sentencia C-075 de 2007, entiende que existe cosa juzgada formal y por tanto la Corte debe inhibirse de emitir un fallo de fondo.

Por el contrario, respecto de la demanda contra la Ley 1098 de 2006 considera que no existe cosa juzgada, ni formal ni material. De una parte, porque no existe identidad entre las normas que fueron analizadas en la Sentencia C-814 de 2001 (Código del menor) y las acusadas en esta oportunidad (Código de la infancia y la adolescencia); y de otro, porque *“existe un cambio determinante en la jurisprudencia que hace necesaria la interpretación de las normas acusadas de forma acorde con esta y por tanto con los avances en el reconocimiento que ha realizado la misma frente a los derechos de las parejas del mismo sexo”*.

Aclara que a pesar de que el tenor literal de las normas acusadas no excluye de la adopción a las parejas del mismo sexo, ello no implica que la Corte no deba pronunciarse sobre su alcance e interpretación, sobre todo teniendo en cuenta la discriminación histórica que ha padecido este grupo poblacional.

En cuanto al fondo de la controversia, la Defensoría del Pueblo es categórica en señalar que las parejas del mismo sexo constituyen familia y, en consecuencia, les asisten los mismos derechos establecidos para las parejas heterosexuales en relación con la posibilidad de adoptar. Se apoya para ello en las Sentencias C-075 de 2007, T-856 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, T-1241 de 2008, C-029 de 2009 y, especialmente, C-577 de 2011.

Mediante la realización de un test estricto de proporcionalidad, considera que *“la existencia de un tratamiento diferenciado entre parejas del mismo sexo y parejas de sexo diferente en relación con la adopción, no tiene justificación constitucional”*. Afirma que negar a las parejas del mismo sexo la posibilidad de adoptar no persigue un fin válido a la luz de la Constitución de 1991, al proteger todos los tipos de familia y prohibir la desprotección a causa de la orientación sexual. Adicionalmente, observa que en nada se compromete el interés superior de los menores, como lo demuestra la revisión de varios

estudios calificados sobre el tema que fueron recogidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, donde se concluyó que *“una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”*.

5.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Solicita a la Corte emitir un fallo **inhibitorio** y subsidiariamente declarar la **exequibilidad** de las normas acusadas.

En cuanto a lo primero, asegura que la demanda no satisface los requisitos de pertinencia y suficiencia en la formulación de los cargos, *“debido a que estas se sustentan en la aparente violación de los derechos de las personas que pueden tener el interés de adoptar”*, desconociéndose que el objeto de la adopción es garantizar el derecho del menor a tener una familia, de manera que la adopción se erige como un derecho a favor de los niños y niñas, y no de los posibles adoptantes.

Añade que no se cumple el requisito de pertinencia, en tanto los argumentos del demandante excluyen de su análisis la naturaleza de la adopción y su enfoque como medida de protección al menor, para concentrarse únicamente en la perspectiva de las parejas del mismo sexo. Según su criterio, *“no existe concordancia entre el texto de las normas demandadas y las acusaciones contra ellas formuladas, de lo cual se deriva su ineptitud sustancial”*. Además, continúa, los cargos no pueden fundamentarse en la aplicación práctica que de las normas haga una autoridad pública. Sumado a ello alega que el accionante no fundamentó su demanda en forma suficiente, es decir, sustentando de manera completa la inconstitucionalidad alegada.

Estima que los argumentos presentados por el demandante para sustentar la existencia de una omisión legislativa son insuficientes ya que era indispensable demostrar por qué razón las parejas del mismo sexo son asimilables a las conformadas a través del vínculo matrimonial o como compañeros permanentes heterosexuales. Según sus palabras, *“el accionante no logra demostrar que el ejercicio de la adopción por parte de las parejas que conforman unión marital de hecho o matrimonio sean casos asimilables a los que deban subsumirse en las mismas condiciones a las parejas homosexuales”*, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia ha aceptado que no necesariamente unas y otras parejas deben recibir el mismo trato jurídico (Sentencias C-075 de 2007 y C-577 de 2011).

Por otro lado, alega la existencia de cosa juzgada derivada de la sentencia C-814 de 2001, sin que la sentencia C-577 de 2011 haya alterado el parámetro de control constitucional en relación con la figura de la adopción.

En cuanto al examen de fondo, recuerda que en la sentencia C-075 de 2007 la Corte solo amplió la protección de las uniones de hecho a las parejas del mismo sexo en cuanto a la constitución de la sociedad patrimonial, *“motivo por el cual no es posible bajo el marco jurídico vigente (...) aplicar a las parejas del mismo sexo lo dispuesto en los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006”*. Concluye que es el Congreso de la República el foro democrático en el que deben ventilarse las eventuales falencias en las reglas de adopción, siempre teniendo como norte el interés superior del menor.

6.- Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS)

Solicita a la Corte declararse **inhibida** para emitir pronunciamiento de fondo respecto de los artículos acusados de la Ley 1098 de 2006 y declarar **exequible** el artículo 1° de la Ley 54 de 1990.

A juicio del interviniente, ha operado la cosa juzgada material por cuanto la misma problemática que ahora se examina fue analizada en la Sentencia C-814 de 2001, al declarar la exequibilidad de varias normas del código del menor que limitan la adopción a parejas conformadas por hombre y mujer. Asimismo, indica que es el Congreso de la República quien debe legislar para incorporar en el ordenamiento a las parejas homosexuales como familia y regular sus derechos.

7.- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE)

El director jurídico considera que las expresiones demandadas **se encuentran conformes con la normatividad vigente** y no afectan la metodología existente para el desarrollo de las operaciones estadísticas de producción de las cifras de nacimientos y defunciones o de censos de población.

8.- Universidad de los Andes – Programa PAIIS

Las intervinientes de la Universidad de los Andes y del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la misma universidad solicitan a la Corte emitir un pronunciamiento **inhibitorio**, por cuanto las normas acusadas no establecen ninguna distinción entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo para efecto de la adopción conjunta.

Sostienen que la demanda no satisface los requisitos mínimos fijados por la jurisprudencia para emitir un pronunciamiento de fondo. En primer lugar, porque el actor realiza una interpretación subjetiva de los artículos impugnados, con lo cual incumple el requisito de certeza en la formulación del cargo. Explican que del texto de las expresiones *“el cónyuge o compañero permanente”*, no se desprende *“la exclusión o inclusión de un determinado grupo de personas que califican o entran en la categoría de compañeros permanentes”*, sin que las interpretaciones que puedan hacerse de ellas por cualquier autoridad pueda ser un criterio para determinar su constitucionalidad. No obstante, precisan que a partir de la Sentencia C-075 de

2007 las parejas del mismo sexo pueden constituirse como compañeros permanentes e incluso como cónyuges a partir del 20 de junio de 2013, según lo dispuesto en la Sentencia C-577 de 2011.

Señalan que el demandante solo impugnó los numerales 3° y 5° del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 (adopción individual y por compañeros permanentes), sin explicar por qué no incluyó el numeral 2° (adopción por cónyuges), lo cual evidencia una falta de unidad normativa que impide un pronunciamiento de fondo, sin que pueda la Corte suplir esa falencia. Adicionalmente, asegura que no se separaron los argumentos para la adopción conjunta y la adopción consentida, desconociendo que el examen de constitucionalidad no puede ser el mismo en uno u otro caso.

De otra parte, indican que en el caso concreto no se configura una omisión legislativa relativa, por cuanto el Legislador en ningún momento limitó la aplicación de la expresión “*compañeros permanentes*”, del numeral 2° (sic), o “*compañero permanente*”, del numeral 5°, a unos supuestos de hecho que excluyeran a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar.

No obstante lo anterior, los intervinientes solicitan a la Corte instar: (i) al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a que garanticen que sus políticas y prácticas sobre adopción no discriminan a las personas en razón de su orientación sexual o identidad de género; (ii) a la Procuraduría General de la Nación a imponer las sanciones disciplinarias correspondientes por actos de discriminación en razón de la orientación sexual o identidad de género; y (iii) al Consejo Superior de la Judicatura a instruir a jueces y juezas de familia para que en el marco de los procesos de adopción sobre los que tengan competencia garanticen la no discriminación por motivos de orientación sexual o de género.

9.- Universidad de la Sabana

La interviniente de la Universidad de la Sabana, profesora de la facultad de Derecho de esa institución, sostiene que las normas acusadas no vulneran ningún precepto de la Constitución y, por tanto, deben ser declaradas **exequibles**.

Comienza por hacer una breve presentación desde el punto de vista histórico y antropológico acerca de la unión entre “*un hombre y una mujer*” como origen de la familia y de las distintas relaciones y roles que se desprenden de esta en toda la sociedad. Recuerda que fue esa clase de uniones (entre hombre y mujer) la que dio inicio a la institución familiar tal y como ha sido proclamada por las religiones de nuestro tiempo (judaísmo, cristianismo e islamismo), como fue concebida por la Grecia Antigua, por los pensadores romanos, por varios filósofos de la ilustración (Kant, Hegel, Stuart Mill, entre otros), y ratificada tanto por sistemas de *common law* como por los de Derecho civil o continental.

Considera interesante advertir que, *“aunque en la Grecia y en la Roma Antiguas se apreciaba la homosexualidad sin ningún tipo de prevención, nunca fue reconocida por estas sociedades, ni cultural ni legalmente, como un tipo de relación fundante de vínculos familiares”*.

Desde el punto de vista antropológico explica que la familia fundada en la unión entre un hombre y una mujer *“contribuye y potencia el orden propio del bien común en las sociedades”*, donde cada uno adquiere su propia identidad a partir de los roles familiares. Asimismo, continúa, *“el bienestar de los niños también ayuda a explicar por qué la unión entre un hombre y una mujer es importante para el bien común”*.

Siguiendo esta línea de pensamiento, para la interviniente la Constitución de 1991 se decantó por un concepto de familia fundado en la unión entre hombre y mujer; es decir, desde la heterosexualidad, ya sea por la voluntad de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla. Postura que en su sentir también se recoge en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23).

En su criterio, *“si se permitiera la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo, se estaría evidenciando una concepción utilitarista del Derecho”*, donde en últimas *“lo que se pretende es que se reconozca en el ámbito jurídico una serie de situaciones que en la realidad biológica de las personas son totalmente imposibles”*. Defiende así la constitucionalidad de las normas acusadas, puesto que de otro modo se ignoraría *“la esencia histórica, antropológica y natural del matrimonio o la unión entre un hombre y una mujer como origen de la familia”*.

10.- Universidad de Medellín

El coordinador de la Clínica Jurídica en Teoría General del Derecho de la Universidad de Medellín solicita a la Corte declarar la **inconstitucionalidad** de los artículos demandados de la Ley 1098 de 2006, *“así como la interpretación del régimen de adopción realizada por la máxima autoridad administrativa encargada de la protección del interés prevalente del menor”*. En consecuencia, solicita emitir una **sentencia aditiva**, *“en el sentido de que se deben incorporar al texto los enunciados acusados de inconstitucionalidad las expresiones necesarias dirigidas a superar dicha omisión (legislativa), sentencia dirigida a que en el régimen de adopción se debe entender que también pueden adoptar, en protección al interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia, las parejas del mismo sexo, en la medida que éstas constituyen familia”*.

Comienza por aclarar que la demanda no hace un análisis respecto de la adopción como mecanismo de protección a los menores, en el que se centra la intervención. Sostiene que si los niños huérfanos son titulares del derecho fundamental a tener una familia y pueden ejercerlo a través de la adopción

solicitada por una pareja heterosexual, no existe una razón constitucionalmente válida que impida que también puedan ser adoptados por una pareja homoparental, cuando estas también constituyen familia de acuerdo con la Sentencia C-577 de 2011.

En su concepto, la adopción, sea por parejas de igual o diverso sexo, se erige en un medio idóneo para la protección del derecho fundamental de los niños a tener una familia y garantizar el interés superior del menor, de modo que no es adecuado limitar ese derecho. Añade que negar a los niños en abandono la posibilidad de que sean adoptados por parejas del mismo sexo, que también pueden conformar una familia constitucionalmente reconocida, implica una violación de los derechos del menor y del deber del Estado de hacer efectiva su protección.

Desde otra perspectiva, sostiene que se vulnera el derecho a la igualdad cuando se omite la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan adoptar, en la medida en que no existe ninguna razón que justifique su exclusión, con lo cual tampoco se infringe principio o derecho alguno de mayor peso o importancia jurídica.

A juicio del interviniente, en las normas acusadas se advierte una omisión legislativa relativa ya que excluyen sin justificación alguna a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar, en detrimento del deber del Estado de ofrecer una familia a los menores en situación de abandono.

Añade que la interpretación que de la Ley 1098 de 2006 han adoptado el ICBF y la Procuraduría General, para impedir la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, *“no solo va en contravía del sentido fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 20011, sino que infringe importantísimos derechos fundamentales como la igualdad y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia”*; lo cual hace necesaria la intervención de la Corte a través del control abstracto de constitucionalidad para corregir esos yerros hermenéuticos. Adjunta algunos soportes documentales para dar cuenta de la postura asumida por dichas entidades.

En consecuencia, solicita se dicte *“una sentencia integrativa que supere el déficit de protección regulativa”* advertido, condicionando la constitucionalidad de las normas acusadas a que se entienda que *“también pueden adoptar, en protección al interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia, las parejas del mismo sexo, en la medida que éstas constituyen familia”*.

11.- Universidad del Norte

En sentir de los directores del Grupo de litigio de interés público de esa institución, la Corte *“debe conceder las pretensiones de la presente acción pública de inconstitucionalidad, sin suspender los efectos de su fallo a un desarrollo legislativo posterior”*.

Destacan la re-construcción del concepto de familia a partir de la propia jurisprudencia constitucional, en especial desde la Sentencia C-577 de 2011, que incluye aquellas conformadas por parejas del mismo sexo. Asimismo, indican que es necesario desvirtuar el sexo y el género como un requisito idóneo para conceder la adopción, ya que por el contrario son categorías sospechosas de discriminación.

12.- Universidad Externado

En concepto de la Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad, la Corte debe declararse **inhibida** o subsidiariamente la **exequibilidad condicionada** de las normas acusadas, en el entendido que comprenden a las parejas conformadas por personas del mismo sexo y, por tanto, están facultadas para adelantar el trámite de adopción.

En cuanto a la solicitud principal –de inhibición- sostiene que la demanda no cumple con los requisitos mínimos para emitir un pronunciamiento de fondo. De una parte, afirma, se incumplen los requisitos de certeza y especificidad por cuanto las normas acusadas son neutras, de manera que el actor acusa una norma que es *“fruto de sus elucubraciones y no de la actividad legislativa”*, con lo cual pretende que la Corte ejerza control sobre algo que el texto de la disposición acusada no dice. Tampoco encuentra satisfecho el requisito de pertinencia, ya que el demandante se limita a cuestionar la aplicación indebida de las normas, que califica como discriminatoria, *“y a expresar su parecer de cómo un texto neutro, de cuyo tenor literal no se desprende distinción alguna por razón de la orientación sexual, es contrario a la Constitución por discriminar a las parejas conformadas por personas del mismo sexo”*.

Del cargo por violación del principio de dignidad humana opina que adolece de falta de claridad y especificidad, *“en tanto no se explica cómo del no reconocimiento de la adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo se desprende la afectación del mínimo vital de las personas que han optado por una comunidad de vida”*, siendo la exposición de la demanda insuficiente.

En cuanto a los cargos por desconocimiento del pluralismo y la diversidad cultural, estima que no se muestra un nexo claro entre el reconocimiento de las varias formas de familias que son merecedoras de protección en el ordenamiento jurídico colombiano, y la negativa a admitir que las parejas del mismo sexo puedan realizar el trámite de adopción.

Sobre el argumento por vulneración del derecho a la igualdad, sostiene que los reproches son insuficientes para inferir que la norma no supera un test estricto de igualdad.

En relación con la petición subsidiaria –exequibilidad condicionada-, comienza por señalar que existe cosa juzgada respecto de la Ley 54 de 1990

(Sentencia C-075 de 2007), pero no sobre las normas del código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098 de 2006). Aclara que aun cuando los textos acusados son neutros *per se*, “*en la práctica se rechaza la posibilidad de que parejas conformadas por personas del mismo sexo puedan adelantar un proceso de adopción por el solo hecho de su orientación sexual, lo cual es a todas luces una medida discriminatoria fundada en criterios sospechosos y que evidentemente no supera el test estricto de proporcionalidad*”. Sobre la base jurisprudencial de que las parejas del mismo sexo conforman una modalidad de familia protegida constitucionalmente (Sentencia C-577 de 2011), concluye, no puede sostenerse que la posibilidad de adoptar esté restringida a parejas de personas heterosexuales, lo que además conduce a desconocer los derechos de los niños a tener una familia.

13.- Universidad Javeriana - Grupo de investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Carolina Moreno López, profesora e investigadora de la línea de género y derecho del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, interviene ante la Corte dejando constancia de que su posición no representa la visión oficial de la universidad, sino que es producto del trabajo de investigación del grupo del cual hace parte.

Considera necesario que se haga un examen de las normas bajo los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional, en la que se ha reconocido que el concepto de familia no se restringe al prototipo de la unión entre un hombre y una mujer mediante matrimonio, sino que salvaguarda otro tipo de variables como el matrimonio o la unión entre parejas del mismo sexo.

Sostiene que las expresiones acusadas **son contrarias a la Constitución** por cuanto permiten una interpretación que conduce a negar el derecho a adoptar a una persona por el solo hecho de ser homosexual, lo que a su juicio es abiertamente discriminatorio. Divide su exposición en tres acápites.

En el primero da cuenta de la importancia del interés superior del menor en las esferas del derecho nacional e internacional, así como su vínculo con la adopción como medida de protección, insistiendo en que la adopción es ante todo un proceso de restitución a favor del menor. Destaca que, acorde con los estándares internacionales, el principio del interés superior del menor es un instrumento jurídico vinculante para los Estados, que es preciso tener en cuenta la situación en la que se encuentran los menores, y que cuando los intereses de un niño entren en pugna con los de una comunidad o de la sociedad en general estos últimos deben ceder ante aquellos.

Aclara que cuando se invoca dicho principio debe acreditarse su eficacia y no utilizarse como herramienta para la discriminación, como ocurre con la adopción por parejas del mismo sexo, según lo declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo contra Chile.

Indica que ninguna norma o decisión interna puede limitar los derechos de una persona a partir de su orientación sexual y por ello resulta inaceptable exigir a una persona renunciar a ella con la idea de mantener un rol tradicional de género. Pone de presente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha considerado irrazonable impedir a una persona adoptar invocando como único motivo su orientación sexual (caso EB vs. Francia, caso X vs. Austria, entre otros).

Añade que en casos de adopción el interés superior del menor implica la obligación de garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Anota que, según el ICBF, el número de menores dados en adopción han sido en promedio de 2575 por año, cifra que resulta baja si se tiene en cuenta que, por ejemplo, para el año 2011 se registraron 9707 niños en condiciones de adoptabilidad⁹.

En el segundo acápite la interviniente da cuenta de la regulación colombiana sobre la adopción aplicada a las parejas del mismo sexo. Reitera que ni de los “*Lineamientos Técnicos para Adoptar*”, del ICBF¹⁰, ni de la jurisprudencia de la Corte Constitucional referida al tema, puede inferirse restricción alguna a la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Por el contrario, afirma, “*no existe en la legislación colombiana disposición expresa que prohíba la adopción de parejas del mismo sexo*”, a pesar de que la interpretación de las normas acusadas “*en la práctica ha generado barreras para que las personas que no son heterosexuales, bien sea individualmente o en pareja, no puedan ser adoptantes*”. Así, con fundamento en la Sentencia C-577 de 2011, sostiene que las parejas del mismo sexo deben poder adoptar, ya sea bajo unión matrimonial o unión marital de hecho.

Finalmente, en el tercer apartado la ciudadana presenta algunas aclaraciones sobre la construcción de lazos de solidaridad como forma de familia y con ello la inclusión de realidades no normativas en el derecho, “*lo cual implica la ampliación de las tipologías de familias las cuales aceptan la dinámica vida en sociedad*”.

14.- Universidad Libre

A juicio del interviniente de la Universidad Libre es necesario que la Corte Constitucional declare la **exequibilidad condicionada** de las normas demandadas, “*en el entendido de que cuando se habla de cónyuge o compañero permanente dentro de dicha calificación jurídica se deben entender incluidos los contrayentes por contratos solemnes de parejas del mismo sexo, o por otro lado, aquellos compañeros permanentes de uniones de parejas del mismo sexo y por lo tanto, se debe permitir ejercer su capacidad como familia de solicitar adopción de un menor de edad, ya no como personas individuales sino como familia legal y constitucionalmente protegida*”.

⁹ ICBF, Observatorio de Bienestar de la Niñez.

¹⁰ Resolución 3748 de 2010.

Precisa que el concepto de familia constitucionalmente amparado fue replanteado en la Sentencia C-577 de 2011, para incluir aquellas conformadas por parejas del mismo sexo. En su criterio, actualmente existe una omisión al no haberse legislado de manera sistemática sobre sus derechos, por lo que, en forma analógica, *“se deben entender y declarar aplicables al contrato solemne de parejas o familias del mismo sexo las instituciones del matrimonio civil”*, teniendo entonces la posibilidad de adoptar.

15.- Dejusticia – Colombia Diversa

Los intervinientes de Dejusticia y de Colombia Diversa solicitan a la Corte: (i) declarar la **exequibilidad condicionada** de las normas acusadas de la Ley 1098 de 2006, *“bajo el entendido de que las expresiones demandadas incluyen dentro de su ámbito de aplicación a los cónyuges y los compañeros permanentes del mismo sexo”*; (ii) **inhibirse** en relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, por cuanto existe cosa juzgada derivada de la sentencia C-075 de 2007; y (iii) **prevenir** al ICBF para que se abstenga de considerar la orientación sexual de los adoptantes como criterio descalificatorio dentro de los procesos de adopción.

Comienzan por precisar cuál ha de ser el alcance de la disposición normativa que la Corte debe estudiar. Aclaran que aun cuando el texto de las normas acusadas no descarta por sí solo a las parejas del mismo sexo como sujetos adoptantes, ni a ello conduce una lectura sistemática de las mismas, sobre todo después de la Sentencia C-577 de 2011, la Corte debe intervenir *“para garantizar que se haga una interpretación de este tipo de normas conforme al principio de igualdad y no discriminación”*, en especial ante la exclusión, la discriminación histórica y el déficit de protección legal frente a las uniones de parejas del mismo sexo. Para ello, con miras a lograr un análisis integral, estiman oportuno que se haga unidad normativa con el numeral 2º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, referente a la adopción conjunta de los cónyuges.

Con la advertencia del enorme riesgo de que en el proceso político legislativo no se logre garantizar integral y adecuadamente los derechos de las parejas del mismo sexo, estiman necesario que, *“más allá del debate de las mayorías”*, sea el Tribunal Constitucional el órgano encargado de garantizar directamente la protección de sus derechos.

A continuación señalan que el problema jurídico que debe resolver la Corte gira en torno a los derechos de los menores, *“entre otras razones, porque en la práctica los problemas de la restricción homoparental les han afectado primordialmente a ellos”*. Explican que la adopción, en cualquiera de sus modalidades (individual, conjunta o consentida), es por esencia una medida de protección a favor de los menores con el propósito de garantizarles el derecho a tener una familia, aun cuando también es un trámite que involucra varios derechos fundamentales de los adoptantes.

En su criterio, la Corte ha de tener en cuenta que su decisión no solo afectará casos futuros de adopción sino que terminará incidiendo en el goce efectivo de los derechos de aquellos menores cuya familia actualmente está integrada por parejas del mismo sexo, que podrían verse desconocidos en caso de que se restrinja la posibilidad de adopción a estas parejas, al tiempo que se reducirían aún más las opciones de brindar un hogar a niños en situación de abandono. Con ello, afirman, el Estado incumpliría una de sus principales obligaciones constitucionales en relación con los menores de edad.

De otra parte, sostienen que incluir expresamente a las parejas del mismo sexo como adoptantes garantiza de mejor manera el interés superior del niño y sus derechos fundamentales. Para tal fin conceptualizan el interés superior del menor según el marco constitucional, algunos instrumentos internacionales y los pronunciamientos de sus intérpretes autorizados. Trasladado ese principio a la adopción homoparental, recuerdan que desde la Sentencia C-577 de 2011 la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo pueden conformar familia y, por tanto, los menores pueden hacer parte de ellas.

Recuerdan que los detractores de la adopción por parejas del mismo sexo sostienen que permitir esta figura afectaría gravemente a los niños por cuanto existe la posibilidad de que el menor desarrolle preferencias homosexuales y sufra consecuencias psicológicas adversas. Sin embargo, puntualizan, *“ambas afirmaciones (...) carecen de sustento científico y se amparan en estigmas y prejuicios sociales sobre la homosexualidad que no tienen cabida en un Estado Social de Derecho. No es cierto que el crecimiento de los niños y niñas en hogares conformados por parejas del mismo sexo desconozca su desarrollo integral”*.

Para sustentar su tesis destacan cómo para la mayoría de la comunidad científica no existen diferencias significativas entre el desarrollo de los niños criados por parejas heterosexuales y los niños criados por parejas homosexuales, al punto que *“no existe en la literatura científica ninguna razón para pensar que los niños o niñas adoptados de forma conjunta o consentida por parejas del mismo sexo tengan desenlaces diferentes que los niños o niñas adoptados por hombres o mujeres solteros o por parejas heterosexuales”*. Asimismo, presentan un *“análisis de la evidencia más reciente disponible con respecto a los desenlaces médicos, psicológicos y sociales de niños adoptados por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta las revisiones de literatura y revisiones sistemáticas pertinentes”*¹¹. Estudio que, según indican, evaluó 1947 publicaciones potencialmente incluíbles, revisiones sistemáticas de alta calidad y análisis primarios publicados en diversos países. Luego de explicar las bases de datos consultadas y la estrategia de búsqueda, la selección de las publicaciones, la metodología y las preguntas de revisión, el concepto extrae las siguientes conclusiones:

¹¹ Elaborado por Jaime Ardila Salcedo, MD. MPH, PhD(c) Universidad de McMaster, Canadá. Voluntario de Colombia Diversa. Adjunto en formato digital (CD).

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

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

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

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

Con fundamento en lo anterior, sostienen que permitir la adopción a parejas del mismo sexo garantiza el interés superior del niño, en tanto se amplía la posibilidad de que puedan tener una familia y crecer en un núcleo familiar estable. No hacerlo, por el contrario, significaría restringir esas posibilidades e incumplir uno de los deberes del Estado.

Por último, explican que si se prohibiera la adopción homoparental se desconocerían varios derechos de las parejas del mismo sexo, en particular la

dignidad humana, la prohibición de discriminación por motivo de la orientación sexual, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a conformar una familia y decidir el número de hijos, así como el reconocimiento de la personalidad jurídica del adoptante y del adoptado.

16.- Comisión Colombiana de Juristas

En concepto de esa institución la Corte debe declarar la **constitucionalidad condicionada** de las disposiciones legales demandadas, *“en el sentido de que se deben entender incluidas las parejas del mismo sexo como facultadas para establecer los derechos de niños, niñas y adolescentes mediante la adopción de menores de 18 años en situación de adoptabilidad”*. Lo anterior, por cuanto la ausencia de una disposición expresa que así lo determine contradice un imperativo del derecho internacional de los derechos humanos, en lo que atañe al principio de no discriminación y al derecho de igualdad ante la ley.

Indica que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la discriminación por motivo de la orientación sexual, la que se presenta cuando se niega la facultad de adoptar a parejas del mismo sexo.

De otra parte, ponen de presente cómo el Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado a favor de todo tipo de medidas legislativas o administrativas tendientes a equiparar en derecho y oportunidades a los hijos de las parejas del mismo sexo.

17.- Profamilia

La Directora del Departamento Jurídico de Profamilia interviene ante la Corte para **coadyuvar la demanda** y señalar que, en su sentir, *“no hay razones de ninguna índole que sustenten la negación del establecimiento de parentesco civil por adopción en el caso de las parejas del mismo sexo”*.

Comienza por referirse a la familia como institución social dinámica, diversa y plural, que para el caso colombiano, según los indicadores de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud –ENDS- elaborada por el Ministerio de Salud y Profamilia, refleja profundos cambios en los últimos veinte años. Seguidamente hace una exposición acerca del derecho a la libre conformación de una familia como manifestación de los derechos sexuales y reproductivos. Desde esta perspectiva sostiene que *“establecer la heterosexualidad como elemento esencial de la naturaleza para el reconocimiento de ciertas formas de familia carece de sentido pues no responde a la realidad, es contraria a las normas del derecho internacional de los derechos humanos y, además, desconoce los avances normativos realizados en materia de derechos sexuales, puesto que el reconocimiento del derecho a la libre conformación de una familia no puede confundirse ni limitarse con la posibilidad biológica de reproducción”*.

Hace referencia a cómo muchas personas, independientemente de su orientación sexual, gracias a los avances científicos han logrado satisfacer su deseo de ser padres o madres y de tener hijos, sin que sea necesaria tampoco la existencia de una relación de heterosexualidad.

Informa que según los resultados de la encuesta LGTB sobre sexualidad y derechos realizada en Bogotá en 2007¹², se reportó que existe un 11,5% de personas homosexuales que tienen hijos, la mayoría a partir de relaciones heterosexuales (71,8%), y que las personas LGTB también afirmaron tener hijos de crianza e hijos adoptados legalmente (3,1%), lo que demuestra que la idoneidad de las personas para criar hijos no se ve comprometida por la orientación sexual de los padres.

18.- Grupo de apoyo a mamás lesbianas

La coordinadora del Grupo de Mamás Lesbianas de Bogotá **apoya las pretensiones de la demanda**. En su sentir, se resolvería un tema esencial de desprotección que en la actualidad propicia muchas situaciones de inequidad que afectan directamente a sus familias y a los menores integrantes de ellas. Hacen un llamado a la Corte para que se pronuncie de fondo y supere, de una vez por todas, la situación que tan profundamente afecta a sus familias y especialmente a los niños y niñas criados en hogares homoparentales en Colombia.

A su juicio, es equivocado asumir que las personas homosexuales no tienen hijos y que están esperando que la ley les reconozca el derecho a tenerlos, cuando *“la realidad es que miles de niños y niñas en el país ya están siendo, o ya fueron, criados por sus padres homosexuales”*.

Relata que a partir de la experiencia compartida han podido constatar que existen varios mitos sobre la parentalidad homosexual. El primero es que los hijos pueden sufrir maltrato escolar. Al respecto, puntualiza que durante los 11 años de experiencia han conocido unas pocas situaciones en la que uno de los hijos de una pareja sufrió algún tipo de maltrato debido a la orientación sexual de sus mamás, lo que representa un universo mínimo y aislado en el universo de las familias. Según sus palabras, *“los homosexuales en este país ya tenemos hijos e hijas, les estamos criando y nuestros hijos van a la escuela”*. Por eso, sugiere que la respuesta en casos de maltrato escolar, si se presentaran, involucraría también a docentes, personal administrativo y acompañamiento familiar, *“como en cualquier otra situación de maltrato, siendo el Estado el primer llamado a superar esta situación a través del sistema educativo”*.

Otro mito que pone de presente es que los hijos de padres homosexuales se vuelven homosexuales. Sobre el particular advierte que este preconcepto

¹² Encuesta LGBT: Sexualidad y Derechos – Bogotá, 1º de julio de 2007. Marcha de la ciudadanía LGBT. Publicación CLAM. Centro Latinoamericano de sexualidad y derechos humanos. Instituto de Medicina Social de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Realizada por Profamilia.

entraña la errada comprensión de que la homosexualidad es una enfermedad y que por lo tanto se transmite, desconociéndose que la orientación sexual es individual y no se aprende, en tanto es una característica de la identidad. Además, indica, la proporción de hijos e hijas de parejas homosexuales que manifiestan la misma orientación sexual es la misma que existe en las parejas heterosexuales, es decir, entre el 6 y el 10%.

Un tercer mito que destaca es la supuesta confusión sobre el sexo y los roles de género. Aclara que en las relaciones homosexuales hay dos hombres o dos mujeres, *“y los procesos y roles que se asumen corresponden al bienestar y al mejor funcionamiento del hogar”*, lo que incluye roles como padres o madres, con la advertencia de que *“lo importante en el proceso de la crianza [de los hijos] es enseñarles valores y enseñares respeto”*.

Resaltan que lo que no es un mito es que el marco normativo actual desconoce la existencia de sus familias, la situación de desventaja en la que se encuentran sus hijos y la discriminación estructural que debe ser evitada por el Estado en todas sus instancias.

19.- Corporación Femm

La representante legal de la Corporación FEMM presenta a la Corte *“un video que recoge los testimonios de 7 familias de lesbianas quienes de manera respetuosa se dirigen a ustedes dando su testimonio de vida”*.

20.- Colombia Diversa – Amicus Curiae de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México)

El ciudadano Mauricio Albarracín Caballero presenta el documento *“Amicus Curiae”* (amigos de la Corte) preparado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de los Estados Unidos de México, cuyo objetivo central es *“exponer ante este órgano judicial un conjunto de argumentos que, desde el enfoque de derechos humanos, contribuyan al reconocimiento y aseguramiento de los derechos de las personas integrantes del colectivo LGBTTTI [lésbico, gay, bisexual, transexual, travesti, transgénero e intersexual], en especial, el derecho a la vida familiar a partir de las instituciones de adopción de personas menores de edad”*.

Luego de reivindicar la importancia de los tribunales como encargados de dar significado a las normas constitucionales, de acuerdo con la evolución de la sociedad y conforme al máximo reconocimiento, garantía y goce de los derechos, da cuenta de la necesidad de integrar a las minorías –como las personas LGBTTTI- dentro de la sociedad y velar por la garantía de sus derechos fundamentales.

Sugiere que el análisis de constitucionalidad de las normas objeto de demanda debe efectuarse *“teniendo en cuenta los efectos prácticos de discriminación que pueden llegar a tener sobre los derechos de las personas LGBTTTI, y no*

solo atendiendo la aparente neutralidad de su texto respecto del sexo y la orientación sexual de las personas habilitadas para adoptar a una persona menor de edad". En consecuencia, solicita a la Corte acoger una interpretación que reconozca a las parejas del mismo sexo como titulares del derecho a conformar una familia y en la que su orientación sexual no las excluya de la posibilidad de adoptar.

21.- Colombia Diversa – Amicus Curiae del Instituto Williams de la Universidad de California (EEUU)

El ciudadano Daniel Gómez Mazo presenta el documento "*Amicus Curiae*" (amigos de la Corte) preparado por reconocidos expertos del Instituto Williams de la Universidad de California, Los Ángeles (EEUU), sobre los estudios científicos del bienestar de niños criados por parejas del mismo sexo.

El documento hace un repaso de los principales estudios sobre la crianza de hijos por padres LGB (lesbianas, gay, bisexuales), especialmente en Estados Unidos y Europa, que consideran podría asistir a la Corte Constitucional de Colombia. En resumen, sostiene lo siguiente: "*(1) muchas personas LGB se convierten en padres en una variedad de formas; (2) padres y madres lesbianas, gay y heterosexuales exhiben pocas diferencias en lo que tiene que ver con salud mental, estrés de crianza e idoneidad en la crianza; (3) existen pocas diferencias entre los hijos criados por padres del mismo sexo y padres heterosexuales en términos de autoestima, calidad de vida, adaptación psicológica o funcionamiento social; (4) la relación entre un menor y sus padres LGB no se ha encontrado diferente a la de los menores criados por parejas heterosexuales en términos del calor de padres, relación emocional y calidad de la relación; y (5) la falta de reconocimiento legal del segundo padre en una relación homosexual puede poner en riesgo la relación entre padre e hijo después de la disolución de la relación de los padres*".

22.- Iglesia Episcopal de Colombia. Comunidad anglicana.

El interviniente de la Iglesia Episcopal de Colombia considera "*necesario generar acciones afirmativas y políticas públicas que garanticen el respeto a la libertad sexual y respondan al mandato constitucional que desde el Estado Social de Derecho nos recuerda el deber de proteger y garantizar los derechos de todas y todos los ciudadanos y otorgar así la misma protección que ostentan las parejas heterosexuales*".

Señalan que como iglesia alientan la diversidad y el respeto por la diferencia y esperan que con el debate abierto se puedan lograr cambios para erradicar las formas tradicionales de violencia, discriminación y exclusión como las que padecen las parejas del mismo sexo.

23.- Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo Internacional

Aclara que su concepto y las opiniones plasmadas “*obedecen plenamente a un criterio estrictamente teológico, fundamentado en la Biblia y las enseñanzas que respecto del matrimonio Dios ha revelado en medio de la Iglesia, por medio del Espíritu Santo*”. Desde tal perspectiva, luego de hacer una detallada exposición bíblica, concluye que “*las parejas que forman uniones del mismo sexo, bien sea entre hombres, o bien sea entre mujeres, es decir, lo que las tendencias actuales han venido a llamar como matrimonio igualitario, no constituyen una práctica aceptada por Dios, sino más bien, reprobada e inaceptable ante Él*”. No obstante, aclara que la iglesia no pretende condenar, discriminar o señalar a persona alguna por su pecado, “*sea pecado de homosexualismo o de cualquier otra naturaleza*”.

24.- Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días

Es opinión de esa iglesia que la Corte **debe rechazar la demanda** “*en la medida que pretende redefinir el concepto de matrimonio para incluir a las parejas del mismo sexo, y debido a que requiere una interferencia indebida sobre las prerrogativas legislativas en la estructuración de la ley de adopción*”. En su sentir, la experiencia de muchos años, la insuficiencia de datos científicos a favor de la crianza de niños por parejas del mismo sexo y una revisión del derecho comparado y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, “*demuestran la sabiduría y la necesidad de deferir esta cuestión al Poder Legislativo*”. En consecuencia, “*exhorta a esta Corte a negar el recurso solicitado en la demanda y a dejar la resolución final de las cuestiones complejas de las adopciones por parte de personas del mismo sexo al Congreso de Colombia, que debe sopesar los intereses de las parejas del mismo sexo y los intereses más generales de la sociedad de proteger las instituciones del matrimonio y la familia*”.

Comenta que esa iglesia, como lo hacen muchas otras comunidades, tiene una larga historia en defensa del matrimonio tradicional entre hombre y mujer, que no tiene un espíritu discriminatorio contra la homosexualidad ni de hostilidad hacia ninguna persona, sino que procura el bienestar de los niños, las familias y la sociedad en general.

La iglesia advierte que los estudios que apuntan a demostrar que “*no hay diferencia*” en la crianza de los menores por parte de parejas heterosexuales u homosexuales son limitados, ya que, además del escaso número, “*típicamente incluyen únicamente parejas compuestas de mujeres blancas de buen nivel educativo, a menudo con ingresos elevados*”, con muestras que difícilmente son representativas de la población de gais y lesbianas que crean hijos.

Añade que aunque a primera vista se podría pensar que ampliar los derechos de adopción a las parejas del mismo sexo aumentaría la cantidad de posibles adoptantes, la resistencia es tan fuerte en algunos países de origen de los menores que tienen una concepción tradicional sobre moralidad sexual y crianza, al punto de prohibirla de manera tajante. Con ello, afirma,

irónicamente, la legalización de las adopciones por parte de parejas homosexuales parece haber tenido el efecto contrario¹³.

De otra parte, indica que las leyes en la gran mayoría de los países protegen la noción tradicional de matrimonio, para lo cual presenta un detallado recuento de derecho comparado en la materia; además, informa que las normas internacionales de derechos humanos no exigen ni el matrimonio ni la adopción por parejas del mismo sexo, a pesar de que procuran evitar la discriminación por tal motivo. Añade que *“únicamente en Brasil y en un puñado de jurisdicciones en Estados Unidos las instituciones judiciales han tenido la osadía de abolir las normas tradicionales que rigen el matrimonio y la adopción”*, porque en las demás jurisdicciones el asunto se ha dejado en manos del poder legislativo, *“ya sea como resultado de una iniciativa legislativa o de una derivación judicial”*, como en Canadá y Sudáfrica.

25.- Intervención ciudadana. Amicus Curiae de la Facultad de Derecho de American University (EEUU)

El ciudadano Esteban Restrepo Saldarriaga presenta el documento *“Amicus Curiae”* (amigos de la Corte) preparado por el Proyecto de Litigio de Alto Impacto de la Facultad de Derecho de American University (Washington, EEUU), en relación con el derecho internacional sobre el derecho a la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo.

Aun cuando la mayor parte del texto se refiere a la adopción co-parental (por la pareja del padre o la madre biológicos), se hace hincapié en la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus intérpretes autorizados, en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con base en ellos sostiene que es perjudicial al interés superior del menor y vulnera sus derechos negarles la posibilidad de tener una familia conformada por padres del mismo sexo.

26.- PAIIS - Amicus Curiae del Colegio de Abogados de Nueva York (EEUU)

La ciudadana Andrea Parra Fonseca, directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes (PAIIS), presenta el documento *“Amicus Curiae”* (amigos de la Corte) preparado por el Colegio de Abogados de Nueva York (EEUU), en relación con los litigios en Estados Unidos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo y sus familias.

¹³ Cita el estudio de Lynn D. Wardle y Travis Robertson, “Adoption: Upside Down and sideways? Some causes of and remedies for declining domestic and international adoptions” (Adopción: ¿De arriba abajo o a los costados?. Algunas causas y remediaciones para la reducción de las adopciones a nivel nacional e internacional”. 26 Regent University L. Rev. 209, 269 (2013).

El informe indica que en el mundo las parejas del mismo sexo “*están ganando el derecho pleno a una familia bajo la figura del matrimonio*”, incluyendo el derecho a adoptar, que ya se reconoce en 20 Estados de los Estados Unidos, más el Distrito de Columbia. Reseña varios casos en los cuales la Corte Suprema de ese país ha rechazado los obstáculos al derecho pleno a una familia de las parejas del mismo sexo¹⁴, y que en esos casos “*el escrutinio en los tribunales de los Estados Unidos ha demostrado repetidamente que los argumentos en contra de los derechos familiares de las parejas del mismo sexo no se basan en el análisis académico o metodología confiable*”, porque a menudo se basan en ciencia refutada o creencias religiosas que no pueden servir de base en la determinación de la política pública.

Así, luego de hacer recuento de algunos de los análisis probatorios de los casos referidos, concluye que “*el consenso científico de los más destacados pediatras y sociólogos, entre otros, establece que las familias conformadas por parejas del mismo sexo son iguales, en todas las categorías relevantes, a las familias conformadas por parejas del mismo sexo. Son iguales en general y en términos de criar niños, entre otros. Dado eso, la única conclusión justa, lógica, y basada en pruebas apoya el derecho a que las parejas del mismo sexo y las parejas de distinto sexo tengan acceso a la adopción de niños en igualdad completa de condiciones*”.

27.- Intervención ciudadana (Alejandro Badillo Rodríguez y otros)

Este y otros intervinientes solicitan declarar la **exequibilidad condicionada** de la norma, “*ampliando el concepto de parejas heterosexual, incluyendo a las parejas del mismo sexo, así como las disposiciones hombre-mujer ampliando el código binario, permitiendo así la posibilidad de adopción a las parejas del mismo sexo*”.

De modo introductorio exponen algunas reflexiones teóricas en torno a la naturaleza de la acción pública de inconstitucionalidad como expresión institucionalizada de la desobediencia civil, de la democracia discursiva y el rol de los tribunales constitucionales, que hace necesaria su intervención directa para proteger a las minorías vulnerables, en este caso la comunidad LGBTI.

En cuanto al caso concreto, estiman que concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para predicar la existencia de una omisión legislativa relativa, en la medida en que las normas acusadas consagran una restricción tácita que impide adoptar a las parejas del mismo sexo, sin que haya una razón suficiente que justifique su exclusión, lo cual configura un tratamiento discriminatorio de los derechos de esa minoría.

28.- Intervención ciudadana (Juliana Camacho Martínez)

¹⁴ Refiere los casos United States vs. Windsor y Hollingsworth vs. Perry.

La ciudadana Juliana Camacho Martínez pide declarar la **inexequibilidad** de las normas acusadas o subsidiariamente **modular la interpretación** de las mismas de forma tal que no perpetúen la vulneración de la Carta Política. Considera que la prohibición legal consagrada en las normas acusadas es contraria a la dignidad humana, la pluralidad, la diversidad, la igualdad, la familia y los derechos de los niños, además de contradecir la jurisprudencia que ha venido decantando la Corte en torno a los derechos de las parejas del mismo sexo.

Como punto de partida descarta la existencia de cosa juzgada constitucional, aún más cuando en la sentencia C-802 de 2009 se emitió un fallo inhibitorio y se dejó constancia de la posibilidad de presentar una nueva demanda contra las normas que regulan la adopción.

A continuación precisa que se encuentra en absoluto acuerdo con el demandante, por lo que reitera sus argumentos en cuanto a la vulneración de los derechos a la dignidad humana, pluralidad, diversidad, igualdad, no discriminación y derecho de los niños a tener una familia, para concluir que debe reconocerse el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, mediante concepto 5818, radicado el 27 de agosto de 2014, y adenda al mismo presentada el 3 de septiembre del mismo año, solicita a la Corte (i) declarar **exequibles** las expresiones demandadas de los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, por la presunta violación del preámbulo constitucional y los artículos 1º, 13, 42 y 44 constitucionales; y (ii) **estarse a lo resuelto** en la sentencia C-075 de 2007, en relación con los cargos formulados en contra del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990.

De manera introductoria expone algunas *“aclaraciones preliminares”*. Indica que la pretensión del demandante carece de sentido por cuanto de accederse a su solicitud se vaciaría de contenido las disposiciones acusadas, *“dejando a los niños en situación de vulnerabilidad sin la posibilidad de ser beneficiarios de la adopción como una medida de protección de sus derechos”*. Sin embargo, precisa que a pesar de lo anterior no solicitará un pronunciamiento inhibitorio sino de exequibilidad ya que las expresiones atacadas son plenamente conformes con la Constitución.

En este apartado el jefe del Ministerio Público advierte que el operador judicial, en su labor hermenéutica, puede añadir una capa de significados a las normas constitucionales cuando se deducen razonablemente de su texto, lo que en el derecho público europeo se conoce como *“mutaciones constitucionales”*. Sin embargo, precisa, no puede dejar de aplicarlas so pretexto de la amplitud y generalidad de dichas cláusulas, ni llegar al punto de atribuirles un sentido opuesto al que se deduce de sus palabras, toda vez que se trata de auténticas normas jurídicas que además ostentan rango superior.

Bajo esta perspectiva, continúa, *“el intérprete deja de ser el guardián de la Constitución y el hermeneuta de ésta (sometido a la Constitución) y pasa a ser Constituyente”*.

A partir de lo anterior entra a referirse a la Sentencia C-577 de 2011. Explica que en esa sentencia la Corte cambió la concepción de familia derivada del texto del artículo 42 de la Constitución Política, aceptando que de esa norma se pueden extraer dos interpretaciones opuestas y a la vez plausibles: la que reconoce un concepto de familia exclusivamente heterosexual y la que también incluye a las parejas homosexuales. A juicio del Procurador, ello representa *“un atentado a las reglas más elementales de la lógica y específicamente al principio de no contradicción”*, porque no puede explicarse cómo de un mismo texto, que no ha sufrido reforma constitucional alguna, puedan derivarse razonablemente dos interpretaciones enteramente opuestas. Según sus palabras, *“hay que concluir –de la mano del principio de no contradicción-, que una interpretación no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias”*.

Para la Vista Fiscal no existe ningún criterio relevante y objetivo que permita señalar que la interpretación original que se hizo del artículo 42 de la Constitución (que solo reconoce la familia heterosexual) deba ser desechada. Por el contrario, continúa, tanto del texto de la norma como de la intención del Constituyente de 1991 se deriva que la heterosexualidad fue la nota característica del concepto de familia. Aclara que si el intérprete de la Constitución no está de acuerdo con el contenido de esta, no puede atribuirle un sentido opuesto al que se deduce directamente de su texto sino que a lo sumo podrá proponer algún proyecto de enmienda, porque de otro modo estaría sustituyendo uno de sus ejes axiales. En consecuencia, el Procurador General solicita a la Corte que *“rectifique su postura y retorne al concepto auténticamente constitucional de familia”*.

De otra parte, considera que ha operado la cosa juzgada constitucional en relación con la expresión demandada del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, según lo resuelto en la Sentencia C-075 de 2007, que examinó la misma norma con idénticos cargos de inconstitucionalidad y reconoció los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, desestima la existencia de cosa juzgada constitucional en relación con las normas acusadas de la Ley 1098 de 2006.

En cuanto al análisis de fondo, sostiene que las expresiones impugnadas son respetuosas del contenido del preámbulo y del artículo 1º de la Constitución. Indica que el actor da al concepto de mínimo vital un alcance que no tiene, al pretender ampliarlo a condiciones espirituales de subsistencia digna; y que parte de una premisa equívoca por cuanto dichas normas no definen el concepto de familia, del cual se ocupó directamente el Constituyente (artículo 42 CP).

Tampoco vislumbra la violación del principio de dignidad humana desde la dimensión del derecho a vivir sin humillaciones, ni del principio de pluralismo. En su sentir, lo que en realidad molesta al actor es la falta de reconocimiento de las uniones homosexuales como familia, asunto ajeno a las normas acusadas del código de la infancia y de la adolescencia.

Añade que los apartes demandados no vulneran el artículo 13 de la Carta ni el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A su juicio, no toda distinción entre las parejas heterosexuales y homosexuales es discriminatoria, según lo ha aceptado la propia jurisprudencia constitucional (incluso en la sentencia C-577 de 2011), sobre todo debido a que los supuestos de aplicación de las normas demandadas son distintos, lo cual implica que no existe un imperativo de dar el mismo trato.

Recuerda que la adopción no es un derecho sino una medida de protección a favor de los niños. Y aclara que ninguna de las condiciones previstas para ella se refiere al sexo o a la orientación sexual, *“lo que es muy diferente de las condiciones o el vínculo jurídico que se exige tener a las parejas que deseen adoptar, o a los efectos que las condiciones personales o el estilo de vida de determinada persona pueda tener en el cumplimiento de los requisitos listados”*.

Concordante con lo anterior, desestima la vulneración de los artículos 42 y 44 superiores. En su concepto, a las uniones conformadas por parejas del mismo sexo no resulta aplicable el régimen de adopción vigente en el código de la infancia y la adolescencia, *“y mucho menos puede la Corte Constitucional hacer esta aplicación analógica extensiva a éstas parejas, en tanto que ello, si acaso, sería propio de la órbita de configuración del Legislador, en atención a su función constitucional y al principio democrático”*.

Para el Ministerio Público no se vislumbra cómo las normas acusadas puedan comprometer el principio de interés superior del menor, cuando por el contrario fijan rigurosos estándares para brindarle una familia inspirada en la relación biológica paterno/materno filial. Según sus palabras, *“no es posible crear un vínculo jurídico semejante al que existiera entre dos homosexuales y su descendencia biológica, porque dos homosexuales no pueden tener descendencia biológica”*.

Concluye que como existe división de opiniones científicas respecto de los efectos que puede tener para los niños el hecho de ser adoptados por parejas o personas homosexuales, el principio del interés superior del menor exige que no se realicen *“experimentos de ingeniería social con los niños en situación de vulnerabilidad”*.

Por último, reseña algunas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el trato diferenciado entre parejas heterosexuales y homosexuales y la posibilidad de adoptar, que a su juicio están en la misma línea argumentativa por él expuesta.

En **ADENDA** presentada el 3 de septiembre de 2014 el Jefe del Ministerio Público expone su disconformidad con los argumentos expuestos por la Corte en la Sentencia SU-617 de 2014, reseñados en el comunicado de prensa 35 de la misma anualidad. Opina que en esa decisión la Corte interpretó el ordenamiento jurídico vigente de manera distinta a la que se deriva de su tenor literal y de la jurisprudencia constitucional, lo que indebidamente podría afectar los parámetros de juicio en el presente proceso. En concreto, alega que la Corte incurrió en dos errores: (i) invadir las competencias legislativas y (ii) equiparar dos conceptos diversos como son familia y estado civil. Asimismo, insiste en el deber de aplicar el principio *pro infans*, “*en lugar de hacer ingeniería y experimentos sociales cuando está de por medio la garantía de su bienestar y de sus derechos fundamentales, que son prevalentes*”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1.- Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución, la Corte es competente para conocer el asunto de la referencia ya que se trata de una demanda interpuesta contra normas que hacen parte de las leyes 54 de 1990 y 1098 de 2006.

2.- Breve presentación del caso

2.1.- El demandante sostiene que las normas parcialmente acusadas no permiten la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo, lo que considera contrario al Preámbulo y a los artículos 1º, 7º, 13, 42 y 44 de la Constitución, así como a los artículos 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuerda que las parejas homosexuales han sido históricamente discriminadas, tanto por el ordenamiento jurídico como por la sociedad colombiana, al punto que sus derechos han venido siendo reconocidos solo mediante un lento y difícil proceso de evolución jurisprudencial.

Afirma que no existe cosa juzgada derivada de la Sentencia C-814 de 2001, más aún ante el cambio de precedente que significó la Sentencia C-577 de 2011, cuando la Corte abandonó la noción de familia exclusivamente heterosexual y monógama para acoger un concepto sociológico fundado en el respeto al pluralismo.

En cuanto al análisis de fondo señala que las normas acusadas, en la medida en que solo permiten la adopción por parte de parejas heterosexuales, y consecuentemente excluyen de ella a las parejas del mismo sexo, vulneran su derecho a vivir dignamente, desconocen el principio del pluralismo y la diversidad cultural, violan el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual, desconocen el derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia y a no ser separados de

ella, y atentan contra el interés superior del menor y su derecho a tener una familia.

2.2.- Varios de los intervinientes han solicitado a la Corte declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud de la demanda¹⁵. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar aduce que no se cumplen los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia en la formulación de los cargos porque: (i) el actor desconoce que la adopción es un mecanismo encaminado a proteger los derechos de los niños y no de los posibles adoptantes; (ii) los cargos no pueden fundamentarse en la aplicación práctica que de las normas haga una autoridad pública; y (iii) no se demuestra cuáles son los motivos para que las parejas del mismo sexo se asimilen a las parejas heterosexuales a efecto de adoptar.

Las universidades de los Andes (Programa PAIIS) y Externado de Colombia (petición principal) consideran que, además de las insuficiencias argumentativas de la demanda, la Corte debe inhibirse porque las normas acusadas en realidad tienen un contenido neutro y no establecen ninguna distinción entre parejas heterosexuales y del mismo sexo para adelantar procesos de adopción. Sobre esto último, aseguran, del contenido de la expresión “*compañeros permanentes*” no puede inferirse que el Legislador haya excluido a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar, de manera que la demanda recae sobre una interpretación subjetiva del actor y no sobre un contenido que realmente se derive de las preceptos impugnados, lo cual conduce a un fallo inhibitorio.

2.3.- A juicio de algunos intervinientes¹⁶, en virtud de la Sentencia C-075 de 2007 ha operado la cosa juzgada constitucional en relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990. Uno de ellos asegura que también existe cosa juzgada material en lo concerniente a la adopción por parejas del mismo sexo¹⁷, porque en la Sentencia C-814 de 2001 la Corte declaró exequibles las normas del – entonces vigente- Código del Menor, que la restringieron a parejas conformadas por hombre y mujer.

2.4.- En lo concerniente a la constitucionalidad de las normas demandadas, la mayoría de intervinientes comparte la posición del actor, aunque cada uno aborda un análisis desde diferentes perspectivas¹⁸. En general, argumentan que

¹⁵ En este sentido se orientan las intervenciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de la Universidad de los Andes (Programa PAIIS) y de la Universidad Externado de Colombia. El Ministerio del Interior formalmente solicita un pronunciamiento inhibitorio aunque su análisis es de fondo, circunscrito a que la argumentación del accionante se ubica dentro de la órbita funcional del Congreso de la República en el marco de la cláusula general de competencia legislativa que le asiste.

¹⁶ Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, Dejusticia y Colombia Diversa.

¹⁷ Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

¹⁸ Ministerio de Salud, Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo, Universidad de Medellín, Universidad del Norte, Universidad Externado de Colombia (subsidiariamente), Universidad Javeriana - Grupo de investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Libre, Dejusticia, Colombia Diversa, Comisión Colombiana de Juristas, Profamilia, Grupo de apoyo a mamás lesbianas, Corporación FEMM, Iglesia Episcopal de Colombia, Colombia Diversa – Amicus Curiae de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México), Colombia Diversa – Amicus Curiae del Instituto Williams de la

la Corte debe reconocer y dejar en claro que las familias conformadas por parejas del mismo sexo pueden participar en procesos de adopción en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. Para ello piden declarar inexequibles las expresiones demandadas o condicionar su constitucionalidad en ese sentido.

2.5.- Finalmente, también desde enfoques distintos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (petición subsidiaria), la Universidad de la Sabana, la Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo Internacional, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días y el Procurador General de la Nación consideran que la Corte debe desestimar las pretensiones de la demanda y declarar la exequibilidad –pura y simple- de las normas acusadas.

3.- Asuntos procesales previos

Teniendo en cuenta que un ciudadano presentó solicitudes de impedimento, recusación y nulidad, y que algunos intervinientes y el jefe del Ministerio Público han planteado dudas acerca de la aptitud de la demanda o la existencia de cosa juzgada constitucional, la Corte encuentra necesario analizar previamente esos asuntos procesales.

En primer lugar debe determinar si las solicitudes de impedimento, recusación y nulidad son procedentes. En segundo lugar, corresponde evaluar si la demanda reúne las exigencias para abordar un pronunciamiento de fondo o si por el contrario debe inhibirse por ineptitud de la misma. En tercer lugar, es preciso examinar si ha operado la cosa juzgada constitucional. Por último, corresponde establecer si es de recibo la solicitud de integración de la unidad normativa elevada por dos intervinientes.

De esta manera, la Corte solo podrá abordar el análisis material de las normas acusadas en el evento en que sean desestimados los cuestionamientos de orden procesal antes referidos.

3.1.- Solicitudes de impedimento, recusación y nulidad

3.1.1.- El ciudadano Jesús Armando Suárez Pascagaza, representante legal y presidente de la Fundación Marido y Mujer, presentó ante la Corte Constitucional un escrito en el que solicita al Magistrado Sustanciador declararse impedido para conocer del presente asunto, que se declare la nulidad de lo actuado, la designación de un nuevo ponente y el nombramiento de los conjueces correspondientes¹⁹. En concreto elevó las siguientes peticiones:

Universidad de California (EEUU), Colombia Diversa – Amicus Curiae del Instituto Williams de la Universidad de California (EEUU), Amicus Curiae de la Facultad de Derecho de American University (EEUU), PAIS - Amicus Curiae del Colegio de Abogados de Nueva York (EEUU), Alejandro Badilla (y otros) y Juliana Camacho Martínez.

¹⁹ Señala que ha presentado denuncia penal y disciplinaria contra varios magistrados, entre ellos el sustanciador, por las decisiones adoptadas en las sentencias C-577 de 2011 y SU-617 de 2014.

- “1.- Solicito al Señor Magistrado Palacio Palacio, declararse impedido, por todo lo dicho antes.
- 2.- Solicito a la Sala Plena de la Corte Constitucional, la designación de nuevo ponente y el nombramiento de conjueces correspondientes.
- 3.- Tramitar incidente de nulidad que afecta el proceso constitucional por vicios de procedimiento que lo afectan y una vez subsanado, se dé, el trámite correspondiente.
- 4.- Solicito a la Corte constitucional declararse inhibida en el presente asunto por cuanto la cláusula general de competencia señalada por la Constitución para determinar sobre el régimen de adopciones en Colombia le corresponde al Congreso de la república o no mediante sentencia de control constitucional”.

3.1.2.- Debido a que el asunto se encuentra a consideración de la Sala Plena de la Corte Constitucional, procede la corporación a examinar las solicitudes.

Al respecto lo primero que debe señalarse es que el ordenamiento jurídico ha consagrado instituciones procesales para que el juez, en su función de administrar justicia, se retire del conocimiento de un determinado asunto (*impedimento*) o permita que otros, basados en las mismas causales, soliciten su separación (*recusación*). En el caso de los procesos de control abstracto de constitucionalidad, ha precisado la jurisprudencia²⁰, los incidentes de recusación o impedimento se sujetan a reglas específicas, autónomas e integrales, tanto en lo referente a las causales de procedencia como en cuanto al trámite a seguir, previstas en los artículos 25 a 31 del Decreto 2067 de 1991²¹ y en el artículo 79 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional²².

3.1.3.- Tomando como base ese régimen la Corte ha explicado que “*la solicitud de que un magistrado se declare impedido resulta improcedente, por cuanto una manifestación en ese sentido debe emanar exclusivamente del operador jurídico que considere estar incurso en una de las causales establecidas en el Decreto 2067 de 1991*”²³. En consecuencia, la petición elevada por el ciudadano Suárez Pascagaza para que un magistrado declare un supuesto impedimento debe rechazarse por improcedente.

²⁰ Cfr., Corte Constitucional, Auto 282 de 2012.

²¹ “Artículo 25. En los casos de objeciones del Gobierno a un proyecto de ley por inconstitucionalidad y en los de revisión de los decretos dictados en ejercicio de las facultades que otorgan los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Nacional, serán causales de impedimento y recusación: haber conceptuado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada; haber intervenido en su expedición; haber sido miembro del Congreso durante la tramitación del proyecto; o tener interés en la decisión”.

“Artículo 26. En los casos de acción de inconstitucionalidad por parte de cualquier ciudadano, serán causales de impedimento y recusación, además de las establecidas en el artículo anterior, tener vínculo por matrimonio o por unión permanente, o de parentesco en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con el demandante”.

²² “Artículo 79. En los asuntos de constitucionalidad. Todos los asuntos de constitucionalidad de que conoce la Corte Constitucional se someterán, en lo que hace a impedimentos y recusaciones, a las causales y al trámite consagrados en el Capítulo V del Decreto 2067 de 1991, en lo pertinente”.

²³ Corte Constitucional, Auto 126 de 2011. La Corte rechazó, por improcedente, la solicitud de impedimento formulada en el marco de proceso de control abstracto adelantado por acción pública de inconstitucionalidad.

3.1.4.- Ahora bien, en cuanto al trámite de una eventual recusación el artículo 28 del Decreto Ley 2067 de 1991 dispone lo siguiente:

“Artículo 28. Cuando existiendo un motivo de impedimento en un magistrado o conjuer, no fuera manifestado por él, podrá ser recusado o por el Procurador General de la Nación o por el demandante. La recusación debe proponerse ante el resto de los magistrados con base en alguna de las causales señaladas en el presente decreto.

Cuando la recusación fuere planteada respecto de todos los magistrados, el pleno de la Corte decidirá sobre su pertinencia”.

La expresión subrayada fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-323 de 2006, *“en el entendido de que la facultad mencionada en cabeza del Procurador General de la Nación o del demandante no es exclusiva ni excluyente, sino que cuando la norma utiliza el verbo ‘podrá’ debe entenderse que tanto el Procurador General como el demandante pueden solicitar la recusación de un Magistrado, pero igualmente lo pueden hacer aquellas personas que ostenten la calidad de ciudadano. Así, el demandante desde el momento de presentación de la demanda y los demás ciudadanos que impugnen o defiendan las normas acusadas desde el momento en que así hayan intervenido dentro del término de fijación en lista”.*

Para el asunto bajo examen la Sala constata que el escrito de recusación fue presentado por un ciudadano que no intervino ante la Corte Constitucional dentro del término de fijación en lista para impugnar o defender la constitucionalidad de las normas acusadas. En esa medida, carece de legitimidad para proponer el incidente de recusación²⁴, por lo que su solicitud debe desestimarse.

3.1.5.- En concordancia con lo anterior, el peticionario también carece de legitimidad para proponer un incidente de nulidad. Sobre esto último, en la sentencia C-258 de 2013 la Corte puntualizó:

“Esta Corporación ha considerado que sólo está legitimado para solicitar la nulidad de sus sentencias, proferidas en sede de control de constitucionalidad, quien ha actuado como parte o como interviniente en el proceso²⁵.

Ahora bien, sobre esta última categoría, la de ciudadano interviniente, conviene indicar que, tal como lo señala su designación, el ciudadano debe ostentar la calidad de interviniente, la cual se adquiere cuando efectivamente éste radica en la Secretaría General de la Corte Constitucional, escrito de intervención con destino al proceso correspondiente, y dentro de los términos que el juez de control de constitucionalidad indique para ello. Esto es, dentro de los diez días de

²⁴ Cfr., Corte Constitucional, Auto 029 de 2009 y Sentencia C-258 de 2013, entre otras decisiones.

²⁵ Auto 029 de 2009.

fijación en el lista para intervención ciudadana, regulados en el inciso segundo del artículo 7° del Decreto 2067 de 1991.

En el término de fijación, según constancia de la Secretaría General de la Corporación intervinieron: (...)

Es decir, dentro del término de fijación en lista, los ciudadanos (...), no intervinieron en el proceso de constitucionalidad. Los peticionarios solo participaron con posterioridad, en la audiencia pública convocada en este proceso por citación de la Corte, como voceros de las mencionadas asociaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

En consecuencia, se negará la solicitud de nulidad por falta de legitimación de los peticionarios²⁶.

En este orden de ideas, la Corte rechaza por falta de legitimidad e improcedentes las peticiones de impedimento, recusación y nulidad elevadas por el señor Suárez Pascagaza.

3.1.6.- Por último, en cuanto a las solicitudes de designación de conjueces y de inhibición, la Sala advierte que también deben desestimarse por cuanto son inherentes al devenir procesal y a la discusión que corresponde adoptar a la corporación de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 2067 de 1991 y el Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

3.2.- Aptitud parcial de la demanda

En este apartado la Sala examinará tres aspectos: si el ciudadano demandó la totalidad de las normas relevantes para llevar a cabo el juicio de constitucionalidad (3.2.1); si la acusación recae sobre un contenido normativo cierto y verificable que se derive de las expresiones demandadas (3.2.2.); y si los cargos de la demanda fueron presentados en debida forma de manera que cumplen las exigencias mínimas para abordar un análisis de fondo (3.2.3).

a.- Integración de la proposición jurídica completa

En la Sentencia C-802 de 2009 la Corte conoció de una acción pública de inconstitucionalidad presentada contra las expresiones “*conjuntamente los compañeros permanentes*”, del numeral 3° del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la infancia y la adolescencia), y “*hombre y mujer*”, del artículo 1° de la Ley 54 de 1990 (régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho), también demandadas en esta oportunidad. En aquel entonces el ciudadano argumentó que dichas normas vulneraban los artículos 1°, 2°, 13, 15, 16 y 42 de la Constitución, por excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar.

²⁶ En sentido similar pueden consultarse los Autos , entre otros, el Auto A-280 de 2010, A-107 de 2011

Al evaluar la idoneidad de la demanda la Corte concluyó que debía inhibirse para pronunciarse de fondo, pero no porque no fuera cierto que las normas acusadas pueden interpretarse en el sentido de excluir a las parejas del mismo sexo de los procesos de adopción, sino porque el accionante omitió demandar otras disposiciones que regulan la adopción y el rol parental. En tal sentido, la Sala se refirió a la necesidad de que también hubiesen sido acusados varios apartes de los artículos 64, 66 y 68 (numeral 5º) del Código de la Infancia y la Adolescencia con el fin de integrar la proposición jurídica completa, sin que pudiese enmendarse ese yerro en virtud del carácter rogado del control por vía de acción pública de inconstitucionalidad²⁷.

A diferencia de lo ocurrido en aquel entonces, en el asunto que ahora es objeto de examen la Sala constata que el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas, siguiendo los lineamientos de la Sentencia C-802 de 2009, ha acusado las disposiciones que se echaron de menos en ese momento.

b.- La demanda recae sobre un contenido cierto y verificable. La ley 1098 de 2006 excluyó la adopción por parejas del mismo sexo.

Algunos intervinientes sugieren que la demanda adolece de falta de *certeza* en la medida en que las normas acusadas, y en particular la expresión “*compañeros permanentes*”, presentan una redacción neutra al no establecer ninguna distinción entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo, de donde no se infiere –como lo hace el actor– que la adopción por parte de estas últimas se encuentre prohibida en la ley de infancia y adolescencia. Según su criterio, desde esta perspectiva la demanda recae sobre una interpretación subjetiva del ciudadano y no sobre un contenido que realmente se deriva de los preceptos impugnados, lo cual conduciría a un fallo inhibitorio. También sostienen que la demanda incumple los requisitos de *claridad, especificidad, certeza, pertinencia y suficiencia* en la formulación de los cargos.

²⁷ Sentencia C-802 de 2009: “Observa la Corte que, en esta oportunidad, el demandante se limitó a demandar el numeral 3º del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que establece los requisitos para adoptar, y algunas expresiones del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, que definen la unión marital de hecho, para de allí deducir una presunta discriminación de las parejas del mismo sexo, por no prever la posibilidad de adoptar un hijo en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. Sin embargo, el actor no tuvo en cuenta otras disposiciones que desarrollan la institución de la adopción, las cuales, para llegar a una conclusión en uno u otro sentido, tendrían que ser examinadas de manera conjunta y sistemática con las disposiciones demandadas. // En efecto, en este caso, el problema jurídico planteado por el demandante se orienta a impugnar la exclusión de las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar conjuntamente. Sin embargo, de manera más amplia el cuestionamiento tiene que ver con el reconocimiento jurídico del rol parental de manera conjunta a la pareja homosexual, lo cual remite no sólo a la consideración de la posibilidad de que una pareja homosexual adopte a un menor, sino también a la adopción de un menor por el compañero o compañera permanente del mismo sexo de su progenitor biológico, hipótesis que encuadraría en las previsiones de los artículos 64, 66 y 68, numeral 5º del Código de la Infancia y la Adolescencia, disposiciones que no fueron demandadas en este proceso. De hecho varias de las intervenciones y mucha de la evidencia científica aportada a este expediente de constitucionalidad apuntan a esta segunda situación. // (...) De este modo concluye la Corte que, dado que el control de constitucionalidad que compete a esta corporación no es oficioso, sino que exige la identificación precisa de la proposición jurídica demandada y la satisfacción, en relación con toda ella, de una carga de argumentación, no le es posible subsanar la falencia advertida en la presente demanda, en cuanto no se integró la proposición jurídica completa, de manera que lo procedente es la inhibición para proferir un pronunciamiento de fondo sobre los artículos acusados”.

Pese a la redacción en principio neutra del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, los antecedentes legislativos y el entendimiento dominante de la norma en la comunidad jurídica conducen a la Corte a concluir que en la legislación no se encuentra prevista la adopción por parejas integradas por personas del mismo sexo. Es decir, para la Sala, el régimen legal vigente no contempla la adopción por parejas del mismo sexo.

La anterior conclusión se confirma al revisar los antecedentes legislativos, dentro de los cuales es posible destacar dos aspectos relevantes: (i) para sostener que el legislador transitó hacia un modelo radicalmente distinto de adopción como el que se propone, tendría que haber existido una deliberación expresa y consciente sobre el cambio, pero esta discusión nunca se dio; es decir, en el Congreso no se debatió ni se decidió sobre la adopción homoparental, sino que se presupuso que se daría continuidad al modelo previsto en el Código del Menor; (ii) aunque al final del trámite parlamentario hubo algunas intervenciones que advirtieron sobre la redacción neutra de la norma, estas intervenciones no debe ser entendidas como un intento por abrir el debate sobre la nueva modalidad de adopción, sino como una advertencia sobre la fórmula gramaticalmente correcta que diera cuenta de la voluntad legislativa, que no se puso en cuestión, ni se controvertió.

En efecto, una revisión de los antecedentes y debates al interior del Congreso de la República durante el trámite de aprobación del actual Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) demuestra que el Legislador, de manera deliberada y consciente, excluyó la adopción por parejas del mismo sexo.

Como punto de partida debe decirse que la normativa bajo examen presenta un cambio significativo en comparación con la legislación anterior: en el Código del Menor (Decreto Ley 2737 de 1989) se establecía que, además de la adopción individual, podían adoptar conjuntamente los cónyuges y la pareja formada “*por el hombre y la mujer*” que demostrara convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años²⁸. A diferencia de ello, en el Código de la Infancia y de la Adolescencia el Legislador optó por referirse en forma genérica a los “*compañeros permanentes*”.

²⁸ “ARTICULO 89.- Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo. Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad, en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el Artículo 91 del presente código”. En la Sentencia C-477 de 1999 la Corte declaró exequible este artículo, siempre y cuando se entienda que también es aplicable a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja. Asimismo, en la Sentencia C-093 de 2001 la Corte declaró exequible la expresión “*haya cumplido veinticinco años*”, del precitado artículo.

“ARTÍCULO 90. Pueden adoptar conjuntamente: “1. Los cónyuges. // 2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior”.

Sin embargo, tanto la adopción por personas solteras como la utilización del término “*compañeros permanentes*” fue objeto de abierta discusión, precisamente por sus eventuales implicaciones para la adopción por personas solteras de orientación homosexual y por parejas del mismo sexo. Por ejemplo, se destaca la intervención del congresista Reginaldo Enrique Montes Álvarez, quien en la plenaria de Senado se opuso en forma categórica a la adopción por personas solteras y *compañeros permanentes* del mismo sexo, al considerar que se desconocía el concepto de familia y se comprometían los derechos de los niños. Sostuvo lo siguiente:

“En el país se ha abierto un gran debate sobre el problema del homosexualismo, y en general, de los gay y aquí tenemos un proyecto que no ha alcanzado a ser puesto en consideración de esta Plenaria, que tiene que ver con la seguridad social para las parejas gay y los derechos patrimoniales para estas parejas. Pero hay otro tema que se ha tomado el mundo, que es el tema del matrimonio de los gay y el tema de la adopción de las parejas gays. Yo he escuchado multiplicidad de encuestas donde muchos Congresistas han manifestado su aquiescencia, su beneplácito al tema que tiene que ver con derechos patrimoniales, pero han demostrado y han expresado su total oposición a lo que tiene que ver con la adopción de niños por parte de las parejas gay.

Pues yo les quiero decir que el artículo 67 que nosotros aprobamos, que esta Plenaria aprobó, abre la enorme posibilidad de que las parejas gay puedan adoptar en Colombia y ya fue votado. ¿Por qué abre esa posibilidad? Porque el artículo contempla requisitos para adoptar: Podrá adoptar quien siendo capaz haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente.

Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente y dice el artículo: Podrán adoptar, primero: Las personas solteras. Yo les quiero decir: Si el artículo habla de que el soporte es la familia, ¿una persona soltera representa una familia? No encarna ninguna familia en Colombia, el artículo 42 de nuestra Constitución define la familia y dice: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Aquí no estamos en presencia de la familia y este Código lo estamos aprobando en defensa de la niñez. ¿Será posible que una persona soltera represente una familia en Colombia? No. ¿O es que acaso después de que un soltero adopte un niño no puede entrar en unión de cualquier naturaleza con otra persona de su mismo sexo y simplemente utilizó la soltería como medio para adoptar y ya podemos invocar la condición para revocar la adopción?

Pero más adelante el artículo señala que también podrán adoptar, numeral 3, conjuntamente los compañeros permanentes, los compañeros permanentes pueden ser la pareja gay. ¿Quién ha dicho que no? Y sigue mencionando compañeros permanentes. Es por eso que yo propongo para tratar de impedir que se configure esto que se puede traducir en un enorme perjuicio para los niños en Colombia, con opción de ser adoptados, que excluyamos el numeral 1º que tiene que ver con que los solteros puedan adoptar.

Y en lo que tiene que ver con los compañeros permanentes, expresamente señalemos que deben ser compañeros heterosexuales permanentes, que sean de diferentes sexos a efecto de precaver cualquier tipo de decisión que vaya en contravía de que los niños puedan ser utilizados por las parejas gay y adoptarlo en forma indebida. Es por eso, honorables miembros de esta Plenaria, que yo quiero solicitarles que aprobemos la reapertura del artículo que ya está reabierto y ojalá se acoja esta propuesta para que no dejemos la posibilidad de que niños que necesitan ser adoptados puedan caer precisamente a través de estas vías siendo acogidos en hogares gay, que no es lo que quiere el Código del Menor y la Infancia”²⁹. (Subrayado fuera de texto)

En el curso del debate el Senador Héctor Helí Rojas intervino para precisar que las personas solteras sí pueden adoptar, con independencia de su orientación sexual, aunque expresó sus reparos a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, en la medida en que –para entonces, de acuerdo con la jurisprudencia- no se consideraban como familia. Dijo al respecto:

“Señora Presidenta, mire, yo estoy. Perdóneme un punto de orden. Yo como ponente quiero decir lo siguiente: Mire, estamos pendientes de un debate, el doctor Luis Guillermo Vélez y los citantes han sido gentiles en esto, no nos faltan sino estos dos artículos, con el 27 en el que intervendrá el señor Ministro de Hacienda.

Mire, yo quiero dejar clara la posición de los ponentes, Senador Reginaldo y Senadora Alexandra Moreno Piraquive, su propuesta significaría un grave retroceso en materia del desarrollo de los derechos Constitucionales de los colombianos.

Ya son varias las sentencias que señalan que las personas solas también pueden adoptar, eso ocurre en muchos países del mundo y eso ocurre en Colombia, la Corte Constitucional en la Sentencia C-814 de 2001 ha respaldado, Senador Reginaldo Montes, el tema de la familia monoparental; una persona que ha tomado como opción de vida vivir sola , no contraer matrimonio, perfectamente puede adoptar porque de lo contrario sería profundamente discriminatorio, no evaluamos si el

²⁹ Gaceta del Congreso número 402 del 26 de septiembre de 2006, p.13 y 14. Acta de Plenaria de Senado al trámite del proyecto de ley número 215 de 2005 Senado, 85 de 205 Cámara.

adoptante está casado o no está casado, evaluamos si tiene la capacidad moral, obviamente la capacidad económica y otras capacidades, pero ante todo la capacidad moral para adoptar. Me parece que su propuesta de negar la adopción a la familia monoparental, es inconstitucional porque ya hay Cosa Juzgada Constitucional, no podemos aterrarnos de que una persona soltera pueda adoptar.

Y en el segundo caso, yo quiero dejarle claro al Senado me da pena con los proponentes pero el tema es Constitucional, aquí no estamos proponiendo que las parejas homosexuales puedan adoptar, yo no sé de dónde saca esa deducción un jurista como Reginaldo Montes, que sabe con claridad que la Constitución ha definido cuál es la única familia que además es fundamento de toda la construcción de la sociedad colombiana, es la familia que integra un hombre y una mujer, eso dice la Constitución y eso lo ha desarrollado la Corte Constitucional.

Yo los llamo a que reflexionemos sobre estos temas porque la semana pasada o antepasada la Corte Constitucional, señores Senadores, profirió una sentencia en la que dijo que ni siquiera las parejas homosexuales tienen derecho a la sustitución pensional, mucho menos a adoptar; por eso por aquí hay unos proyectos en camino tratando de regular de alguna manera humana el tema de las parejas homosexuales, pero yo les pediría y que conste en el acta, que es el espíritu, que es la ponencia, no podemos ir más allá de lo que dice la Constitucional y la Corte Constitucional en ese tema, los solteros pueden adoptar, las parejas homosexuales no pueden adoptar todavía en Colombia, porque haría falta reformar otros aspectos de la Constitución y, doctor Reginaldo Montes, también la Corte Constitucional ha sido clara en que frente al tema de los compañeros permanentes lo que se privilegia en Colombia es la unión matrimonial. ¡Claro! Pero los compañeros permanentes también tienen unos derechos y ahí se evalúa igualmente no el tema de las condiciones o de las preferencias sexuales, se evalúa la idoneidad moral para sustituir como medida protectora el amparo paternal o maternal que merecen los menores.

Yo no quiero profundizar en el tema, pero ahí están las sentencias de la Corte Constitucional, ahí están las convenciones internacionales. Me parece, con mucho respeto, que esta propuesta se debe rechazar, pero agradecemos que la hayan presentado los ponentes porque nos permite dejar claro entonces que no estamos promoviendo la adopción de las parejas por parte de parejas homosexuales, ese no es tema de esta ley y ese no es un tema suficientemente desarrollado como para que se pueda sacar de aquí esa conclusión.

Y segundo, queda claro que los solteros obviamente son seres humanos que tienen derecho y que pueden adoptar, es mi posición y en eso estaríamos de acuerdo los ponentes, yo quiero que la repiensen y ojalá que la retiraran y la dejáramos para cuando venga aquí el debate de las

parejas homosexuales, que creo que está en camino para la reglamentación de sus derechos”³⁰.

A continuación el Senador Jesús Antonio Bernal Amorocho expresó su acuerdo con lo dicho por su predecesor, en el sentido de reconocer a las personas solteras y a los compañeros permanentes la posibilidad de adoptar, pero insistió en la necesidad de dejar en claro que sólo podrían adoptar los compañeros permanentes “*heterosexuales*”, para “*no dejar ningún esguince*”. Según sus palabras:

“Yo estoy de acuerdo con el Senador Héctor Helí. El 50% de las parejas en Colombia no están conformadas por un hombre y una mujer, son personas que viven solas o que terminaron separadas o que tienen sus hijos; yo creo que las personas de las parejas en Colombia no están conformadas por un hombre y una mujer, son personas que viven solas o que terminaron separadas o que tienen sus hijos; yo creo que las personas solteras deben tener la posibilidad de adoptar y puedan conformar una familia, hay mujeres que no se casaron y quieren tener un hijo o quieren adoptar un hijo o hay hombres que nunca se casaron y quieren conformar una familia. Yo creo que es lícito el que esas personas solteras tengan la potestad de adoptar, pero segundo, no, un minuto.

Segundo, yo estoy de acuerdo con el Senador, voy a hablar a título personal porque esta es una opinión en donde el Polo tiene un criterio y yo personalmente tengo otro. Yo creo que el Senador Reginaldo Montes tiene razón, si usted deja que los compañeros permanentes así puedan adoptar, esos compañeros permanentes pueden ser personas del mismo sexo, pueden ser hombres viviendo juntos o pueden ser mujeres, en eso es mejor que haya la puntualidad y en eso yo estoy de acuerdo con él, yo no estoy de acuerdo con que las parejas gay puedan adoptar, no lo comparto, no estoy de acuerdo con que las parejas lesbianas puedan adoptar, no estoy de acuerdo. Entonces, es mejor precisarlo, es mejor escribirlo, es mejor decir los compañeros permanentes heterosexuales o las parejas tal como lo define la Constitución, pueden adoptar, pero es mejor no dejar el esguince. Ustedes saben el adagio en Colombia, hecha la ley hecha la trampa y entonces por algún esguince que se deje por ahí se pueden meter.

Yo en ese aspecto, yo personalmente no puedo comprometer ni una sola de las opiniones del resto de mis compañeros de bancada, pero yo personalmente no comparto que se abra la posibilidad para que ellos puedan adoptar”³¹. (Subrayado fuera de texto)

El senador Armando Benedetti interpelló en los siguientes términos:

³⁰ Gaceta del Congreso número 402 del 26 de septiembre de 2006. Acta de Plenaria de Senado al trámite del proyecto de ley número 215 de 2005 Senado, 85 de 205 Cámara.

³¹ Ídem, Gaceta del Congreso número 402 del 26 de septiembre de 2006, p.14-15.

“Es que en el mismo sentido que habló el Senador Héctor Helí, es claro que la Constitución define qué es una familia, por lo tanto se apruebe o no se apruebe lo que ha propuesto el doctor Reginaldo Montes, es inocuo, porque la Constitución define, repito, lo que es la familia.

Además, existe que dentro del proceso de adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hace unos estudios previos en donde si la persona es soltera, esa persona tendrá que demostrar que hace parte de una familia y que tiene los componentes y las características para tener esa adopción.

Por último, quiero recordarle al señor Reginaldo Montes también, cómo hay una compañera soltera, una compañera que tuvimos en la Cámara de Representantes, en la Comisión Primera, que adoptó una niña, lo cual fue motivo de felicidad para ella, para nuestros compañeros y para uno mismo, porque sabemos la alegría inmensa que le ha traído este ser a este otro ser que es un colega nuestro y para nada se estaba abriendo desde ahí un camino que tiene que ver con el derecho de los gay.

Y por último, doctor Jesús Bernal, lo que estamos hablando o el proyecto que viene que presentó el Senador y compañero Alvaro Araújo, tiene que ver con igualdad de derechos patrimoniales, no para ninguna otra clase de derechos. Muchas gracias, señora Presidenta”.
(Resaltado fuera de texto)

La Senadora Alexandra Moreno Piraquive expresó su desacuerdo con la adopción tanto por personas solteras como por parejas del mismo sexo, al considerar que estas no eran modalidades de constituir una familia:

“Gracias, Presidenta. Yo acabo de radicar una proposición y me parece que el debate se está desviando por otro camino, por lo siguiente: La propuesta que hago, Senador Héctor Helí, es eliminar el primer numeral del artículo 67 que si es para que dentro de los requisitos para adoptar seamos muy rigurosos y aunque la Constitución, Senador Benedetti, es clara y dice quién hace la familia, ahí no dice que la familia la hace una persona, la hacen dos personas, la discusión sexual es para otro día, no podemos discutir hoy el tema sexual del soltero o de los casados o, etc., no, para mí es la capacidad del Estado.

Y es que acaso ustedes, Senadores, recordando hace una o dos semanas la niña de 11 años que se embarazó por su padrastro y que esto terminó en un aborto, delegándole sobre esta niña y esta familia la responsabilidad, bueno y dónde está el Estado, por qué, porque en este tema de la adopción de la niñez colombiana tenemos que profundizar la responsabilidad del Estado y por eso vetando, Senador Héctor Helí, que tiene un proceso. Solo he radicado esta propuesta porque hay otras que las radicaré en un proyecto de ley para modificar la patria potestad.

Y es que con el caso de la niña de 11 años que terminó en un embarazo con un aborto, con un abuso sexual constante de 4 años, donde el juez penal le ordenó al Bienestar Familiar retirar a la niña de este hogar porque toda la familia consentía el abuso sexual permanente, y qué ha pasado, Bienestar Familiar no hizo caso de lo que le ordena el juez penal y sencillamente le dice a la abuela que es la única que medio pone la cara con valentía por esta niña y la tiene en este momento después del aborto, bueno y el Estado qué, dónde está la responsabilidad del Estado.

Y aunque la Constitución sí dice que quién conforma la familia, que son dos personas, me parece que el Estado colombiano debe hacer respetar los derechos de la familia, por eso yo solicito que sí se elimine este numeral donde dice personas solteras, aquí nada tiene que ver la sexualidad, Senador, pero sí hay algo, la niñez colombiana está por encima de esta discusión y me parece importante que la niñez colombiana tenga un doliente en el Congreso y que seamos uno en este sentir; hay estudios, investigaciones, denuncias, donde los abusadores sexuales se disfrazan, se convierten en pediatras, se convierten en los profesores de los preescolares; entonces, este es un tema que incluso a través de ser solteros, uno no podría determinar qué hay detrás de eso, pero para prevenir porque el Estado no está en capacidad de asumir su real responsabilidad.

Aquí en el tema del aborto, se lo delegó a una niña de 11 años, por favor, qué es esto, dónde está el Estado colombiano, por eso también en la ley que yo anuncio que es para modificar la patria potestad y que sea una causal el consentimiento como así lo hizo la madre, todos estos cuatro años hasta que el abuso sexual se convirtió en embarazo y en un aborto, también el Estado colombiano tenga una responsabilidad, porque la dependencia económica se volvió la excusa para que las madres toleren indefinidamente el abuso sexual que ya hoy en dónde vamos, y el Estado colombiano no ha hecho absolutamente nada.

Propongo también en el tema de la patria potestad un fondo para que estas madres tengan recursos económicos y no sea la excusa la dependencia económica; entonces, para mí el tema es la niñez colombiana. Redondeo, Senador, para sustentar mi propuesta de eliminar este, que no sean personas solteras porque hay que respetar la Constitución y es un hogar y nosotros tenemos que mirar dónde vamos a poner la niñez colombiana, que sean hogares, ya el otro tema se discutirá después pero para mí sí es de vital importancia que empecemos a manejar estos temas más profundamente y no sencillamente con lo que va llegando en el correr de los días o de las modas. Señora Presidenta, muchas gracias”. (Resaltado fuera de texto)

La propuesta del Senador Reginaldo Enrique Montes Álvarez, respaldada por los congresistas Jesús Antonio Bernal Amorocho y Alexandra Moreno

Piraquive, no fue acogida por la mayoría, como lo demuestra el hecho de que, en últimas, se mantuvo la redacción originariamente propuesta. Ello deja en evidencia que al interior del Congreso de la República surgieron respetables discrepancias derivadas del cambio en la redacción y configuración normativa sobre la manera de conformar una familia y los sujetos habilitados para adoptar.

El Congreso optó, entonces, por reconocer expresamente la adopción por personas solteras, con independencia de su orientación sexual, lo que por demás ya estaba previsto en el anterior Código del Menor (art. 89). Sin embargo, en cuanto se refiere a la adopción conjunta por parte de compañeros permanentes “*del mismo sexo*”, una revisión de los debates legislativos muestra que el Congreso fue reticente a su consagración.

En esta medida, el reproche que plantea el demandante acerca de la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar conjuntamente es válido y habilita a esta corporación a pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de las normas acusadas por cuanto la acusación recae sobre una norma jurídica que “*tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto*”³². Así, la demanda se estructura sobre la base de una acusación *cierta*, es decir, a partir de una correspondencia lógica entre las normas impugnadas y las acusaciones planteadas.

c.- Aptitud parcial de los cargos planteados

En cuanto concierne a la aptitud de los cargos de la demanda, ha de recordarse que el artículo 2º del Decreto Ley 2067 de 1991 estipula cuáles son los requisitos mínimos que deben cumplir las acciones de inconstitucionalidad: señalar las disposiciones acusadas; indicar las normas superiores que se consideran infringidas; exponer las razones por las cuales –presuntamente- se desconoce el ordenamiento constitucional; reseñar, cuando sea el caso, el trámite exigido para la aprobación de la norma impugnada y la manera como fue desconocido; y explicar por qué la Corte es competente para conocer del asunto.

Sobre el concepto de la vulneración la Corte ha sido constante en advertir que, a pesar de la informalidad que caracteriza esta acción, los ciudadanos tienen la carga de exponer coherentemente los motivos por los cuales estiman infringido el ordenamiento superior. De acuerdo con la jurisprudencia³³, esta exigencia supone que deben proponer una acusación fundada en razones

³² Corte Constitucional, Sentencia C-871 de 2003.

³³ Cfr., Sentencias C-236 de 1997, C-447 y C-542 de 1997, C-519 de 1998, C-986 de 1999, C-013 de 2000, C-1052, C-1256 de 2001, C-1294 de 2001, C-918 de 2002, C-389 de 2002, C-1200 de 2003, C-229 de 2003, C-048 de 2004, C-569 de 2004, C-1236 de 2005, C-1260 de 2005, C-180 de 2006, C-721 de 2006, C-402 de 2007, C-666 de 2007, C-922 de 2007, C-292 de 2008, C-1087 de 2008, C-372 de 2009, C-025 de 2010, C-102 de 2010, C-028 de 2011, C-029 de 2011, C-101 de 2011 y C-1021 de 2012, entre muchas otras.

*claras*³⁴, *ciertas*³⁵, *específicas*³⁶, *pertinentes*³⁷ y *suficientes*³⁸, de manera que se plantee una duda seria de constitucionalidad.

En esta oportunidad el demandante argumenta que las normas acusadas desconocen el Preámbulo y los artículos 1º, 7º, 13, 42 y 44 de la Constitución, así como los artículos 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En síntesis, considera que dichas normas:

(i) Vulneran el derecho a vivir dignamente de las parejas del mismo sexo (Preámbulo y art. 1 CP), al negarles la posibilidad de desarrollar un plan de vida de acuerdo con sus aspiraciones personales y la reivindicación de sus derechos ante el Estado y la sociedad.

(ii) Desconocen el pluralismo y la diversidad cultural (arts. 1 y 7 CP), al establecer solamente como familia a la conformada por cónyuges o por compañeros permanentes de distinto sexo (hombre y mujer), *“contrariando la pluralidad cultural de familia, dentro de ellas las creadas por vínculos naturales o jurídicos establecida por la nueva interpretación del artículo 42 de la C.P. desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional”*.

³⁴ “La **claridad** de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa”. Sentencia C-1052 de 2001.

³⁵ “Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean **ciertas** significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”. Sentencia C-1052 de 2001.

³⁶ “De otra parte, las razones son **específicas** si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”(C-568 de 1995). El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales”(Autos 097/01, 244/01, Sentencias C-281/94, C-519/98, C-013/00, C-380/00, C-177/01 que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad (C-447/97)”. Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001.

³⁷ “La **pertinencia** también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado”. Sentencia C-1052 de 2001.

³⁸ “La **suficiencia** que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante”. Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001.

(iii) Violan el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual de las parejas del mismo sexo (art. 13 CP), ya que sin justificación alguna impiden que puedan conformar una familia y adopten menores en situación de abandono.

(iv) Desconocen el derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia y a no ser separados de ella (art. 42 CP), de acuerdo con el concepto sociológico de familia fundado en el pluralismo que se acogió en la Sentencia C-577 de 2001.

(v) Atentan contra el interés superior del menor y su derecho a tener una familia (art. 44 CP), al limitar injustificadamente las posibilidades de ser adoptados por una pareja del mismo sexo.

La Sala observa que los argumentos de inconstitucionalidad están centrados en la presunta violación de los derechos de las parejas de mismo sexo. Desde esta perspectiva, encuentra que los cargos fueron planteados en debida forma, excepto el relacionado con la presunta vulneración del interés superior del menor.

Respecto al cargo por violación de la igualdad (art. 13 CP), el accionante reseñó con claridad cuáles son los sujetos involucrados (familias integradas por parejas heterosexuales y familias conformadas por parejas del mismo sexo), indicó en qué consiste el tratamiento diferencial que consagran las normas demandadas (posibilidad de adoptar para unas familias y exclusión para las otras), y expuso las razones por las cuales considera que ello resulta discriminatorio. Fue así como elaboró un test estricto de igualdad a partir de los criterios de finalidad, adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad.

En concordancia con lo anterior, fundamentó por qué considera que las normas acusadas, en tanto excluyen de la adopción a las parejas del mismo sexo, son incompatibles con el concepto sociológico de familia acogido en la jurisprudencia constitucional reciente, en particular desde la Sentencia C-577 de 2011, en contravía –según él– del artículo 42 de la Carta Política.

Lo propio ocurrió respecto de las acusaciones por desconocimiento del derecho a vivir dignamente de las parejas del mismo sexo (art. 1 CP) y de los principios de pluralismo y diversidad cultural (arts. 1 y 7 CP).

Estos argumentos y reproches cumplen con la carga mínima para plantear una duda seria de constitucionalidad, como lo reafirma el hecho de que la gran mayoría de las intervenciones presentadas, así como el concepto del Procurador General de la Nación, han abordado un análisis de fondo desde la óptica del derecho a la igualdad y la posibilidad o no de que las parejas del mismo sexo conformen una familia y puedan participar en procesos de adopción de menores.

Sin embargo, la Corte considera que el cargo por la presunta vulneración del principio del interés superior del menor (art. 44 CP) no cumple las exigencias mínimas de *especificidad* y *suficiencia* para abordar un análisis de fondo. Sobre esta acusación el demandante se circunscribió a alegar que las normas acusadas, al restringir la adopción de menores por parejas del mismo sexo, desconocen que “*dadas las convulsionadas condiciones sociales del país, la falta de educación y la abrumante desigualdad social, muchos niños son abandonados por sus madres y padres, o son huérfanos*”.

La acusación no satisface el requisito de *especificidad* por cuanto los cuestionamientos formulados por el demandante resultan muy amplios e indirectos, al limitarse a referencias genéricas, globales e indeterminadas en cuanto a la presunta vulneración del interés superior del menor.

El accionante no precisa cuál es el alcance del artículo 44 de la Carta Política (que reconoce el interés superior del menor), ni explica su entendimiento de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para confrontarlo luego con las normas parcialmente acusadas y sustentar por qué dicha norma resulta vulnerada con la no inclusión de las parejas del mismo sexo dentro de los sujetos habilitados para adoptar conjuntamente. En otras palabras, propone un razonamiento vago y abstracto que impide un debate concreto a la luz de la norma superior invocada.

Concordante con lo anterior, este cargo tampoco satisface el requisito de *suficiencia* ya que argumentación que ofrece el ciudadano acerca de la vulneración del principio del interés superior del menor es realmente escasa. Sus reflexiones en este punto son lacónicas y huérfanas de un desarrollo analítico de las premisas que plantea, con lo cual no son más que una opinión acerca de la afectación de los derechos de los menores en situación de adoptabilidad, al punto que no existen los elementos de juicio normativos y fácticos necesarios para abordar un examen constitucional desde esta perspectiva.

En síntesis, la Corte encuentra que los cargos de inconstitucionalidad fueron planteados en debida forma, excepto el relacionado con la presunta vulneración del interés superior del menor. Esta última acusación no atiende las exigencias mínimas de especificidad y suficiencia para abordar un análisis de fondo, de manera que la Corte se inhibirá para pronunciarse al respecto por ineptitud sustantiva de la demanda.

3.3.- Inexistencia de cosa juzgada constitucional

La Corte constata que no existe cosa juzgada constitucional en relación con los cargos formulados.

3.3.1.- En cuanto a las expresiones impugnadas de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), debe decirse que a la fecha esta

corporación no se ha pronunciado sobre su constitucionalidad, de manera que no existe cosa juzgada formal³⁹.

Tampoco existe cosa juzgada material⁴⁰, especialmente derivada de la Sentencia C-814 de 2001. En aquel entonces se impugnaron dos apartes de los artículos 89 y 90 del Código del Menor (Decreto Ley 2737 de 1989), hoy derogado, en lo concerniente a la idoneidad “*moral*” como requisito para adoptar y a la posibilidad de esta solo para “*la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años*”. La Corte declaró exequibles dichas normas al considerar que como la Constitución solamente reconocía y protegía la familia heterosexual y monógama, el Legislador podía restringir la adopción a ese tipo de familias.

De esta manera, mientras que en las normas examinadas en la sentencia C-814 de 2001 había una exclusión directa de la posibilidad de adoptar por una familia distinta a la conformada por “*el hombre y la mujer*”, las que ahora se someten a control corresponden a una configuración normativa más amplia, puesto que la Ley 1098 de 2006 utiliza genéricamente la expresión “*compañeros permanentes*”, por demás inserta en un estatuto nuevo y completamente diferente que hace necesaria su delimitación hermenéutica en términos constitucionales. En otras palabras, se trata de dos normas que no son ni formal ni materialmente iguales.

Sumado a lo anterior, la Corte debe tener en cuenta, como lo han señalado varios de los intervinientes, que ha habido giros significativos en la jurisprudencia constitucional. En especial se destaca el cambio de precedente que se introdujo a partir de la Sentencia C-577 de 2011, cuando la Corte abandonó la noción de familia exclusivamente heterosexual y monógama (base de la Sentencia C-814 de 2001), para en su lugar acoger –por unanimidad– un concepto sociológico en el que también están comprendidas las familias integradas por parejas del mismo sexo. En la misma dirección sobresalen las sentencias T-276 de 2012 (adopción de una persona de condición homosexual) y SU-617 de 2014 (adopción conjunta por parejas del mismo sexo), sobre las que luego volverá la Corte.

3.3.2.- Por otro lado, en relación con las expresiones acusadas de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005 (régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho), la Sala constata que tampoco hay cosa juzgada constitucional derivada de las sentencias C-075 de 2007 y C-336 de 2008, que resolvió estarse a lo resuelto en la primera providencia.

³⁹ En términos generales, la cosa juzgada formal impide a la Corte volver a pronunciarse sobre la validez de una misma disposición que previamente ha sido objeto de control abstracto de constitucionalidad. Cfr. Sentencias C-543 de 1992, C-489 de 2000, C-565 de 2000, C-774 de 2001, C-729 de 2009, entre muchas otras.

⁴⁰ La cosa juzgada material se presenta “cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica”. Corte Constitucional, Sentencia C-427 de 1996. Cfr., Sentencias C-774 de 2001 y C-729 de 2009, entre otras.

En la primera de dichas sentencias la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 1° de la referida ley. Sin embargo, se limitó a analizar si el Congreso, al regular el régimen “*patrimonial*” entre compañeros permanentes y limitarlo a las uniones conformadas por un hombre y una mujer, desconoció los derechos a la dignidad humana, igualdad, mínimo vital y la libre asociación de los integrantes de parejas conformadas por personas del mismo sexo. Fue así como planteó el siguiente problema jurídico:

“Teniendo en cuenta la acusación formulada en la demanda y el criterio expuesto por los distintos intervinientes, en esta oportunidad le corresponde a la Corte determinar si la ley, *al establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y limitarlo a las uniones conformadas por un hombre y una mujer*, viola los derechos fundamentales a la igual protección, al respeto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo”. (Resaltado fuera de texto)

En su estudio la Corte concluyó que esa diferenciación se traduciría en un déficit de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo constitucionalmente inadmisibles. Dijo entonces:

“6.2.3.2.- En el ámbito del problema que ahora debe resolver la Corte, resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales.

(...)

6.2.4.- Las mismas consideraciones que permiten establecer que en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de

proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.

(...)

6.3.- A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado”. (Resaltado fuera de texto)

En consecuencia, se declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, “*en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales*”.

Lo anterior pone de presente que la Sentencia C-075 de 2007 solo constituye cosa juzgada relativa implícita⁴¹; y en tanto la Corte no examinó los cargos que ahora se plantean, no hay objeción alguna para abordar un examen de fondo respecto de la constitucionalidad de restringir la adopción a uniones conformadas por compañeros permanentes del mismo sexo.

A su turno, en la Sentencia C-336 de 2008 la Corte simplemente resolvió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-075 de 2007, lo que en nada altera el alcance (relativo) de la cosa juzgada.

Finalmente, es importante aclarar que si bien es cierto que la Ley 54 de 1990 es un estatuto que en esencia regula las relaciones patrimoniales entre compañeros permanentes, también lo es que el artículo 1º de dicha ley, precisamente la norma ahora impugnada, tiene una proyección más amplia: tal precepto define las uniones maritales de hecho “*para todos los efectos*

⁴¹ La cosa juzgada relativa puede ser explícita o implícita: “explícita, en aquellos eventos en los cuales los efectos de la decisión se limitan directamente en la parte resolutive, e implícita cuando tal hecho tiene ocurrencia en forma clara e inequívoca en la parte motiva o considerativa de la providencia, sin que se exprese en el resuelve”. Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 2002.

civiles”, lo cual significa que sus efectos se pueden proyectar más allá de la esfera patrimonial, en el ámbito de las relaciones de filiación y en concreto en los procesos de adopción. Con todo, a la luz de las sentencias referidas, la extensión de los efectos de las uniones maritales de hecho a los compañeros permanentes del mismo sexo se ha circunscrito al ámbito de los derechos patrimoniales.

3.4.- Solicitud de unidad normativa

Dos intervinientes⁴² han solicitado a la Corte integrar al juicio de constitucionalidad el numeral 2º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, según el cual también pueden adoptar “*los cónyuges conjuntamente*”. En su concepto, ello se justifica teniendo en cuenta (i) que la demanda hace “*un ejercicio de acopio de las disposiciones que se refieren específicamente a los cónyuges y compañeros permanentes como sujetos adoptantes*”, y (ii) que la pregunta a resolver es la relativa a quiénes pueden adoptar.

Examinado el asunto con detenimiento la Corte no encuentra necesaria la integración normativa invocada. En efecto, la presente controversia gira en torno a la constitucionalidad o no de restringir la adopción por “*compañeros permanentes*” únicamente a parejas heterosexuales, con la consecuente exclusión de los compañeros del mismo sexo y la presunta afectación de sus derechos constitucionales, mas no sobre la adopción conjunta cuando estos han formalizado su vínculo ante juez o notario en los términos de la sentencia C-577 de 2011; es decir, no se examina si dicha unión puede ocurrir o no bajo la modalidad de matrimonio.

En consecuencia, la pregunta a resolver no se dirige a determinar si las parejas del mismo sexo pueden o no formalizar su unión a través de la institución del matrimonio, sino a establecer si la exclusión de dichas parejas de la posibilidad de adoptar vulnera sus derechos a la igualdad y a conformar una familia y no ser separados de ella.

4.- Problema jurídico y metodología de análisis

Como ya se dijo, la demanda está fundada en el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo (discriminación por orientación sexual) y del concepto constitucional de familia acogido a partir de la Sentencia C-577 de 2011, al no incluirlas como potenciales participantes en los procesos de adopción de menores. A ese examen constitucional se circunscribirá la Corte en la presente sentencia⁴³.

En este punto es necesario aclarar que la demanda recae sobre dos modalidades diferentes de adopción. De un lado, (i) se acusan las normas que

⁴² Dejusticia y Colombia Diversa.

⁴³ Ante la ineptitud de la demanda en la formulación del cargo por desconocimiento del interés superior del menor, la Corte se abstendrá de analizar la información acopiada al respecto, que en todo caso se reseña en documento Anexo a esta sentencia.

tienen que ver con la adopción conjunta, ejercida por compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida por lo menos de dos años (núm. 1° del art. 64 y núm 3° del art. 68 de la Ley 1098 de 2006). De otro, (ii) se impugnan las normas que versan sobre la adopción complementaria o por consentimiento, cuando se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente, con la anuencia de este (núm. 5° del art. 64, art. 66 parcial y núm 5° del art. 68 de la Ley 1098 de 2006).

Sobre la base de los antecedentes expuestos, sintetizado el contenido de la demanda, de las intervenciones y del Procurador General de la Nación, y superadas las cuestiones previas de orden procesal, la Corte debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿Las normas que regulan la adopción conjunta y complementaria por parte de compañeros permanentes, al no incluir a las parejas del mismo sexo como posibles adoptantes, vulneran sus derechos a no ser discriminadas por motivo de sexo o de orientación sexual, así como sus derechos a constituir una familia y no ser separadas de ella (arts. 13 y 42 CP)?.

Para dar respuesta a ese interrogante la Sala abordará el análisis de los siguientes núcleos temáticos: (i) la adopción como medida de protección al menor para garantizar su derecho a tener una familia y restablecer los vínculos filiación; (ii) los criterios a tener en cuenta para restablecer vínculos de filiación de menores de edad; (iii) las parejas del mismo sexo como familias constitucionalmente reconocidas y el régimen legal de adopción; (iv) la prohibición de discriminación por orientación sexual y los tratamientos diferenciales constitucionalmente admisibles; (v) los sujetos habilitados para adoptar en el Código de la Infancia y la Adolescencia; y finalmente, (vi) el examen constitucional de las normas demandadas.

5.- La adopción como medida de protección al menor para garantizar su derecho a tener una familia y suplir las relaciones de filiación

5.1.- El artículo 5° de la Constitución ampara a la familia como “*institución básica de la sociedad*”, lo que se reafirma en el artículo 42 al calificarla de “*núcleo fundamental de la sociedad*”. En correspondencia, el artículo 44 del mismo estatuto consagra el derecho fundamental de los niños “*a tener una familia y no ser separados de ella*”.

Estas normas guardan armonía con los estándares fijados por el derecho internacional y los instrumentos que reconocen el derecho a la familia y su importancia como piedra angular para el desarrollo social y el bienestar de los menores. Solo a manera de ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos cataloga a la familia como el “*elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”⁴⁴. La Declaración de los Derechos del Niño (1959) afirma que el menor debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, en cualquier caso en un

⁴⁴ “ARTÍCULO 16.- 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

entorno de afecto y seguridad moral y material⁴⁵. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) sostiene que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad⁴⁶. El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966) estipula que la familia se erige como base para el desarrollo de los hijos⁴⁷. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) consagra el derecho a la protección familiar⁴⁸. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda (1986), indica que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil, y que *“el bienestar del niño depende del bienestar de la familia”*⁴⁹. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) ve en la familia el *“grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, [que] debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*, además de exigir el deber de los Estados de velar por la protección de los menores cuando vean afectado su medio familiar⁵⁰.

En general, las normas que regulan los derechos de los menores *“parten del supuesto sociológico según el cual el desarrollo armónico e integral del menor depende, en buena medida, de que crezca en un ambiente de afecto y solidaridad moral y material. Por esta razón, tales disposiciones protegen de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del menor”*⁵¹.

⁴⁵ “PRINCIPIO VI.- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (...)”.

⁴⁶ “ARTÍCULO 23.- 1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁴⁷ “ARTÍCULO 10.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

⁴⁸ “ARTÍCULO 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. // 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. // 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. // 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. // 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

⁴⁹ RESOLUCIÓN 41/85 de 1986.- “A.- Bienestar general de la familia y del niño. Artículo 1°. Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño. // Artículo 2°. El bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.

⁵⁰ “ARTÍCULO 20.- 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. // 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. // 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

5.2.- La importancia del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, ha explicado la jurisprudencia constitucional, radica en que su garantía es *“condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta”*⁵². De manera que, siendo obligación del Estado asegurar el derecho de los niños, en particular de aquellos que se encuentran en situación de abandono, *“impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales”*⁵³.

El derecho que asiste a todo menor a tener una familia se encamina a propiciar las condiciones para su desarrollo armónico e integral en un entorno de amor y cuidado. Por eso, cuando un niño no tiene una familia que lo asista, ya sea por el abandono de sus padres biológicos o por cualquier otra causa, y los demás familiares directos incumplen sus deberes de asistencia y socorro, *“es el Estado quien debe ejercer la defensa de sus derechos al igual que su cuidado y protección”*⁵⁴.

5.3.- En este escenario la adopción se refleja como la institución jurídica por excelencia para garantizar al menor expósito o en situación de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella⁵⁵. La adopción, ha dicho la Corte, *“persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un núcleo familiar.”*⁵⁶

Con esta institución se pretende suplir las relaciones de filiación de un menor que las ha perdido o que nunca las ha tenido y que, por lo mismo, se encuentra en condición jurídica de adoptabilidad, esto es, en situación de ser integrado a un nuevo entorno familiar. Pero no a cualquier familia, sino a aquella en la que, en tanto sea posible, se restablezcan los lazos rotos y, sobre todo, se brinde al menor las condiciones para su plena y adecuada formación. Así, los procesos de adopción están principalmente orientados a garantizar a los menores en situación de abandono una familia en la que puedan asegurar un desarrollo integral y armónico, condición de posibilidad para hacer efectivos otros derechos fundamentales: *“de ahí que la adopción se haya definido como*

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En relación con este derecho pueden consultarse las Sentencias T-523 de 1992, T-531 de 1992, T-429 de 1992, T-500 de 1993, T-178 de 1993, T-274 de 1994, T-447 de 1994, T-290 de 1995, T-383 de 1996, C-477 de 1999, T-510 de 2003, T-078 de 2004, T-165 de 2004, T-497 de 2005, T-137 de 2006, T-599 de 2006, T-900 de 2006, T-566 de 2007, T-515 de 2008, T-705 de 2009, T-887 de 2009, T-572 de 2010, C-840 de 2010, T-1042 de 2010, T-488 de 2011, C-577 de 2011, T-580A de 2011, T-012 de 2012, T-663 de 2012, T-723 de 2012, T-768 de 2013, T-772 de 2013 y C-239 de 2014, entre muchas otras.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-477 de 1999.

⁵⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1995, C-562 de 1995, T-587 de 1998, C-477 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-881 de 2001, T-360 de 2002, C-831 de 2006, C-804 de 2009, C-577 de 2011, T-276 de 2012, SU-617 de 2014

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia”⁵⁷.

Ese reconocimiento implica que en los procesos de adopción ha de primar el beneficio del menor, lo cual significa que el Estado tiene la obligación de asegurar que quien o quienes aspiren a hacer parte de una nueva familia reúnan todas y cada una de las exigencias de idoneidad para cumplir su nuevo rol, procurando siempre potenciar el desarrollo integral del niño.

De manera que si bien es cierto que la adopción crea entre adoptante(s) y adoptado un nuevo vínculo filial, por lo que surgen entre unos y otros los derechos y obligaciones inherentes a esa relación de parentesco, también lo es que *“la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia*”⁵⁸. En el mismo sentido la jurisprudencia ha explicado que *“los casos en que se decide la ubicación de los menores en hogares sustitutos o adoptivos son paradigmáticos en este sentido, puesto que el proceso de adopción como un todo debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del menor*”⁵⁹.

5.4.- El actual Código de la Infancia y la Adolescencia⁶⁰, que entre otros asuntos regula los procesos de adopción, estipula en su artículo 1° que dicho estatuto tiene como finalidad garantizar a los niños, niñas y adolescentes *“su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”⁶¹. En concordancia con ello, el artículo 2° traza como objetivo principal el de fijar las normas sustantivas y procesales *“para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento*”⁶².

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En aquella oportunidad la Corte constató que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el interés superior de una menor, en especial su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, al aplicar la norma legal sobre irrevocabilidad del consentimiento para dar en adopción transcurrido un mes, y en consecuencia negar a su madre biológica la posibilidad de recuperar a su hija, dada en adopción en forma irregular puesto que dicho consentimiento no fue idóneo al no ser apto, asesorado e informado.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001. En aquella oportunidad la Corte declaró exequible la norma de anterior código del menor, que exigía 25 años como edad mínima para adoptar.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

⁶⁰ Ley 1098 de 2006. Esta norma derogó el antiguo Código del Menor (Decreto Ley 2737 de 1989).

⁶¹ “ARTÍCULO 1.- Finalidad. Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.

⁶² “ARTÍCULO 2.- Objeto. El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado”.

El artículo 6° del Código recoge el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como parámetro de interpretación y aplicación de las normas⁶³, y en su artículo 8° lo define como *“el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*⁶⁴.

En ese marco normativo se regulan los elementos centrales de los procesos de adopción en Colombia. Allí se contempla que la adopción es una medida de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁶⁵. Más adelante se precisa que esta es, *“principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”*⁶⁶.

La autoridad central en la materia es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quien se reserva la posibilidad de desarrollar programas de adopción y autorizar a ciertas instituciones para llevarlos a cabo (art. 62). Por regla general solo pueden adoptarse menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres (art. 63), aunque excepcionalmente se permite la adopción de mayores de edad cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho años, y siempre con el consentimiento entre adoptante y adoptivo (art. 69).

El Código también señala los efectos jurídicos que conlleva la adopción, que en esencia son los inherentes a la relación de parentesco que subyace entre padres e hijos (art. 64); prohíbe a terceros ejercer acciones para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, pero permite a este promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil respecto de sus padres biológicos, para demostrar que en realidad no lo eran (art. 65); establece rigurosas condiciones y requisitos para otorgar el consentimiento de dar en adopción, bajo la premisa de que sea informado, libre y voluntario (art. 66); consagra el principio de solidaridad familiar (art. 67) y los requisitos para la adopción (art.68); fija reglas especiales para la adopción de niño, niña o

⁶³ “ARTÍCULO 6.- Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. // La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas”.

⁶⁴ “ARTÍCULO 8.- Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

⁶⁵ “ARTÍCULO 53.- Medidas de restablecimiento de derechos. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas: (...) 5.- La adopción”.

⁶⁶ “ARTÍCULO 61.- Adopción. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

adolescente indígena (art. 70); estipula la prelación para adoptantes colombianos (art. 71); señala pautas para la adopción internacional (art. 72); regula lo concerniente a los programas de adopción (art.73); prohíbe el pago en el trámite de procesos de adopción (art. 74); establece la reserva documental (art. 75) y el derecho del adoptado a conocer su origen familiar (art. 76); asigna al Defensor de Familia la función de declarar la situación de adoptabilidad de los menores (art.82.14) o autorizar la adopción en los casos previstos en la ley (art.82.15); atribuye a los jueces de familia la competencia para conocer de los procesos de adopción (art.124); fija las reglas especiales de procedimiento (art. 126); entre otros aspectos.

Cabe decir que aun cuando el Legislador ha contemplado otras medidas de protección, entre las que sobresalen la ubicación en la familia extensa⁶⁷, en un hogar o red de hogares de paso⁶⁸, o en un hogar sustituto⁶⁹, también lo es que todas ellas tienen carácter transitorio, de manera que no ofrecen la misma eficacia que la que por su naturaleza -definitiva e irrevocable- brinda la adopción para hacer efectivo al menor su derecho a tener una familia y crecer en un entorno favorable a su formación integral.

5.5.- Respecto de los adoptantes, se destacan varias posibilidades: (i) la adopción individual o monoparental, cuando el adoptante es una sola persona, por ejemplo las personas solteras o el guardador del pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; (ii) la adopción conjunta, ejercida por cónyuges o compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años; y (iii) la adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o compañero o compañera permanente, con la anuencia de este (arts. 66 y 68).

6.- Criterios a tener en cuenta para establecer vínculos de filiación de menores de edad

6.1.- La adopción es una medida de protección encaminada a suplir, en cuanto sea posible, las relaciones de filiación de un menor que las ha perdido o que nunca las pudo forjar, con miras a asegurar su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, a garantizar su desarrollo armónico e integral, y a potenciar el disfrute efectivo de sus demás derechos fundamentales.

En este sentido la Sala considera importante examinar diversos precedentes jurisprudenciales relacionados con la manera como se han resuelto conflictos asociados a la integración de un menor en su entorno familiar, biológico o de crianza, y con base en ello fijar algunos criterios a tener en cuenta para definir vínculos de filiación de menores de edad, en especial cuando se carece de ellos, por cuanto no todas las estructuras familiares están en las mismas

⁶⁷ Ley 1098 de 2006, artículos 54 y 56.

⁶⁸ Ley 1098 de 2006, artículos 57 y 58.

⁶⁹ Ley 1098 de 2006, artículo 59.

condiciones –ni fácticas, ni jurídicas- para participar en procesos de adopción por el solo hecho de haber sido constitucionalmente reconocidas.

6.2.- Desde sus primeras decisiones en la materia, la **Sentencia T-217 de 1994**, esta corporación dejó sentada la premisa según la cual el derecho a tener una familia puede asegurarse en el seno de la familia biológica o en su defecto en una familia de crianza (hogar de hecho). En aquella oportunidad la Corte examinó el caso de una mujer que había cuidado a un niño expósito (abandonado o expuesto en un paraje público) durante un tiempo considerable. Aunque solicitó al ICBF que constituyera su casa en “*hogar amigo*” del menor, como paso previo a su adopción, nunca obtuvo respuesta y debido a problemas personales con la Defensora de Familia del lugar de residencia existía el riesgo de que no se le permitiera continuar cuidándolo, por lo que presentó acción de tutela.

La Corte, luego de referirse al principio de solidaridad y al derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, aclaró que aun cuando lo normal es que el niño nazca y crezca en el seno de una familia, y lo excepcional que sea expósito, en todo caso “*el derecho del menor a tener una familia no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima*”.

Fue así como constató que la actitud de la funcionaria del ICBF era contraria al principio de solidaridad, al desconocer que el menor –quien había sido abandonado- se encontraba en un “*hogar de hecho*” donde recibía cuidado y amor, de manera que no podía ser sustraído de su entorno a menos que existiese alguna razón que lo justificara. En palabras de la Corte:

“Los niños son objeto primordial de la solidaridad social. Obstaculizar a quién ejerce sana y eficaz solidaridad en favor de un menor, es vulnerar el derecho que éste tiene a que se la presten. Así se interpreta el Derecho humanitario.

Si un núcleo humano está protegiendo eficaz y honestamente a un niño, el Estado no puede válidamente hostigar y atacar a quien cumple con el deber constitucional de la solidaridad. Y si lo hace, está poniendo en peligro la asistencia que le dan al niño para su desarrollo armónico e integral.

(...)

El niño tiene derecho a que se le preste solidaridad. Y es ilógico que si un niño está ubicado concretamente en un hogar que solidariamente le brinda protección, funcionarios del Estado desubiquen al menor con la disculpa de buscarle una ubicación abstracta. Esta actitud incoherente atenta contra la solidaridad objetiva y va en contra del Estado Social de Derecho.

(...)

Si la Defensoría de Menores no ha ejecutado la medida administrativa de protección del expósito colocándolo en el Hogar Amigo donde viva en buenas condiciones, lo cual constituye, en verdad, un hogar de

hecho, esta omisión no borra el derecho fundamental del niño a formarse la imagen de una familia que le otorga cuidado y hogar.

Y si no hay una razón válida, justa, sustentada en la ley, que permita sustraer al menor del Hogar que le brinda protección, la amenaza de la separación constituye una violación a los derechos fundamentales del niño.

El derecho del menor a tener una familia, no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima. Es también el derecho a que provisionalmente el niño tenga su hogar amigo, su familia sustituta, por eso el Código del Menor emplea el término COLOCACION FAMILIAR”. (Resaltado fuera de texto)

Con estas razones la Corte confirmó la decisión de segunda instancia, que amparó los derechos del menor y dispuso que permaneciera provisionalmente en su familia de hecho, bajo la modalidad de “hogar amigo”, mientras se adelantaba el proceso de adopción.

6.3.- En la **Sentencia T-278 de 1994** la Corte analizó el caso de una menor que fue dejada por su progenitora al cuidado de una pareja, con quienes forjó sólidos vínculos afectivos durante cerca de cinco años. Transcurrido ese lapso la madre acudió al ICBF para expresar su deseo de recuperar a la menor (también el presunto padre), por lo que la pareja de crianza interpuso acción de tutela. Luego de evaluar el material probatorio allegado, la Sala amparó los derechos de la menor y autorizó su permanencia en el hogar de sus cuidadores, y no con su madre biológica, mientras se resolvía definitivamente su situación jurídica. Al respecto sostuvo:

“Cómo decirle a (...) que regrese al lado de su madre o que la quiera, o que desee verla, cuando es ella misma quien no le ha ofrecido ni brindado el amor, el cuidado y la protección que para su formación y desarrollo requiere? Todo niño, y aún el adulto, necesita recibir manifestaciones y expresiones de amor y solidaridad para sentirse que es querida o que alguien se preocupa por él o por ella? En especial, el niño desde el momento mismo de su nacimiento, requiere de manifestaciones de amor y cariño: un regalo, un detalle o algo que le permita sentirse amada. Pero si sus padres, que son los primeros llamados a brindar al niño esas expresiones de afecto, no lo hacen, se irá formando en él una persona sin sentimientos, cuyo rechazo hacia sus padres y hacia la sociedad se hacen notorios.

(...)

Y es que, ¿cómo amar a quien no se ama, o que no le da motivos para hacerlo? Y es que (...) fue ‘abandonada’ a la suerte de los esposos (...), desde los cinco (5) años, edad en la que la presencia, asistencia, protección y amor de los padres es fundamental para el desarrollo y la formación integral de la menor. Y fue precisamente en el hogar de los (...), donde encontró el amor, el cuidado y el cariño que necesitaba. Por

tanto, no sólo sería injusto sino además absurdo, que se ordenara a la menor regresar al lado de una persona, que se dice su madre, por el sólo hecho de haberla traído al mundo, pero que por lo demás es un ser desconocido y lejano para la niña. Y es que debe enfatizar la Corte, madre no es sólo quien da a luz o trae al mundo un hijo, sino fundamentalmente, quien le inculca los principios y valores esenciales para su vida, y le ofrece el amor, el cuidado y la protección que requiere para lograr su desarrollo armónico y equilibrado.

En el presente caso, es claro para la Sala que la menor (...) ha sido afortunada al encontrar un hogar que le ha brindado el amor, el cuidado y la protección, indispensables para su desarrollo armónico e integral, y donde ha podido hacer efectivo ese derecho tan fundamental para todo ser humano, como lo es el tener una familia y unos padres, lo cual redundará favorable y benéficamente en la formación de su personalidad, en los términos del artículo 16 de la Carta Política.

No existe por lo anterior, motivo ni justificación alguna, dentro del marco del Estado social de derecho, ni dentro de los principios de solidaridad y convivencia social que inspiran nuestro ordenamiento constitucional, uno de los cuales es la protección y cuidado de los niños, para que la menor (...) deba regresar al lado de su madre biológica, cuando ella no puede brindarle el cuidado y la asistencia necesaria, ni menos aún, el amor y la protección de una familia, como la que en la actualidad y desde hace más de cinco años viene otorgándole la familia (...), a la que la niña reconoce como su familia”. (Resaltado fuera de texto)

En estas condiciones la Corte antepuso la protección de la menor; privilegió su permanencia en el hogar de crianza -estable y amoroso- en el cual se encontraba, antes que el regreso con su madre biológica, con quien no se habían construido lazos de familiaridad más allá del simple nexo de consanguinidad.

6.4.- De otra parte, como ya se dijo, la importancia del derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella se explica porque es *“condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta”*⁷⁰. Y como es obligación del Estado asegurar ese derecho, en particular cuando el menor se encuentra en situación de abandono, *“impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros,*

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En relación con este derecho pueden consultarse las Sentencias T-523 de 1992, T-531 de 1992, T-429 de 1992, T-500 de 1993, T-178 de 1993, T-274 de 1994, T-447 de 1994, T-290 de 1995, T-383 de 1996, C-477 de 1999, T-510 de 2003, T-078 de 2004, T-165 de 2004, T-497 de 2005, T-137 de 2006, T-599 de 2006, T-900 de 2006, T-566 de 2007, T-515 de 2008, T-705 de 2009, T-887 de 2009, T-572 de 2010, C-840 de 2010, T-1042 de 2010, T-488 de 2011, C-577 de 2011, T-580A de 2011, T-012 de 2012, T-663 de 2012, T-723 de 2012, T-768 de 2013, T-772 de 2013 y C-239 de 2014, entre muchas otras.

que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales”⁷¹.

Con este argumento, en la **Sentencia T-587 de 1998** la Corte consideró que el ICBF vulneró el derecho de una menor a tener una familia, al negar a una pareja de extranjeros, con quienes había convivido durante varios años y en cuyo hogar se había integrado plenamente, la posibilidad de adoptarla. La entidad argumentó que la hija biológica que tenía la pareja era de una edad menor y tal circunstancia podría generarle traumatismos al perder su “*primogenitura*”.

La Corte recordó que las normas que regulan los derechos de los menores “*parten del supuesto sociológico según el cual el desarrollo armónico e integral del menor depende, en buena medida, de que crezca en un ambiente de afecto y solidaridad moral y material. Por esta razón, tales disposiciones protegen de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del menor*”. Asimismo, explicó que si bien la familia biológica está constitucionalmente reconocida, ello “*no implica que la familia que se constituye al margen de los vínculos biológicos no sea también objeto de protección constitucional*”.

En cuanto al derecho de los niños que no pueden ser cuidados por sus padres consanguíneos, la Corte puso de presente que “*existen numerosos eventos en los cuales la familia ‘natural’ no constituye un medio adecuado para el desarrollo integral del menor*”. Señaló como ejemplo aquellos eventos en los cuales el comportamiento violento de los padres se convierte en factor de amenaza a la integridad del niño, así como los casos de orfandad o abandono por parte de los padres biológicos.

En estos eventos, dijo la Corte, “*surge la obligación inaplazable del Estado de establecer instituciones encargadas de suplir, hasta donde ello resulte posible, las carencias que padece el menor que se ve obligado a separarse de su familia natural*”, donde la adopción se refleja como la más importante medida de protección para suplir tales carencias.

Al examinar el caso concreto se ampararon los derechos de la menor a tener una familia y no ser separada de ella, teniendo en cuenta: (i) que no existía una norma, principio o directriz que sirviera de fundamento para negar una solicitud de adopción en defensa del derecho de los hijos de la familia adoptante a seguir siendo los “*hijos mayores*”; (ii) que el ICBF no aportó estudios científicos para demostrar que la adopción de un menor en esas condiciones generaba una perturbación grave del desarrollo de los restantes miembros del núcleo familiar; y (iii) que tampoco se demostró que en ese caso fuera posible prever un resultado negativo en alguno de los integrantes del hogar, en especial de los niños. En consecuencia, ordenó al ICBF reanudar en forma celeré el proceso de adopción.

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

6.5.- Con una orientación similar, en la **Sentencia T-049 de 1999** este Tribunal conoció el caso de una menor, de siete meses de edad, quien había sido entregada por su madre biológica al cuidado de una familia donde recibió la debida atención. Sin embargo, pese a que la familia expresó su disposición para continuar cuidando a la niña y a su madre biológica, de repente la Defensoría de Familia del ICBF la trasladó a un hogar sustituto.

Para amparar los derechos de la menor y mantener su permanencia con quienes le habían cuidado, bajo la modalidad de “*hogar amigo*”, la Corte precisó que el concepto de familia no está referido solamente a la comunidad natural o biológica, sino que se puede extender para incorporar a personas no vinculadas por lazos de consanguinidad. De acuerdo con el fallo:

“Desde luego, el concepto de familia no incluye tan sólo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía, incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquéllos integrantes, o cuando, por diversos problemas -entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos-, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico.

El Estado tiene la obligación de obrar en tales casos con la mira puesta en la mejor protección del niño. Pero, naturalmente, no bajo la perspectiva de una función ciega y predeterminada, independiente de las circunstancias, sino fundada en la realidad. Es decir, la intervención estatal sólo tiene cabida en cuanto se requiera su actividad y en búsqueda de mejores condiciones que las actuales; no para desmejorar la situación del menor, ni para someterla al albur de mundos desconocidos cuando el que lo rodea es adecuado a la finalidad perseguida.

(...)

La Sala no encuentra ninguna razón que consulte los intereses y derechos de los niños para que el Defensor de Familia haya tomado la decisión de trasladar de hogar a la pequeña en referencia, si precisamente todas las circunstancias afortunadamente estaban dadas para que las dos menores -madre e hija- lograran llevar una vida menos adversa, como la que hasta hace poco tuvieron que soportar”.
(Resaltado fuera de texto)

Significa lo anterior que para modificar las condiciones de ubicación familiar de un menor es imprescindible tener en cuenta si en realidad este se halla en situación de amenaza o peligro, porque de otro modo (es decir, cuando su entorno es favorable) la intervención del Estado puede afectar negativamente

sus derechos e intereses, en particular el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. En otras palabras, dijo la Corte, *“toda decisión administrativa o judicial que recaiga sobre un menor debe tomarse teniendo como punto esencial de referencia que aquélla haya de propender, antes que a cualquier otra cosa, a lograr su máximo beneficio, y que debe evitarse, a toda costa, adoptar una medida que pueda causarle un daño físico o espiritual, o disminuir o extinguir las condiciones de mejor protección en que se encuentra”*.

6.6.- A su turno, en la **Sentencia T-715 de 1999** se explicó que los derechos de un niño se afectan cuando, sin valorar adecuadamente su situación familiar, este es separado en forma abrupta e intempestiva de un hogar con el cual ha desarrollado vínculos afectivos legítimos, aun si no es su familia consanguínea⁷². En ese caso la Corte amparó los derechos de una menor que fue separada de su hogar sustituto, en el que había permanecido cerca de cinco años de vida con la anuencia de su madre biológica (sordomuda), quien podía visitarla sin dificultades. Entre otras consideraciones la Sala sostuvo lo siguiente:

“El niño tiene derecho a que se le preste solidaridad. Y es ilógico que si un niño está ubicado mediante decisión del Estado en un hogar que solidariamente le brinda protección, funcionarios del Estado atenten contra la solidaridad objetiva.

Una Defensora de familia, al producir un rompimiento de lazos afectivos que el mismo ICBF contribuyó a crear por permitir la prolongación indebida del hogar sustituto, no puede invocar el factor competencia como argumento para dejar sin piso los derechos fundamentales y principios constitucionales señalados en el artículo 44 de la Constitución Política”.

6.7.- Por otra parte, en la **Sentencia T-510 de 2003** la Corte analizó el caso de una mujer a quien el ICBF le negó la posibilidad de recuperar a su hija dada en adopción, luego de transcurrido más de un mes de otorgado el consentimiento, sin tener en cuenta que este no fue apto, asesorado e informado. Advirtió que para definir si un menor debe permanecer con su familia biológica o con otro grupo familiar es importante *“determinar los efectos que puede generar la decisión en uno u otro sentido sobre la estabilidad psicológica del niño, en atención a su nivel de madurez, y al grado de solidez e importancia de los vínculos que haya establecido con quienes le cuidan”*.

La providencia, que amparó los derechos de la menor, destacó la presunción que existe a favor de su permanencia en la familia biológica, por considerar que, al menos en principio, se encuentra mejor situada para brindar el cuidado y afecto que necesita. Preferencia que no se fundamenta en una suerte de

⁷² En sentido similar pueden consultarse las sentencias T-941 de 1999 y T-893 de 2003, entre otras.

“*privilegio*” de la familia natural sobre otras estructuras familiares –porque todas son merecedoras de protección constitucional-, sino por el hecho físico de que todos los niños cuentan con una familia biológica o consanguínea; de modo que separarlos de ese entorno natural solo se justifica cuando existan poderosas razones para hacerlo. En palabras de la Corte:

“Existe tanto en el derecho constitucional como en el internacional, y en sus desarrollos legales, una presunción a favor de la familia biológica, en el sentido de que ésta se encuentra, en principio, mejor situada para brindar al niño el cuidado y afecto que necesita. Esta presunción, que se deduce del mandato del artículo 44 Superior según el cual los niños tienen un derecho fundamental a no ser separados de su propia familia, y forma parte de los criterios jurídicos existentes para determinar el interés superior de menores en casos concretos, no obedece a un “privilegio” de la familia natural sobre otras formas de familia - ya que todas las distintas formas de organización familiar son merecedoras de la misma protección -, sino al simple reconocimiento de un hecho físico: los niños nacen dentro de una determinada familia biológica, y sólo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas para ello reguladas en las leyes vigentes.

En otras palabras, el derecho constitucional de los niños a estar con una familia y no ser separados de ella, se materializa *prima facie*, y como consecuencia del hecho biológico del nacimiento, en el seno de la familia constituida por sus progenitores; por ello, cuando los padres sean conocidos y no estén en circunstancias que hagan prever que el niño no se desarrollará integralmente ni recibirá el amor y cuidado necesarios con ellos, el interés prevaleciente del menor es estar con ellos, salvo que en cada caso se demuestre lo contrario.

(...)

La presunción a favor de la familia biológica únicamente puede ser desvirtuada con argumentos poderosos sobre su ineptitud para asegurar el bienestar del niño, o sobre la existencia de riesgos o peligros concretos para el desarrollo de éste, de conformidad con los criterios arriba establecidos. Por otra parte, la prueba sobre la existencia de tal ineptitud o tales riesgos le corresponde no a la familia biológica, sino a quien pretende desvirtuar la presunción para efectos de sustentar la ubicación del menor en cuestión en un ambiente familiar alterno”.

(Resaltado fuera de texto)

Sin embargo, la corporación aclaró que cuando un menor ha sido entregado físicamente a su familia adoptiva la presunción deja de operar porque es altamente probable que en el nuevo entorno hayan crecido nuevos vínculos de amor, solidaridad y dependencia, lo que demanda mayor cautela para retornarla a su familia consanguínea:

“No obstante, debe precisar la Sala que en los casos de niños que han sido entregados físicamente a su familia adoptiva, la presunción a favor

de la familia biológica deja de operar, puesto que es altamente probable que con los familiares adoptivos se establezcan vínculos de afecto y dependencia cuya alteración incidiría negativamente sobre la estabilidad del menor; en esto radica el carácter irrevocable de la adopción, una vez se ha consolidado el proceso respectivo. Ello no implica que los niños que se encuentran en estas circunstancias nunca puedan ser restituidos a su familia biológica; únicamente significa que frente a estos casos, debe evaluarse cuidadosamente si resulta más benéfico para el menor permanecer con su familia adoptiva. En otras palabras, parte integral del análisis destinado a establecer el interés superior de un menor entregado en adopción, en los eventos en que se esté debatiendo su permanencia con su familia biológica o con otro grupo familiar, consiste en determinar los efectos que puede generar la decisión en uno u otro sentido sobre la estabilidad psicológica del niño, en atención a su nivel de madurez, y al grado de solidez e importancia de los vínculos que haya establecido con quienes le cuidan. Si se determina que la separación puede incidir negativamente sobre la estabilidad del menor, habrá de adoptarse la solución más apta para propiciar un desarrollo continuo y estable de su personalidad.

(...)

Por eso, en algunos casos esta Corte ha decidido que el menor entregado después de un proceso de adopción a sus padres adoptantes, debe permanecer con ellos para preservar el interés superior del adoptado y el derecho de los adoptantes, así se hubieren presentado irregularidades o inclusive vicios que tales padres adoptantes desconocían absolutamente puesto que obraron de buena fe.⁷³ Incluso cuando el proceso de adopción no ha tenido lugar pero, de facto, el niño se ha incorporado a una familia, la jurisprudencia constitucional ha defendido su permanencia dentro de ésta”. (Resaltado fuera de texto)

6.8.- Desde otra perspectiva, en la **Sentencia T-292 de 2004** la Corte conoció del caso de una menor que, cuando tenía poco más de un año de edad, fue entregada por su madre biológica al cuidado de una pareja, “*para que la adoptaran y la registraran como hija de ellos*”. La progenitora adujo falta de recursos para su manutención. Después de que la niña había estado durante casi dos años en el nuevo hogar, donde se había adaptado favorablemente desarrollando vínculos afectivos y representaciones familiares, su madre biológica inició las actuaciones administrativas tendientes a reclamarla. Aunque en un principio la medida de protección consistió en mantener a la niña en el hogar en el cual se encontraba (bajo la modalidad de hogar amigo), con posterioridad la Defensoría de Familia ordenó que fuese ubicada en otro hogar sustituto, lo que motivó que sus padres de crianza promovieran una acción de tutela.

⁷³ En la sentencia T-101 de 1993 la Corte decidió dejar en firme la decisión que se había tomado el ICBF hacía más de un año de confiar el cuidado y protección de una menor a una familia, pese a que la madre alegaba que en el Hospital en el cual la dio a luz le había sido raptada.

Esta corporación destacó que cuando está de por medio la definición de la ubicación familiar de una menor de temprana edad deben tenerse en cuenta varios criterios para garantizar la realización de sus derechos fundamentales: (i) la necesidad de preservar el derecho del infante a tener una familia y no ser separado de ella; (ii) el traslado del ámbito de protección de la menor hacia su familia de crianza y el cese correlativo de la presunción a favor de su familia biológica; y (iii) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones familiares de crianza cuando no se han tenido o se han resquebrajado las relaciones de consanguinidad.

La Sala puntualizó que cuando un niño ha sido separado de su familia biológica y ha permanecido bajo el cuidado de un hogar distinto al punto de haber creado vínculos de afecto con su nuevo entorno, *“entonces el ámbito de protección del derecho de tal menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada hacia su grupo familiar de crianza”*⁷⁴. En palabras de la Corte, *“se trata, así, de lazos familiares de hecho que, por su carácter excepcional y su trascendencia para la estabilidad y el desarrollo de los niños implicados, son merecedores de protección constitucional”*. Con fundamento en ello concluyó que *“cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica”*.

6.9.- Finalmente, en la **Sentencia T-466 de 2006** la Corte evaluó si el ICBF había vulnerado los derechos de una menor al separarla de su madre biológica, quien sufría una discapacidad mental, para encargarla al cuidado de sus abuelos paternos. Recordó que *“el núcleo esencial del derecho a la familia de los niños cuyo cuidador es una persona con discapacidad, es decir, su derecho a tener una familia y no ser separados de ella, tiene un componente especial, consistente en el derecho a que el Estado actúe con especial diligencia en el cumplimiento de sus deberes de actuación positiva frente al cuidador discapacitado, para así permitir la plena materialización del interés superior del niño involucrado, consistente en desarrollar con esa persona relaciones familiares dignas y seguras sin que la discapacidad del cuidador sea un obstáculo para ello”*. Asimismo, precisó que una intervención estatal en las relaciones familiares entre el niño y su cuidador con discapacidad, *“debe estar cuidadosa y sólidamente justificada en consideraciones objetivas que atiendan, como primera medida, al interés superior del menor involucrado, el cual se relaciona directa e intrínsecamente con el cumplimiento del deber estatal de proteger especialmente a las personas con discapacidad”*.

Al resolver el caso concreto la Sala constató que las autoridades obraron diligentemente al entregar a la menor en custodia a su padre, luego a su madre y a su abuela materna, y finalmente a sus abuelos paternos (familia extendida),

⁷⁴ En la misma dirección se encuentran las decisiones adoptadas por la Corte en las Sentencias T-217 de 1994, T-278 de 1994, T-049 de 1999, T-715 de 1999, T-941 de 1999, T-893 de 2000, T-510 de 2003, T-397 de 2004, T-466 de 2006 y T-606 de 2013.

por cuanto en todo momento habían procurado materializar las condiciones que mejor garantizaran el bienestar de la niña. Igualmente constató que se había brindado especial atención a la madre con discapacidad con el fin de mantener los vínculos con su pequeña hija.

6.10.- El anterior recuento jurisprudencial⁷⁵ permite a la Sala extraer algunas conclusiones generales en cuanto a los criterios que deben ser valorados para resolver conflictos asociados al derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella; en particular para establecer vínculos de filiación, por cuanto, como se ha visto, no todas las estructuras familiares están en las mismas condiciones de adoptar o educar a un menor por la circunstancia de encontrarse constitucionalmente reconocidas:

- Derecho a tener una familia. Todo niño tiene derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Sin embargo el concepto de familia no está referido solamente a la comunidad natural o biológica, sino que se puede extender para incorporar a personas no vinculadas por consanguinidad⁷⁶.

- Reconocimiento del vínculo familiar. Si bien la familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política, ello no significa que la familia de hecho o de crianza no sea también objeto de protección y reconocimiento constitucional⁷⁷. En esa medida, el derecho de un menor a tener una familia no significa que esta necesariamente deba ser la consanguínea o biológica, sino que también tienen cabida otras estructuras familiares (familia de crianza, familia extendida, familia monoparental, familia ensamblada, entre otras.)⁷⁸.

- Deber de intervención del Estado en casos de riesgo o abandono. Lo normal es que el niño nazca y crezca en el seno de una familia (biológica o consanguínea) y lo excepcional que se encuentre en situación de abandono. En ocasiones la familia “*natural*” o biológica no es el medio adecuado para el desarrollo integral del menor; así ocurre, por ejemplo, en caso de agresión o de abandono. En tales eventos el Estado tiene la obligación de “*establecer instituciones encargadas de suplir, hasta donde ello resulte posible, las carencias que padece el menor que se ve obligado a separarse de su familia natural*”⁷⁹, donde la adopción se proyecta como la más importante medida de protección para suplir tales carencias.

- Necesidad de proteger los lazos familiares consolidados. El Estado tiene el deber de procurar al menor la protección de los vínculos de familiaridad previamente consolidados, porque cuando se impide o dificulta la conformación de un núcleo familiar se puede originar una situación de desarraigo que puede afectar el derecho del menor a tener una familia y, por

⁷⁵ No se incluyen en este apartado las Sentencias C-814 de 2001, C-712 de 2010, T-276 de 2012 y SU-617 de 2014, que se examinan más adelante, por referirse específicamente al sexo y la orientación sexual de los aspirantes a adoptar.

⁷⁶ Sentencia T-049 de 1999. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

⁷⁷ Sentencia T-587 de 1998. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

⁷⁸ Sentencia T-217 de 1994. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

⁷⁹ Sentencia T-587 de 1998.

esa vía, otros derechos fundamentales⁸⁰. Ello supone, como es obvio, que ha de tratarse de una estructura de familia constitucionalmente reconocida. De modo que cuando un niño ha sido separado de su familia biológica y ha permanecido bajo el cuidado de un hogar distinto al punto de haber forjado vínculos de afecto con su nuevo entorno, *“entonces el ámbito de protección del derecho de tal menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada hacia su grupo familiar de crianza”*⁸¹.

- Prevalencia relativa de los vínculos de consanguinidad. Significa que existe una presunción a favor de la permanencia del niño en su familia biológica por cuanto, en principio, se encuentra mejor situada para brindar el cuidado y afecto que necesita. Ello no obedece a una suerte de *“privilegio”* de la familia natural sobre otras estructuras de familia, porque todas merecen la misma protección constitucional, sino al reconocimiento de un hecho derivado del nacimiento: los vínculos de consanguinidad⁸².

- Intervención excepcional del Estado en vínculos familiares ya establecidos. Separar a un menor del entorno en el cual se ha adaptado solo se justifica cuando existan poderosas razones que comprometan su integridad o desarrollo armónico e integral. En consecuencia, para determinar si un menor debe permanecer con su familia biológica o con otro grupo familiar es importante *“determinar los efectos que puede generar la decisión en uno u otro sentido sobre la estabilidad psicológica del niño, en atención a su nivel de madurez, y al grado de solidez e importancia de los vínculos que haya establecido con quienes le cuidan”*⁸³.

- Protección de vínculos con cuidadores en situación especial. Cuando un menor se halla bajo el cuidado de una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad, desventaja o que atraviesa dificultades que podrían afectar el vínculo familiar (discapacidad, pobreza, etc.), el Estado debe actuar con especial diligencia para velar por la protección del menor, sin desconocer los derechos del cuidador, procurando al máximo mantener las relaciones de familiaridad.

- Cuando un menor ha perdido sus lazos naturales de filiación la adopción se proyecta como la medida de protección por excelencia, dirigida a restablecerle su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, y por esa vía potenciar la realización de sus demás derechos fundamentales.

- En cuanto a la estructura de familia que puede el Estado brindar a los niños, niñas y adolescentes para hacer efectivos esos derechos fundamentales, es el Legislador el primer llamado a fijar las condiciones y requisitos para definir cuáles estructuras familiares están en condiciones de adoptar, con el fin de restablecer al menor, en la medida en que ello sea posible, los lazos de

⁸⁰ Sentencia T-278 de 1994.

⁸¹ Sentencia T-292 de 2004.

⁸² Sentencias T-510 de 2003 y T-292 de 2004, entre otras.

⁸³ Sentencia T-510 de 2003. Cfr., Sentencia T-519 de 1999.

filiación que perdió o que nunca se forjaron, y brindar un hogar en el que se garantice su desarrollo armónico e integral.

Así, los procesos de adopción están supeditados a las condiciones y requisitos que defina el Legislador dentro del marco de su potestad de configuración normativa, quien en todo caso no es libre de regular a su antojo esta institución, sino que debe hacerlo dentro de los límites que le fijan la Constitución y las normas que se integran a ella. Si bien es cierto que existen diferentes formas de conformar una familia constitucionalmente reconocidas, también lo es que no todas las modalidades de familia deben necesariamente estar sujetas a una regulación idéntica, en particular en lo que concierne al régimen de adopción de menores, ni todas están *per se* en condiciones de asegurar el restablecimiento de los vínculos de filiación que se han resquebrajado.

Según se explica a continuación ello ocurre, por ejemplo, con las familias conformadas por personas del mismo sexo, cuyo reconocimiento constitucional no significa que necesariamente deban recibir idéntico tratamiento jurídico que el previsto para otras estructuras familiares, aun cuando tampoco pueden ser objeto de un tratamiento diferencial discriminatorio o en general que no se encuentre razonablemente justificado.

7.- Las parejas del mismo sexo como familias constitucionalmente reconocidas y el régimen legal de adopción

7.1.- En este punto es necesario hacer referencia a la Sentencia C-577 de 2011, que declaró exequible la definición de matrimonio prevista en el artículo 113 del Código Civil como la unión entre *“un hombre y una mujer”*, pero donde se replanteó el concepto de familia y las estructuras de ellas que se encuentran constitucionalmente protegidas, en particular en el caso de las familias conformadas por personas del mismo sexo.

En aquella oportunidad la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo efectivamente pueden conformar una familia, constató la existencia de un déficit de protección que les afecta, exhortó al Congreso a legislar de manera sistemática y organizada con la finalidad de eliminar ese déficit, y determinó que *“si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”*.

La precitada sentencia es relevante para el asunto que ahora es objeto de examen. En primer lugar, porque delimita cuáles son las estructuras de familia constitucionalmente reconocidas y protegidas; en segundo lugar, porque en ella se reformula el concepto de familia y se abandona el requisito de heterosexualidad; en tercer lugar, porque a partir de entonces se reconoce que las parejas del mismo sexo también pueden conformar una familia; y finalmente, porque en dicho fallo se constata que las parejas del mismo sexo se encuentran ante un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles,

que en principio debe ser superado en el foro democrático. Debido a su relevancia la Sala se permite hacer referencia detallada, expresa y directa de las consideraciones allí plasmadas, para lo cual hará una transcripción *in extenso* de dicho fallo.

(i) La Sentencia C-577 de 2011 recogió las numerosas decisiones dictadas por la Corte en relación con las estructuras de familia, que pueden tener su origen en vínculos naturales o jurídicos. Allí se explicó que la familia constitucionalmente reconocida no es solo la que nace con el matrimonio, por cuanto *“la familia que surge de la unión libre también es merecedora de protección constitucional y la Constitución la pone en un plano de igualdad con la que tiene su origen en el matrimonio, porque el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”*, con independencia de su conformación por vínculos jurídicos o naturales.

De la misma forma, advierte que la familia biológica no es la única que está en condiciones de brindar cuidado y amor a los menores, sino que existen otros tipos de familia que la Constitución también protege a pesar de que no siempre median lazos de consanguinidad (familia de crianza, familia extendida, familia monoparental, familia ensamblada, entre otras), a través de las cuales se puede asegurar el derecho de los niños a tener una familia:

“4.2. El matrimonio y la familia

Conforme se ha expuesto, del matrimonio surge una familia fundada en vínculos jurídicos, pero la unión matrimonial no agota el espectro de las relaciones familiares, pues *“la Constitución reconoce y protege el matrimonio como una de las formas de conformar una familia”*, de manera que la familia surgida del matrimonio es *“una de las posibles formas familiares a la que pueden recurrir los colombianos”*⁸⁴, dado que otras formas tienen origen en diferentes clases de vínculos, de entre los cuales el artículo 42 superior destaca los denominados *“naturales”*.

(...)

En este sentido la Corte ha explicado que “el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política”⁸⁵, habida cuenta de que *“el primer espacio al cual el infante tiene derecho a pertenecer es su núcleo familiar, en el cual ha de encontrar las condiciones personales y afectivas más adecuadas para que su proceso de educación moral y formación ciudadana sea llevado a cabo cabalmente”*⁸⁶.

La familia, como *“medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”*⁸⁷, es el escenario en donde se cumple *“el derecho de padres e hijos a establecer y conservar*

⁸⁴ Cfr. Sentencia C-226 de 2002.

⁸⁵ Cfr. Sentencia T-292 de 2004.

⁸⁶ Cfr. Sentencia C-857 de 2008.

⁸⁷ *Ibidem*.

relaciones personales”, mediante manifestaciones de recíproco afecto, trato continuo y comunicación permanente, “que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre”⁸⁸.

Con fundamento en los anteriores criterios la Corte ha planteado que el ámbito “natural de desarrollo del menor es la familia”⁸⁹, como se desprende del artículo 44 superior, según el cual los niños tienen un derecho fundamental a no ser separados de su propia familia”, lo que no obedece a un privilegio, sino al simple reconocimiento de que los niños están llamados a pertenecer a una determinada familia⁹⁰, “cualquiera que sea la configuración del grupo familiar”⁹¹ y “solo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas para ello reguladas en las leyes vigentes”⁹² y únicamente ante determinadas situaciones de riesgo puestas de presente por quien las alega, que es, además, el llamado a probarlas⁹³.

En la propia jurisprudencia constitucional se ha indicado que en el caso de los niños físicamente entregados en adopción la familia biológica cede su prioridad, puesto que es altamente probable que con los familiares adoptivos se establezcan vínculos de afecto y dependencia cuya alteración incidiría negativamente sobre la estabilidad del menor”, por lo que la adopción adquiere carácter irrevocable “una vez se ha consolidado el proceso respectivo”⁹⁴.

En la adopción tiene origen un especial tipo de familia al cual el constituyente expresamente le otorgó reconocimiento jurídico, ubicando en pie de igualdad a la familia que se constituye a partir del matrimonio y la unión libre entre compañeros permanentes, “por lo cual rechazó las diferencias de trato fundadas en el origen familiar”⁹⁵. La adopción consiste en “prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por los lazos de la sangre”⁹⁶ y su finalidad “no es solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta”⁹⁷.

La adopción tiene, entonces, “una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como

⁸⁸ Cfr. Sentencia T-290 de 1993.

⁸⁹ Cfr. Sentencia T-293 de 2009.

⁹⁰ Cfr. Sentencia T-510 de 2003.

⁹¹ Cfr. Sentencia T-887 de 2009.

⁹² Cfr. Sentencia T-510 de 2003.

⁹³ Cfr. Sentencia T-887 de 2009.

⁹⁴ Cfr. Sentencia T-510 de 2003.

⁹⁵ Cfr. Sentencia C-1287 de 2001.

⁹⁶ Cfr. Sentencia C-831 de 2006.

⁹⁷ Cfr. Sentencia C-477 de 1999.

lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo”, en el cual halla fundamento, así como en los artículos 42 y 45 superiores que “establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral”⁹⁸.

El artículo 42 de la Carta establece que los hijos adoptados “tienen iguales derechos y deberes” y la Corte ha acotado que, en atención a las formas de fundar la familia “los hijos pueden ser de tres clases, a las que se refiere el mismo canon constitucional: hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos”, entre los cuales, por disponerlos así la Constitución, no puede haber diferencias de trato⁹⁹.

Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza”¹⁰⁰.

A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres¹⁰¹, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador, que ha establecido medidas de acción positiva favorables a la madre, precisamente por “el apoyo y protección que brinda ésta a su grupo familiar más cercano”, medidas que la Corte ha extendido “al hombre que se encuentre en una situación de hecho igual”, no “por existir una presunta discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Cfr. Sentencia C-310 de 2004.

¹⁰⁰ Cfr. Sentencia T-292 de 2004 e igualmente se puede consultar la Sentencia T-459 de 1997.

¹⁰¹ Sobre el tema consúltese a CECILIA GROSMAN (dirección) y MARISA HERRERA (compilación), *Familia Monoparental*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008.

cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos”¹⁰².

También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las llamadas “familias ensambladas”, que han sido definidas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”, siendo todavía objeto de disputa doctrinaria lo concerniente a su conformación, susceptible de generar diversas modalidades que no es del caso estudiar aquí¹⁰³.

A modo de conclusión conviene reiterar que “el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”¹⁰⁴.

Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”¹⁰⁵.” (Resaltado fuera del texto original)

(ii) Concordante con lo anterior, en la Sentencia C-577 de 2011 la Corte también abandonó, definitivamente, la anacrónica idea según la cual el requisito de heterosexualidad es indispensable en el entendimiento de la noción de familia. En su lugar, acogió un concepto amplio fundado en el pluralismo y en lazos de amor, respeto y solidaridad, reafirmando que la familia *“es una institución sociológica anterior al Estado que, por lo tanto, no la constituye, sino que se limita a reconocer su existencia y su evolución, lejos de encajarla forzosamente en alguna concepción específica o de tratar de detener su curso”*. Dijo entonces:

¹⁰² Cfr. Sentencia C-989 de 2006. También puede verse la Sentencia C-722 de 2004.

¹⁰³ A este propósito cabe consultar a CECILIA P. GROSMAN e IRENE MARTINEZ ALCORTA, *Familias ensambladas*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000. Pág. 35.

¹⁰⁴ Cfr. Sentencia T-049 de 1999.

¹⁰⁵ Cfr. Sentencia T-572 de 2009.

“4.4.3.2. Conclusiones sobre la relación entre la pareja homosexual y el concepto de familia

(...)

A fin de determinar si prevalece o no la lectura que acerca del concepto de familia constitucionalmente protegida se ha acogido por corresponder a la decisión mayoritaria de la Corte, es menester analizar los rasgos característicos de esa familia y señaladamente la heterosexualidad que, conforme a esa lectura predominante, singulariza a la familia reconocida por el Constituyente y, por ende, merecedora de protección.

Para examinar la solidez de este requisito es indispensable contrastarlo con las diversas formas de familia a las que se ha hecho referencia, con el objetivo de establecer si constituye una especie de denominador común de todas ellas. Sobre el particular la Sala verifica que tratándose de familias conformadas por madres solteras y sus hijos, que pueden incluso ser procreados con asistencia científica, la calificación de esa relación como familia protegible no está fundada siquiera en la pareja y, por lo tanto, el requisito de heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia, cosa que también ocurre con las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo¹⁰⁶, entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con sus hermanos menores necesitados de protección¹⁰⁷ o entre una persona y la hija o el hijo que ha recibido en adopción.

Entenderlo de otra manera implicaría una contradicción entre el artículo 5° de la Constitución que, en términos generales y sin distinciones de ninguna índole, encarga al Estado de amparar “a la familia como institución básica de la sociedad” y el artículo 42 de la Carta que, según la posición dominante en la Corte, introduciría una segregación entre los diferentes tipos de familia al proclamar que, dentro del diverso y variable conjunto de familias, solo la heterosexual es objeto de protección y reconocimiento, mas no aquellas otras que no están caracterizadas por esa especial nota.

Esa contradicción entre los textos, derivada de la interpretación que ha sido mayoritaria en la Corte es también, sin duda, una contradicción con la realidad, pues no cabe olvidar que la familia es una institución sociológica anterior al Estado que, por lo tanto, no la constituye, sino que se limita a reconocer su existencia y su evolución, lejos de encajarla forzosamente en alguna concepción específica o de tratar de detener su

¹⁰⁶ Cfr. Sentencias T-907 de 2004, T-615 de 2007 y T-625 de 2009.

¹⁰⁷ En la Sentencia T-1163 de 2008 se considera que la familia “puede estar conformada por una hermana y sus hermanos menores, siendo aquella considerada jurídica y fácticamente como mujer cabeza de familia”.

curso y esto sin perjuicio de la facultad de regulación que, por la incidencia social de la familia, en un Estado democrático, principalmente suele corresponderle al legislador, sujeto a límites que vienen dados por los derechos fundamentales.

(...)

La protección de estos derechos en los que, a más de lo previsto en los artículos 5° y 42 superiores, se suele fundar un concepto amplio de familia, tiene su soporte en las exigencias de un estado social de derecho participativo y pluralista, como el contemplado en el artículo 1° de la Carta, que incluye dentro de sus fines, enunciados en el artículo 2°, la protección de las libertades, creencias y derechos de todas las personas, derechos que, según el artículo 5°, son inalienables y tienen primacía y que, además, proclama, en los términos del artículo 7° de la Carta, el reconocimiento y protección de “la diversidad étnica y cultural de la nación”, claramente contraria a la imposición de un solo tipo de familia y a la consiguiente exclusión de las que no reúnen las condiciones de la que, supuestamente, es la única reconocida y protegida.

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

(iii) En tercer lugar, la Sentencia C-577 es categórica en reconocer que las parejas del mismo sexo pueden conformar una familia y, por tanto, ser objeto de reconocimiento y protección constitucional más allá de una perspectiva patrimonial. En palabras de la Corte:

“A propósito de estas consecuencias personales de las uniones permanentes de dos personas del mismo sexo, conviene retomar ahora el concepto general de familia, ya evocado en esta providencia, para llamar la atención acerca de que allí se funda su existencia “en el amor, el respeto, y la solidaridad” y, a la vez se la caracteriza “por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros e integrantes más próximos”¹⁰⁸.

Si bien esa alianza entre los convivientes se predica de la pareja heterosexual vinculada por el matrimonio o por la unión marital de hecho, la Corte considera que no existen razones jurídicamente

¹⁰⁸ Cfr. Sentencia C-271 de 2003.

atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo.

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

Los lazos del afecto están presentes en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia y que, existiendo entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación de permanencia, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado.

Los efectos patrimoniales y las relaciones sexuales que pueden darse o no, están determinadas por las condiciones personales de una unión que se funda y se mantiene en razón del afecto y la solidaridad de quienes le han dado origen, pues, con palabras que, aunque expuestas respecto del matrimonio, son aplicables a los compañeros y compañeras heterosexuales u homosexuales, la unión “comporta una entrega personal” orientada “a conformar una comunidad de vida y amor” y, si es del caso, a “una participación mutua en la sexualidad”¹⁰⁹.

De conformidad con lo indicado en otros apartes de esta providencia, la sola pareja que libremente manifiesta su consentimiento o se une con vocación de permanencia es ya una familia, así en el matrimonio como en la unión marital de hecho que, tradicionalmente y para distintos efectos, ha sido aceptada como familia aún sin descendientes¹¹⁰, luego la situación no puede ser distinta en el caso de las personas homosexuales que conforman una unión estable.

¹⁰⁹ Cfr. Sentencia C-533 de 2000.

¹¹⁰ Cfr. GRACIELA MEDINA, *Uniones de hecho homosexuales*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2001. Pág. 23.

La convivencia sustentada en la afectividad y en vínculos emocionales conjuntos genera una comunidad de vida que suele manifestarse en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en el apoyo moral, así como en la realización de un proyecto compartido que redunde en el bienestar de cada uno de los integrantes de la familia y en el logro de su felicidad, todo lo cual es experimentado por los miembros de una unión homosexual y por todo aquel que forme parte de una familia, cualquiera sea su conformación.

La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la “voluntad responsable de conformarla” también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales.

La Corte estima pertinente insistir en que este cambio en la interpretación del primer inciso del artículo 42 superior no se aparta de la comprensión literal del mismo, como reiteradamente se ha puesto de presente, y en que ha sido anticipado en el debate que sobre la materia ha surtido la Corporación en distintas ocasiones que se han sucedido al menos en los últimos diez años y, especialmente, a partir de 2007, conforme consta en las aclaraciones y salvamentos de voto traídos a colación en esta oportunidad.

La interpretación evolutiva no se produce, entonces, de manera súbita e inconsulta, sino como el resultado de un proceso que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones, proceso que ya había sido objeto de consideración en la Corte y cuya ocurrencia está prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de constitución viviente, que “puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma”, sin que ello implique vulneración de la cosa juzgada, “ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser

contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica”¹¹¹.

Resta apuntar que en el anterior análisis no se tuvo en cuenta el carácter monogámico de la familia que aparece como nota esencial de la única que se consideraba constitucionalmente protegida y se omitió el examen debido a que la unión de dos personas homosexuales no cuestiona este aspecto que, por lo demás, corresponde desarrollar al legislador en razón del carácter institucional de la familia y habida cuenta de que las concepciones mayoritariamente compartidas no son favorables a la poligamia o a la poliandria que, sin embargo, podrían tener justificación en contextos culturales distintos del mayoritario y protegidos por el pluralismo y la diversidad étnica y cultural de la Nación.

De todas maneras, para finalizar, conviene apuntar que las precedentes conclusiones encuentran respaldo en amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, conforme pone de manifiesto la doctrina, “ha utilizado un criterio material y no formal de familia” que extiende los cometidos protectores “a cualquier relación en la que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los familiares”, para definir como tal “la que existe entre los padres y los hijos menores, sea cual sea la relación jurídica entre los padres, e incluso para ampliar el concepto de vida familiar a otras relaciones cercanas, por ejemplo entre hermanos, abuelos y nietos e incluso tío y sobrino” o, en definitiva, a “cualquier convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes”, convivencia que “puede ser considerada ‘vida familiar’ protegida por el Convenio por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio”¹¹².

La nueva conceptualización de la noción de familia, a partir de una interpretación evolutiva y sociológica fundada en la cláusula de Estado Social de Derecho, el pluralismo y la diversidad cultural, condujo a la Corte a reconocer que las parejas del mismo sexo que asumen compromisos de afecto, solidaridad y respeto, también conforman una familia.

(iv) Por último, la Corte constató que una suerte de déficit de protección de las parejas del mismo sexo, concretamente para efecto de constituir una familia, porque mientras que las parejas heterosexuales pueden hacerlo a través del matrimonio o de la unión marital de hecho, las parejas del mismo sexo solo contaban con esta última institución:

¹¹¹ Cfr. Sentencia C-774 de 2001.

¹¹² Cfr. PABLO SANTOLAYA MACHETTI, “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad”, en JAVIER GARCIA ROCA y PABLO SANTOLAYA, *La Europa de los derechos...* Págs. 494 y 495.

“4.5.3.3. Síntesis en relación con la constitución de la familia por parejas del mismo sexo

La unión marital de hecho con que cuentan las parejas del mismo sexo es alternativa disponible pero insuficiente cuando se trata de la constitución de la familia conformada por la pareja homosexual, porque su previsión como único mecanismo para dar lugar a esa clase de familia implica un déficit de protección que ha sido puesto de manifiesto por los actores, con argumentos que la Corte comparte, y también por el desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por ende, de la autonomía y la autodeterminación personal.

En efecto, las parejas heterosexuales que deseen conformar una familia tienen a su alcance dos maneras de lograrlo, a saber: el matrimonio y la unión marital de hecho, siendo de su libre decisión optar por alguna de ellas, según que voluntariamente quieran someterse a las regulaciones propias del matrimonio o escapar de ellas, mientras que, si se insiste en que la unión de hecho es la única alternativa para los homosexuales, las parejas del mismo sexo solo contarían con esa opción, luego el ejercicio de su autonomía y autodeterminación personal les estaría notoriamente vedado, pues no tendrían posibilidad de escoger la manera de hacer surgir su unión familiar y se verían precisadas a asumir su convivencia estable como unión de hecho, con todo lo que ello implica.

(...)

Es claro, entonces, que actualmente la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales”. (Resaltado fuera de texto)

Sin embargo, teniendo en cuenta que el Legislador disponía de un considerable espectro de alternativas, la Corte exhortó al Congreso de la República a regular de manera sistemática y organizada con la finalidad de eliminar ese déficit de protección. En todo caso advirtió que *“si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”*. En palabras de la Corte:

“De las precedentes consideraciones, y en especial de los datos provenientes del derecho comparado, se desprende que el legislador tiene un amplio abanico de alternativas para regular lo concerniente a la institución contractual llamada a remediar el déficit de protección de las parejas homosexuales y que, por lo mismo, no le atañe a la Corte determinar cuál es esa específica institución, con qué alcance debe ser

diseñada y mucho menos valerse de la analogía para procurar unas asimilaciones totales que anularían las competencias del Congreso de la República y le restarían legitimidad a esta sentencia.

Al legislador atañe, entonces, determinar la manera como se pueda formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él y, por lo tanto, la Corte entiende que al órgano representativo le está reservada la libertad para asignarle la denominación que estime apropiada para ese vínculo, así como para definir su alcance, en el entendimiento de que, más que el nombre, lo que interesa son las especificidades que identifiquen los derechos y las obligaciones propias de dicha relación jurídica y la manera como esta se formaliza y perfecciona.(...)

7. Exhorto dirigido al Congreso de la República

Puesto que del análisis efectuado se ha deducido que las parejas del mismo sexo deben contar con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho, que la regulación de esta figura corresponde al legislador, que no hay lugar a que en esta sentencia la Corte proceda a diseñarla y a fijar su alcance y que no cabe una sentencia de inexecutable diferida, pues no se ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos acusados, dada la importancia de la materia y de los derechos involucrados, la Corporación considera pertinente dirigir un exhorto al Congreso de la República, a fin de que se ocupe del análisis de la cuestión y de la expedición de una ley que, de manera sistemática y organizada, regule la comentada institución contractual como alternativa a la unión de hecho.

La Sala destaca que, como siempre, el exhorto se formula con total respeto hacia la facultad de configuración que le corresponde al Congreso de la República, para propiciar la colaboración entre la Corte y el órgano representativo por excelencia y en procura de garantizar la atención de los derechos de los asociados, mas como quiera que el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo es evidente y reclama urgente respuesta institucional, la Corporación estima indispensable fijar un término para que el Congreso de la República expida la regulación que respetuosamente se le solicita.

La duración del término en el cual se espera que el órgano representativo expida la regulación destinada a superar el déficit de protección depende de la importancia de la materia y en este caso la Corte observa que la ausencia de toda previsión tiene el efecto indeseable de prolongar la desprotección, pero también advierte que el Congreso requiere de un lapso suficiente para debatir un asunto controvertido y para darle el alcance que considere pertinente, de modo

que la ponderación de las dos variables le permite concluir que dos legislaturas constituyen el tiempo adecuado para plantear y resolver el tema.

En cualquier caso, lo que a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico, así que el principio democrático impone que el Congreso de la República, como máximo representante de la voluntad popular tenga la posibilidad de actuar, pero a su turno, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión.

En esta última hipótesis el Congreso de la República conservará su competencia legislativa sobre la materia, pues así lo impone la Constitución, pero tratándose de jueces y notarios es necesario indicar que ya no están de por medio las exigencias del principio democrático, sino el cumplimiento de funciones destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los asociados, por lo cual su actuación no se ordena a título de colaboración o a la manera de una concesión graciosa, sino que puede ser exigida como cumplimiento de la Constitución misma y bajo el apremio del carácter vinculante de lo que aquí se ha decidido y de la obligatoriedad propia de una sentencia constitucional dotada de efectos *erga omnes* y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

Por ahora, es dable esperar que antes del 20 de junio de 2013 el legislador expida la ley que conduzca a superar el déficit de protección, habida cuenta de que muchas de las conquistas que históricamente han logrado grupos minoritarios o marginados son el resultado de la actuación del órgano representativo que, en distintas áreas, ha expedido leyes destinadas a enfrentar situaciones adversas a personas o a colectivos, generadas en prácticas o concepciones contrarias a la Constitución, hondamente arraigadas en el seno de la sociedad.

En consonancia con lo precedente, en la parte resolutive se exhortará al Congreso de la República a legislar sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, debiéndose indicar que con la utilización de esta fórmula, la Corte busca respetar la facultad de apreciación de las circunstancias que atañe al órgano de representación popular y el alcance que le otorgue a su decisión legislativa, de manera que, si lo estima conveniente, pueda incluso prohijar un entendimiento de la expresión

“parejas del mismo sexo”, más amplio que el empleado en esta sentencia”.

7.2.- Las consideraciones vertidas y las decisiones adoptadas en la Sentencia C-577 de 2011, que reconceptualizó la postura jurisprudencial hasta entonces dominante en la materia, y que la Sala reitera, permiten a la Corte extraer varias conclusiones generales.

De una parte, queda claro que la Constitución no solo reconoce la familia conformada a partir del contrato matrimonial, sino que existen otros vínculos filiales que también se encuentran constitucionalmente protegidos (familia de crianza, extendida, monoparental, ensamblada, uniones de hecho, etc.). De otra parte, la heterosexualidad deja de ser un requisito para el entendimiento del concepto de familia, que adquiere una dimensión sociológica fundada en el pluralismo, donde que las parejas del mismo sexo pueden conformar una familia cuando media la decisión responsable de hacerlo, es decir, bajo pilares de amor, respeto y solidaridad. Y finalmente, se reconoce que las parejas del mismo sexo adolecen de un déficit de protección para conformar su vínculo familiar, aunque inicialmente se confía en el Legislador el diseño de las reglas para su reconocimiento y configuración.

Esto último se explica debido a que al Congreso de la República, como foro democrático y representativo por excelencia, corresponde corregir el déficit de protección advertido y determinar la modalidad bajo la cual las parejas del mismo sexo pueden formalizar su unión filial.

7.3.- Ahora bien, en lo que tiene que ver con el derecho de los niños que por alguna circunstancia carecen de un hogar estable y se encuentran en situación de adoptabilidad, debe decirse que el Estado puede hacer efectivo ese derecho procurándoles una familia constitucionalmente reconocida que brinde un entorno adecuado.

Es el Legislador el primer llamado a fijar las condiciones y requisitos para tal fin, sobre la base de que no necesariamente todas las familias están en un plano jurídico idéntico, ni en las mismas condiciones fácticas para procurar restablecer al menor los lazos de filiación que perdió o que nunca se forjaron, y brindar un hogar en el que se garantice su desarrollo armónico e integral.

Es así como las diferentes estructuras de familia que la Constitución reconoce y ampara no necesariamente deben estar sujetas a idéntica regulación en cada una de sus facetas, sino que bien puede el Legislador –dentro de los límites que la Constitución le impone- establecer reglas o tratamientos diferenciales entre unas y otras, obviamente siempre que obedezcan a fines legítimos y se encuentren razonablemente justificadas. De esta manera, la intervención del juez constitucional solo opera ante una eventual inercia de dicho órgano, o cuando actúa en contravía de mandatos superiores.

En este sentido la jurisprudencia ha aceptado la existencia de regulaciones normativas diferentes para estructuras familiares con características también diferentes. Por ejemplo, en la Sentencia C-840 de 2010 la Corte examinó la norma del actual Código de la Infancia y de la Adolescencia que para la adopción conjunta por parte de compañeros permanentes exige, entre otros requisitos, demostrar “*una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años*” (Ley 1098 de 2006, núm.3°, art. 68).

En aquella oportunidad el demandante alegaba que la norma vulneraba la igual protección que el artículo 42 de la Constitución reconoce a la familia, independientemente de su origen (matrimonial o de hecho). En su análisis la Corte explicó que el principio de igualdad de la familia, al margen de su origen, no impide establecer ciertas diferencias entre ellas de acuerdo con la modalidad de cada familia. Dijo al respecto:

“6.1.2. De acuerdo con esta perspectiva, el derecho internacional, en diversos instrumentos (declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales), se refiere a la familia como “*el elemento natural y fundamental de la sociedad*” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano.

No obstante la decidida formulación de igualdad que tanto la Constitución como la jurisprudencia, han proclamado respecto de las diversas formas de familia, con independencia de su origen, también se ha admitido la existencia de ciertas diferencias, relativas a características y efectos, que lejos de involucrar rasgos de discriminación, reafirman un criterio de igualdad que propugna por un trato adecuado a las particularidades de cada modalidad de familia”. (Resaltado fuera de texto)

A continuación, con sustento en la propia jurisprudencia¹¹³, la Corte precisó que, “*con independencia de que la Constitución Política provea de legitimidad los orígenes diversos que puede tener la familia*”, lo cierto es que la Carta Política “*no considera el matrimonio y la unión marital de hecho como instituciones idénticas o equivalentes, cobijadas por una misma situación jurídica en cuanto a sus efectos y características*”. Concluyó lo siguiente:

¹¹³ Sentencias C-239 de 1994, C-174 de 1996, C-595 de 1996, C-533 de 2000, C-1033 de 2002 y C-821 de 2005.

“En suma, el orden constitucional colombiano reconoce y protege la institución familiar como elemento fundamental de la organización social y política, asociándola con la primacía de los derechos fundamentales de las personas. Este reconocimiento es dispensado con independencia del origen de la familia o de su forma de constitución, excluyendo cualquier privilegio a favor de un tipo determinado de unión, a la vez que proscribte tratos discriminatorios para sus miembros, basados ellos en el origen diverso de la familia. No obstante, la propia Constitución reconoce distintos efectos y diferencias relevantes entre la institución del matrimonio y la unión marital de hecho, por lo que la jurisprudencia ha considerado que no es contrario al principio de igualdad que el legislador adopte distintas medidas regulatorias para una y otra unión, siempre que estas tengan un carácter objetivo y razonable y no resulten discriminatorias”. (Resaltado fuera de texto)

En el examen de la norma acusada, la Corte constató que el término de convivencia allí exigido era objetivo, razonable y no discriminatorio, en tanto se fundaba en la diferencia –fáctica y jurídica- en el origen de la familia que tiene lugar con ocasión del vínculo matrimonial, de aquella que surge únicamente por la voluntad libre y responsable de conformarla (unión de hecho). Dijo la providencia:

“Además de las condiciones de idoneidad física, mental, moral y social que deben acreditar los adoptantes, la estabilidad en todos los órdenes, que deben mostrar los aspirantes a adoptar constituye un presupuesto esencial en la valoración de la mejor alternativa familiar para un menor que se encuentra bajo la protección del Estado y en proceso de ser entregado en adopción. Aunque pueden existir múltiples parámetros para medir el nivel de estabilidad de un individuo o de una pareja que aspire a conformar una familia por la vía de la adopción, el legislador optó por considerar que en relación con los cónyuges la existencia de un compromiso solemne materializado a través del vínculo matrimonial podría ser expresión de una relación estable, y que a su vez la comunidad de vida ininterrumpida entre compañeros permanentes, que se prolongue por más de dos años, podría así mismo acreditar una vocación de permanencia en la pareja que garantice la estabilidad deseable para la entrega de un menor en situación de adoptabilidad.

El criterio temporal al que acudió el legislador en el numeral 3° del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, no parece irrazonable ni devela un propósito discriminatorio en contra de los compañeros permanentes, como lo perciben los demandantes, toda vez que está fundado en la constatación de situaciones objetivas que guardan una clara relación con la finalidad de asegurar unas condiciones fundamentales de estabilidad que permitan realizar los fines de protección y restablecimiento que subyacen en el instituto de la adopción, y la satisfacción del interés superior del menor en el marco de una situación en la que este dictado cobra particular relevancia. En efecto, la mencionada guía hermenéutica

aconseja que durante el trámite de la adopción se deban adoptar las máximas precauciones en orden a asegurar las condiciones propicias para que el hijo adoptivo se inserte en una nueva familia capaz de ofrecerle el cuidado y amor indispensables para su desarrollo armónico e integral. El ánimo de permanencia como pareja, cuando los candidatos a adoptar acuden en esta condición, constituye sin duda un factor demostrativo de estabilidad, que el legislador debe contemplar y las autoridades administrativas corroborar

El establecimiento de un criterio diferente, para medir el grado de estabilidad de la pareja, según se trate de aspirantes a adoptar que estén unidos por vínculos jurídicos o naturales, obedece no a un propósito discriminatorio, sino claramente a la naturaleza y especificidad de una y otra unión. Tal como se dejó establecido en el fundamento jurídico 4.2 de esta providencia, la propia Constitución legitima ciertos efectos o regulaciones diferentes para las uniones matrimoniales y las que se originan únicamente en la voluntad libre y responsable de conformarla, lo cual obedece a su naturaleza fáctica y jurídica diversa, no obstante una y otra convoquen indiscutiblemente el reconocimiento y la legitimidad constitucional, como fuentes de la institución familiar". (Resaltado fuera de texto)

La Corte también insistió en que el concepto de igualdad familiar no supone una regulación idéntica en materia de requisitos de adopción, por cuanto bien puede el Legislador, dentro de su amplio margen de configuración normativa, tomar en cuenta las especificidades de cada unión para prodigar un trato diferente acorde con su caracterización, sin que ello pueda ser calificado como un acto discriminatorio. De acuerdo con la providencia:

“La demanda se fundamenta así en un erróneo entendimiento del concepto de igualdad familiar previsto en la Constitución y desarrollado por la jurisprudencia. Los demandantes sugieren una idéntica regulación en materia de requisitos para la adopción, respecto de parejas aspirantes a adoptar unidas por el vínculo matrimonial o por lazos naturales. Esta pretensión se aparta de la concepción de la protección igualitaria a la familia que provee la Constitución, según la cual no se reconocen privilegios a favor de un tipo determinado de familia, si no que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen, pero a su vez se admite la existencia de efectos diversos y la posibilidad de regulaciones distintas. En este caso, la configuración de presupuestos distintos en materia de requisitos para adoptar, según se trate de una pareja conformada por la decisión libre de contraer matrimonio, o por la sola voluntad responsable de conformarla, lejos de vulnerar el principio de igualdad lo reafirma, comoquiera que toma en cuenta las especificidades de una y otra unión para prodigar un trato acorde con esa caracterización.

Adicionalmente, esa regulación diferenciada se orienta a satisfacer un fin de indiscutible relevancia constitucional como es el interés superior de los menores en situación de adoptabilidad, toda vez que propugna por suministrar a las autoridades encargadas de ejecutar las políticas de adopción unos criterios objetivos que, junto a otras evidencias, les permitan establecer el grado de estabilidad, consolidación y afianzamiento de la relación de las parejas que aspiran a recibir a un niño, niña o adolescente en adopción.

El requisito de permanencia que se cuestiona, aplicable a las parejas que conviven en unión marital de hecho, no puede ser entendido como una exigencia que degrada o desconfía de esta forma de constituir una familia; su verdadero propósito es el de establecer un parámetro para acreditar el presupuesto de estabilidad, acorde con la naturaleza y especificidades de la unión. Respecto a los cónyuges que deciden adoptar conjuntamente se exige la acreditación del compromiso solemne adquirido mediante el acto matrimonial. Desde luego que la prueba de la formalización del consentimiento matrimonial, por sí sola, no constituye plena prueba de la estabilidad e idoneidad de la pareja que se postula como adoptante; se trata de un requisito concurrente con otra serie de presupuestos encaminados a dar las garantías necesarias a las autoridades responsables del proceso de adopción, sobre la capacidad e idoneidad de todo orden que concurren en la pareja para suministrar una familia adecuada y estable al menor en situación de adoptabilidad.

La exigencia de requisitos diferentes en orden a acreditar la estabilidad de la pareja, según se trate de personas que conviven en unión marital de hecho, o bajo el vínculo matrimonial, responde a un propósito del legislador de establecer mecanismo de prueba de la estabilidad familiar requerida, que sean acordes con la naturaleza y especificidades de los diversos medios de constitución de la familia.

Esta opción legislativa respeta la diversidad en el origen familiar reconocida por la Constitución, a la vez que propugna por la máxima satisfacción del interés superior y prevalente del niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad, el cual, en la situación concreta, se traduce en rodearle de garantías que aseguren, en la medida que es posible prever, que en el seno de la nueva familia a la que ingresa, con carácter irrevocable, hallará un ambiente con vocación de permanencia, que le provea la protección y el restablecimiento de derechos que se espera del mecanismo de la adopción.

7.2.2. En un ejercicio razonable de su potestad de configuración, el legislador estableció un parámetro probatorio consistente en la acreditación de por lo menos dos años de convivencia ininterrumpida para que los compañeros permanentes se postulen conjuntamente como adoptantes. Este requisito no entraña un trato discriminatorio en contra de las personas que cohabitan en unión marital de hecho y que aspiran a

conformar una familia por la vía de la adopción, comoquiera que se trata de un presupuesto probatorio, que en esta materia, se exige también en relación con otra clase de actores en los procesos de adopción, como es el caso de los cónyuges que aspiran a adoptar al hijo o hija de su pareja (Numeral 5°, Art. 68), o del adoptante que concurre a adoptar a una persona mayor de edad (Art. 69). Se trata de un criterio objetivo y razonable que cumple el específico propósito de suministrar una evidencia de estabilidad, vocación de permanencia o conocimiento previo, ya sea entre la pareja que conforma una unión marital de hecho y concurre conjuntamente a adoptar, o entre cónyuges cuando uno de ellos se postula como adoptante del hijo o hija de su pareja, ó entre adoptante y adoptivo cuando este es mayor de edad.

Bien podría el legislador, en ejercicio de su amplia potestad de configuración, extender este parámetro temporal de convivencia a la pareja unida por vínculos jurídicos y que aspira a adoptar conjuntamente, a fin de rodear de mayores garantías de estabilidad esta modalidad de adopción. No obstante, atendiendo las especificidades de esta forma de unión, consideró que la acreditación del vínculo matrimonial satisfacía este presupuesto probatorio”. (Resaltado fuera de texto)

7.4.- Lo anterior reafirma, entonces, la considerable potestad de configuración de la cual goza el Legislador para regular –obviamente dentro de los límites que la Constitución le impone- las diversas modalidades bajo las que se puede conformar una familia y, de acuerdo con ello, fijar los requisitos y condiciones para participar en procesos de adopción con el propósito de suplir, en tanto sea posible, las relaciones de filiación que el menor perdió o nunca alcanzó a forjar.

También debe destacarse la facultad que tiene el Congreso para introducir tratamientos diferenciales teniendo en cuenta los variados tipos de familia constitucionalmente reconocidos, por supuesto siempre que obedezca a criterios objetivos, razonables y proporcionados. Así, el hecho de que las parejas del mismo sexo puedan conformar una familia, y que la misma se encuentre constitucionalmente reconocida y protegida, no significa que se hallen en un plano idéntico en comparación con otro tipo de estructuras familiares constitucionalmente amparadas, en particular en lo que se refiere a la participación en los procesos de adopción, de manera que no necesariamente deben recibir el mismo tratamiento jurídico.

8.- Prohibición de discriminación por orientación sexual y tratamientos diferenciales constitucionalmente admisibles

8.1.- El artículo 13 de la Constitución consagra el derecho a la igualdad y dentro de este la prohibición de discriminación¹¹⁴. Esta norma, junto con

¹¹⁴ “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna

varios instrumentos internacionales que se orientan en la misma dirección, algunos de los cuales son vinculantes para Colombia¹¹⁵, ha conducido a la jurisprudencia a insistir en la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual, que entre otras cosas se encuentra amparada por el respeto a las libertades individuales¹¹⁶.

Como históricamente la condición de homosexualidad ha sido utilizada con fines de exclusión, rechazo o minusvalía de quienes reivindican dicha condición, se le cataloga como un criterio sospechoso de discriminación. Ello significa que las diferenciaciones fundadas en la orientación sexual de las personas, y particularmente en su homosexualidad, deben ser examinadas de modo cuidadoso para evitar que su único fin sea la discriminación.

8.2.- A pesar de lo anterior, la jurisprudencia también ha precisado que no toda distinción resulta en sí misma discriminatoria, porque lo que debe evaluarse es si la presencia de un tratamiento diferencial –incluso basado en la orientación sexual de una persona- obedece a criterios objetivos y razonables, es decir, a fines constitucionalmente legítimos a través de medios adecuados, necesarios y proporcionados para alcanzarlos.

En este sentido, por ejemplo, en la Sentencia C-075 de 2007 la Corte declaró exequible la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección patrimonial en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales. Allí recogió algunos de los pronunciamientos internos y de instancias internacionales referentes a la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual, aunque reconoció que no todo tratamiento diferencial basado en ese criterio resulta *per se* constitucionalmente inadmisibles, ya que debe analizarse si atiende parámetros objetivos y razonables. Dijo entonces:

“Específicamente se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una

discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...).”

¹¹⁵ El ARTÍCULO 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. El ARTÍCULO 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que los Estados partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; a su turno, el ARTÍCULO 24 dispone que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. El ARTÍCULO 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹¹⁶ Cfr., entre muchas otras, las Sentencias T-097 de 1994, T-539 de 1994, T-101 de 1998, C-481 de 1998, C-507 de 1999, T-268 de 2000, C-373 de 2002, T-435 de 2002, T-301 de 2004, C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, C-029 de 2009, C-577 de 2011 y T-248 de 2012, entre muchas otras.

forma de discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulta pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría ‘orientación sexual’, la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación¹¹⁷, y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que si pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto¹¹⁸. (Resaltado fuera de texto)

El fallo también reseña cuál ha sido la postura de la Corte en la materia. En esencia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional: (i) se prohíbe la discriminación fundada en la orientación sexual; (ii) se reconoce que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, por lo que no necesariamente hay un mandato imperativo de dar un tratamiento simétrico a unas y otras; (iii) el Legislador es el primer llamado a definir las medidas necesarias para proteger a los grupos en condición de marginamiento; y (iv) toda diferenciación de trato entre estos grupos debe responder a un principio de razón suficiente. En palabras de la Corte:

“En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual¹¹⁹; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a

¹¹⁷ Caso Toonen c. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

¹¹⁸ Caso *Young c. Australia* Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/941/2000.

¹¹⁹ En la Sentencia T-097 de 1994 la Corte señaló que “[e]ntre las innovaciones de la Constitución política de 1991, tienen especial relevancia aquellas referidas a la protección del fuero interno de la persona. Es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y del derecho a la intimidad y al buen nombre (art. 15). El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social. Se culmina así un largo proceso de aceptación y tolerancia normativa que se inicia con la despenalización de la conducta descrita en el Código Penal de 1936. Es de anotar que, si bien en este tema el derecho ha jugado un papel esencial en la transformación de las creencias sociales, éstas aún se encuentran rezagadas en relación con los ideales normativos. Los valores de la tolerancia y del pluralismo, plenamente asumidos por el ordenamiento jurídico, deben todavía superar enormes obstáculos para encontrar arraigo pleno en la vida cotidiana.” Esta posición ha sido reiterada en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse la C-481 de 1998 y la T-268 de 2000.

otras¹²⁰; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento¹²¹ y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente¹²². (Resaltado fuera de texto)

Siguiendo la anterior postura, en la Sentencia C-811 de 2007 la Corte declaró exequible el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, relativo a la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, “*en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo*”. Reafirmó que “*no existe razón justificativa para someter a las parejas del mismo sexo a un régimen incompatible con su opción de vida*”, por lo que no es constitucionalmente válido que el Legislador diseñe “*un régimen patrimonial*

¹²⁰ En la Sentencia C-098 de 1996 la Corte expresó: “Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos —además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. (...) De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquella puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990.” En el mismo sentido, en la Sentencia SU-623 de 2001, la Corte puntualizó que “... a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.”

¹²¹ En la Sentencia C-098 de 1996, la Corte señaló que “[s]ería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexecutable de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos. En la Sentencia T-349 de 2006 la Corte concluyó que el legislador dentro de su ámbito de configuración, puede, en desarrollo del mandato de ampliación progresiva de la seguridad social, contemplar medidas especiales de protección en seguridad social para las parejas homosexuales, que consulten sus particulares circunstancias y necesidades, pero que en relación con la prestación que entonces era objeto de consideración -la pensión de sobrevivientes- no había un imperativo constitucional, conforme al cual, a partir del principio de igualdad, dicha prestación debiese hacerse extensiva a las parejas homosexuales.

¹²² En la Sentencia C-1043 de 2006 la Corte expresó que “[l]a existencia de esas diferencias [entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales] hace imprescindible que, para configurar un cargo por omisión legislativa el actor especifique las razones por las cuales, en su criterio, el contenido normativo acusado excluye de sus consecuencias jurídicas situaciones que, por ser asimilables, tenían que estar contenidas en el texto normativo cuestionado, que tal exclusión carece de un principio de razón suficiente, y que, por consiguiente, se produce una lesión del principio de igualdad.” Agregó la Corte que en el caso que entonces fue objeto de consideración esa carga argumentativa no se satisfacía debido a que el actor se limitó “... a señalar que, en su criterio, las parejas homosexuales y heterosexuales deben recibir el mismo trato en materia de pensión de sobrevivientes, y que no hacerlo así resulta discriminatorio”, pero no presentó las razones que mostrarán que en esa materia resultaba imperativa una identidad de trato.

entre compañeros permanentes que no incluya a las parejas de compañeros del mismo sexo”.

En sintonía con ello, la Sentencia C-336 de 2008 declaró exequible la expresión “*la compañera o compañero permanente*”, consagrada en varios apartes de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, “*en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales*”¹²³. La Corte insiste en que no son admisibles las diferenciaciones que conllevan un déficit de protección de las parejas del mismo sexo, por cuanto es en virtud de su derecho al libre desarrollo de la personalidad que pueden definir su propia identidad y la opción de vida que deseen.

Asimismo, teniendo en cuenta lo anterior, en la Sentencia C-798 de 2008 la Corte deja en claro que, por basarse en un criterio sospechoso de discriminación, los tratamientos diferenciales fundados en la orientación sexual de las personas están sujetos a un riguroso análisis de constitucionalidad con el fin de examinar si obedecen o no al principio de razón suficiente¹²⁴, lo que se reafirma con la sentencia C-029 de 2009¹²⁵ y se ha mantenido inalterado en la jurisprudencia de este tribunal.

8.3.- La Sala no considera necesario realizar reflexiones adicionales acerca de la prohibición de discriminación por motivo de la orientación sexual, en la calificación de esta como un criterio sospechoso de discriminación, y en el deber del juez constitucional de someter a un escrutinio estricto todo tratamiento diferencial que tome como base la orientación sexual de las personas. No obstante, debe reconocer que la jurisprudencia también ha aceptado que existen distinciones fácticas y jurídicas entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, por lo que no necesariamente hay un mandato imperativo de dar un tratamiento simétrico a unas y otras. Lo que

¹²³ Cabe recordar que en la Sentencia 521 de 2007 la Corte declaró inexecutable el plazo de 2 años que como convivencia mínima exigía la Ley 100 de 1993 a las parejas de hecho para vincularse al sistema de seguridad social en salud. La Corte llevó a cabo un juicio estricto de igualdad y concluyó que la exigencia a las parejas de hecho de convivir durante dicho lapso quebrantaba los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto “el Constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas”.

¹²⁴ Sentencia C-798 de 2008. La Corte declaró inexecutable la expresión “únicamente”, contenida en el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, que modificó el tipo penal de inasistencia alimentaria y lo reguló en la unión marital de hecho; y exequible el resto de esa misma disposición en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

¹²⁵ Sentencia C-029 de 2009. En esta ocasión la Corte unificó el régimen de los compañeros permanentes heterosexuales y de los compañeros permanentes del mismo sexo en una amplia gama de materias, de las que se destacan los beneficiarios de la seguridad social y de las prestaciones sociales, el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los servidores públicos y para la contratación estatal, la adquisición y la pérdida de la nacionalidad, las medidas administrativas de protección a la familia, los bienes afectados a la vivienda familiar, los destinatarios de las medidas para la prevención del desplazamiento forzado, las circunstancias de agravación y de disminución punitiva establecidas en función de las relaciones familiares y el contenido de los delitos cuyo objeto es la protección de la familia.

debe examinarse es, entonces, si los tratamientos diferenciales que fija el Legislador fundados en ese criterio se encuentran o no objetiva y razonablemente justificados.

9.- Los sujetos habilitados para adoptar en el Código de la Infancia y de la Adolescencia

9.1.- Cuando el Código de la Infancia y la Adolescencia fijó los requisitos generales para adoptar y señaló quiénes pueden hacerlo, fue en principio neutro respecto del sexo y la orientación sexual de los aspirantes, aun cuando sí tuvo en cuenta el origen y la modalidad bajo la cual está conformada la familia, así como la capacidad de la estructura familiar para restablecer los vínculos de filiación, en especial a partir de la presencia de los referentes paterno y materno.

El primero de los requisitos generales¹²⁶ es el de capacidad, presupuesto indispensable para asumir responsablemente la crianza de un hijo¹²⁷. Como segundo requisito, la ley no solo impone que la persona sea capaz sino que haya alcanzado una edad mínima de 25 años¹²⁸. El tercer requisito consiste en que el adoptante tenga por lo menos quince (15) años más que la persona a ser adoptada, con lo cual se pretende que no exista una brecha generacional tan amplia con implicaciones negativas en el desarrollo psicomotriz, emocional y social del menor¹²⁹. Finalmente, el cuarto requisito tiene que ver con la idoneidad física, mental, moral y social del adoptante, suficiente para suministrar al niño, niña o adolescente un entorno adecuado y estable para su desarrollo integral¹³⁰.

De otra parte, al señalar los sujetos habilitados el Código de la Infancia y la Adolescencia establece tres modalidades y en función de ella define a los potenciales adoptantes¹³¹:

¹²⁶ “ARTÍCULO 68. REQUISITOS PARA ADOPTAR. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente (...)”.

¹²⁷ De acuerdo con la legislación civil, se considera que toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces. Código Civil, artículos 1503 y siguientes.

¹²⁸ Esta exigencia, que también estaba prevista en el anterior Código del Menor (art. 89), fue objeto de examen por la Corte en la Sentencia C-093 de 2001, donde se declaró su constitucionalidad por encontrarla una exigencia razonable y proporcionada como medida para asegurar la formación integral del menor.

¹²⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-360 de 2002. La Corte avaló la decisión del ICBF de negar a una pareja de adultos mayores la adopción de un menor en situación de abandono, precisamente porque, de acuerdo con los conceptos científicos acopiados, la brecha generacional entre aquellos y este era demasiado grande y podía afectar negativamente el desarrollo del menor.

¹³⁰ En la Sentencia C-804 de 2009 la Corte declaró exequible la aptitud física como requisito para adoptar al constatar que responde a un fin constitucionalmente legítimo (asegurar las mejores condiciones para el cuidado y atención de las necesidades del menor que se integra a una familia), a través de una medida idónea y razonable para alcanzar dicho propósito. En cuanto a la idoneidad moral para adoptar pueden consultarse las Sentencias C-814 de 2001, C-712 de 2010 y T-276 de 2012, entre otras.

¹³¹ “ARTÍCULO 68. REQUISITOS PARA ADOPTAR. (...) Podrán adoptar: 1. Las personas solteras. // 2. Los cónyuges conjuntamente. // 3. *Conjuntamente los compañeros permanentes*, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior. // 4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración. // 5. *El cónyuge o compañero permanente*, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre

(i) La primera es la **adopción individual o monoparental**, que es aquella que tiene lugar cuando el adoptante es una sola persona (independientemente de su sexo u orientación sexual), por ejemplo las personas solteras o el guardador del pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración (art. 68, núm. 1º y 4º), obviamente a condición de cumplir los requisitos generales antes descritos.

Según fue reseñado anteriormente, los debates parlamentarios que condujeron a la aprobación del Código de la Infancia y de la Adolescencia indican que el Congreso de la República decidió avalar la adopción por personas solteras (que ya estaba prevista en el Código del Menor), sin establecer exigencia alguna relativa al sexo o la orientación sexual del aspirante.

La **Sentencia T-276 de 2012**, en la que esta corporación ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) la entrega definitiva de la custodia de los niños a su padre adoptante, persona soltera de orientación homosexual, ratifica que la orientación sexual de una persona soltera es irrelevante para efecto de la adopción. En aquella oportunidad un ciudadano extranjero presentó acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales y los de dos menores de edad colombianos. Sostuvo que el ICBF, después de haber tramitado y aprobado la adopción de aquellos, revocó la medida y dispuso su ubicación en un hogar sustituto aduciendo que su condición de persona homosexual, así como el hecho de no haberlo informado previamente¹³², representaba una amenaza a la salud psicológica de los niños.

Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, al examinar el caso concreto la Corte concedió el amparo al constatar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar había amenazado el desarrollo armónico e integral de los menores. Para ello adelantó una cuidadosa revisión de las pruebas y

una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. // PARÁGRAFO 1o. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción. // PARÁGRAFO 2o Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores”. En la presente oportunidad se demandan parcialmente los numerales 3º y 5º.

¹³² Entre otras razones porque, según comunicación remitida por Baker Victory Services a la Subdirectora de Adopciones del ICBF, de acuerdo con la legislación de los Estados de Nueva Jersey y Nueva York, está prohibido interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual. Al respecto la Sentencia reseña lo siguiente: “Ciertamente, según la comunicación remitida por Baker Victory Services a la Subdirectora de Adopciones del ICBF, el 1º de abril de 2011, en los estados de Nueva Jersey y Nueva York, la normativa prohíbe interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual; esta afirmación no fue desvirtuada por el ICBF: ‘[XXX] solicitó a Baker Victory Services la adopción de dos niños, [AAA] y [BBB], a quienes había alojado por intermedio del programa de Kidsave. Una trabajadora social licenciada, Barbara Cohen, elaboró su estudio de hogar a través de la Jewish Child Association, agencia acreditada ante la Haya. Dicho estudio de hogar se efectuó de conformidad con todas las normas y reglamentos del estado de Nueva Jersey y, dentro del cumplimiento de tales reglamentos, se obtuvieron los registros de historia criminal y de abuso de menores, sin que existiese ningún cargo en contra. Igualmente, la Dra. Linda Busch, psicóloga clínica licenciada, se hizo cargo de la evaluación psicológica y no encontró ningún síntoma psicológico que pudiese afectar la capacidad de crianza del padre adoptivo. // Obedeciendo los reglamentos de los estados de Nueva Jersey y Nueva York, al SR. [XXX] no se le hizo ninguna pregunta referente a su orientación sexual. Debe anotarse que las leyes de los Estados Unidos de América prohíben que se discrimine a una persona cuando esté solicitando una adopción, ni tampoco al otorgarle la aprobación para adoptar, con base en su orientación sexual’.”

conceptos de expertos profesionales en relación con el estado de salud de los niños, en especial al valorar que al ser alejados de su padre adoptante para ser reubicados en un hogar sustituto se comprometía su desarrollo armónico e integral y su salud emocional y mental. En consecuencia, ordenó la entrega definitiva de la custodia de los niños a su padre adoptante, quien como ya se dijo era una persona de orientación sexual homosexual.

(ii) La segunda modalidad es la **adopción conjunta**, que es la ejercida por los cónyuges o por los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (art. 68, núm. 2° y 3°).

(iii) Finalmente, la tercera forma que el Código de la Infancia y la Adolescencia contempla es la **adopción complementaria o por consentimiento**, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o del compañero o compañera permanente que demuestre convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (arts. 66 y 68, núm. 5°).

En este punto se debe mencionar la **Sentencia SU-617 de 2014**¹³³. En síntesis, una Defensora de Familia se negó a tramitar una solicitud de adopción bajo la modalidad de “*adopción por consentimiento*”, para la conformación del vínculo filial entre la hija biológica de una mujer y su compañera permanente. La funcionaria sostuvo, en esencia, que la legislación vigente no permite la adopción por parejas del mismo sexo y que la Constitución solo protege la familia fundada en la heterosexualidad. Vale la pena aclarar que desde su nacimiento la niña había convivido con su madre biológica y con la compañera permanente de aquella, de modo que se había forjado, y así quedó acreditado, un vínculo firme, sólido y estable entre ellas.

La sentencia señala que en el concepto específico de la adopción la diferencia entre las uniones heterosexuales y homosexuales tiene cierta relevancia jurídica, por cuanto lo fundamental es brindar una familia al menor, de manera que “*de la sola diferencia normativa no se puede inferir su carácter discriminatorio*”.

Sin embargo, la Corte advirtió que no reconocer los vínculos de hecho entre menores con padres o madres biológicos y sus compañeros permanentes del mismo sexo, cuando existe una relación familiar estable, conlleva un “*déficit de protección del niño que amenaza el goce efectivo de sus derechos*”. Así, luego de superar numerosas objeciones de orden procesal que no es del caso detallar, la Corte concluyó que se desconoce el ordenamiento jurídico cuando se prohíbe adoptar a menores con una única filiación por parte de la pareja del padre o madre biológica con quien existe una unión homosexual, se ha forjado

¹³³ Sentencia SU-617 de 2014. Aclaración de voto de las magistradas María Victoria Calle Correa y Gloria Stella Ortiz Delgado, así como de los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Iván Palacio Palacio. Salvamento parcial de voto de la magistrada María Victoria Calle Correa. Salvamento de voto de la magistrada Martha Victoria SÁCHICA Méndez, así como de los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

una relación estable, sólida y permanente de afecto y solidaridad con el niño, y se ha asumido de forma conjunta su crianza, cuidado y manutención.

Al examinar el caso concreto la Corte insistió en que la Constitución “*admite, reconoce y protege la diversidad de estructuras familiares*”, amparó el derecho de la menor a tener una familia, revocó la decisión administrativa que había declarado improcedente la solicitud y ordenó continuar con su trámite sin que tal consideración pudiese ser invocada para excluir la adopción, por supuesto sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley.

En este orden de ideas, el Código de la Infancia y la Adolescencia fue en principio neutro respecto del sexo y la orientación sexual de los aspirantes a adoptar, lo que por demás está en concordancia con la jurisprudencia constitucional. Lo que sí tuvo en cuenta fue el tipo de estructura familiar y, según el caso, la modalidad de adopción permitida (monoparental, conjunta o complementaria).

En suma, desde una perspectiva general puede decirse que la ley no pretende discriminar en función del sexo ni de la orientación sexual, sino que busca restablecer los lazos de filiación teniendo en cuenta el origen y la modalidad bajo la cual está conformada la familia, en particular la presencia de los referentes paterno y materno para replicar el tipo tradicional de familia en el caso de la adopción conjunta.

En el mismo estatuto no fue indiferente la modalidad bajo la cual se conforma una familia y, con fundamento en ello, establecer los requisitos y condiciones la adopción de menores y el restablecimiento de los vínculos de filiación. Como se pasa a explicar, la Corte encuentra que esta es una expresión constitucionalmente admisible dentro del amplio margen de configuración del cual goza el Legislador para regular los procesos de adopción, así como de la facultad que tiene para fijar tratamientos diferenciales entre las variadas estructuras de familia reconocidas, por supuesto dentro de las limitaciones que la Constitución le impone teniendo en cuenta que la adopción está concebida para suplir, en tanto sea posible, las relaciones de filiación que se tenían por naturaleza y que por alguna circunstancia se perdieron o nunca se forjaron.

10.- Análisis constitucional de las normas demandadas

10.1.- En esta oportunidad la Corte debe examinar el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad de los compañeros permanentes del mismo sexo, así como de su derecho a conformar una familia y no ser separadas de ella (arts. 13 y 42 CP), al no incluirlas como posibles participantes en procesos de adopción conjunta o por consentimiento.

(i) En cuanto a la **adopción conjunta**, se han demandado los siguientes apartes del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006):

- Del artículo 64, numeral 1º, la expresión “*los derechos y obligaciones de padre o madre o hijo*”, referida a los efectos que la adopción conjunta produce entre adoptante y adoptivo.
- Del artículo 68, numeral 3º, la expresión “*conjuntamente los compañeros permanentes*”, que señala quiénes pueden adoptar.

(ii) En cuanto a la **adopción complementaria o por consentimiento** (cuando se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente, con la anuencia de este), se acusa del mismo estatuto lo siguiente:

- Del artículo 64, numeral 5º, la expresión “*si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente*”, que mantiene el vínculo de parentesco del menor con su padre o madre biológico y su familia consanguínea.
- Del artículo 66, la expresión “*del cónyuge o compañero permanente*”, relacionada con la validez del consentimiento.
- Del artículo 68, numeral 5º, la expresión “*el cónyuge o compañero permanente*”, que establece quiénes pueden adoptar bajo esta modalidad.

Adicionalmente, debido a su incidencia en la posibilidad o no de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar, también se han acusado las expresiones “*un hombre y una mujer*” y “*al hombre y la mujer*” del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, que establece los efectos civiles de las uniones de hecho.

Advierte la Sala que el análisis de estas dos modalidades de adopción debe efectuarse de manera independiente, en la medida en que cada una de ellas presenta sus propias especificidades, tanto normativas como fácticas, que son sustancialmente relevantes para llevar a cabo el juicio de constitucionalidad.

10.2.- En cuanto concierne a la **adopción conjunta** (núm. 1º del art. 64 y núm. 3º del art. 68 la Ley 1098 de 2006), la Corte considera que las expresiones impugnadas no vulneran la prohibición de discriminación por orientación sexual de los compañeros permanentes del mismo sexo (art. 13 CP). Tampoco desconocen su derecho a conformar una familia y a no ser separadas de ella (art. 42 CP).

Como punto de partida la Sala precisa que estas normas no establecen una diferenciación basada en la orientación sexual de los aspirantes a adoptar sino que se funda en la composición de la pareja adoptante (que los compañeros permanentes sean diferente sexo, esto es, hombre y mujer). Desde esta perspectiva, no es correcto predicar una discriminación por motivo de orientación sexual, aun cuando en todo caso debe evaluarse si la distinción en

que se funda es constitucionalmente válida o si por el contrario conlleva una diferenciación inadmisibles y, por tanto, discriminatoria.

La regulación prevista en el Código de la Infancia y la Adolescencia, desde la perspectiva bajo la cual se ha abordado el presente análisis, se refleja como una expresión constitucionalmente válida dentro de la potestad de configuración del Legislador en la materia, que toma en cuenta la modalidad bajo la cual se conforma una familia y con ese criterio fija requisitos y condiciones para señalar quiénes pueden participar conjuntamente en procesos de adopción. Ello sobre la base de que, para el Legislador, existen diferencias constitucionalmente relevantes entre las parejas conformadas por parejas del mismo sexo y las conformadas por hombre y mujer, y que en función de tales diferencias no resultaba imperativo extender la adopción a las primeras. En este sentido, el Legislador valoró que la diferencia entre ellas radica en que la adopción tiene por objeto sustituir, en cuanto sea posible, las relaciones filiales que nunca se llegaron a consolidar o que se perdieron, donde la existencia de padre y madre fue el punto de referencia de los vínculos de filiación (lazos naturales de consanguinidad). Con esta óptica, no existía para el Legislador un imperativo que lo obligara a dar un tratamiento idéntico a las diversas modalidades de familia reconocidas y protegidas por la Carta Política en cuanto se refiere a su habilitación para participar en procesos de adopción conjunta.

En este punto es necesario insistir en que la adopción no está encaminada a dar un niño a una familia sino una familia a un menor que la necesita, restableciendo con ello, en cuanto sea posible, los lazos de filiación. No pretende que quien carece de un hijo pueda llegar a tenerlo, sino que el menor que no tiene padres logre ser parte de una familia rodeado de las condiciones propicias para su desarrollo armónico e integral¹³⁴. En los términos del Código de la Infancia y la Adolescencia, la adopción es *“principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”* (art.61).

Así, debido a que el Estado es el primer responsable de garantizar a un menor su derecho a ser parte de una familia, la adopción no puede operar en forma libre ni fundarse únicamente en la idea de solidaridad de los potenciales adoptantes; por el contrario, debido a su trascendencia para el menor y a su naturaleza irrevocable, está supeditada a rigurosos procesos en los cuales las autoridades administrativas concernidas evalúen el cumplimiento de las condiciones previamente determinadas por la ley.

En este sentido, es el Congreso de la República, foro democrático y deliberativo por excelencia, el primer llamado a definir cuáles son los sujetos habilitados y los requisitos que una familia debe acreditar para recibir a un niño en situación de adoptabilidad, de manera que le asegure un entorno

¹³⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-093 de 2001 y T-510 de 2003, entre otras.

favorable donde se forje una nueva relación filial, sólida y estable que trasciende del mero cuidado y socorro, porque de otro modo cualquier persona que con fines altruistas brindara apoyo a un menor estaría por ese solo hecho habilitada construir un vínculo de filiación.

No todas las modalidades de familia constitucionalmente reconocidas se encuentren en las mismas circunstancias fácticas, por lo que no necesariamente deben sujetarse a idénticas reglas jurídicas en cuanto al régimen de adopción, ya que para el Estado no puede ser indiferente la inserción del menor en una estructura familiar. De manera que ni el Legislador ni las autoridades se hallan habilitados para señalar como válido cualquier entorno familiar para que un menor sea integrado mediante la institución jurídica de la adopción cuando carece de vínculos filiales.

Reconociendo la existencia de condiciones fácticas disímiles entre los múltiples tipos de familia que la Constitución ampara, el Legislador estaba facultado para fijar reglas o tratamientos diferenciales entre unas y otras, sin que su regulación pueda ser calificada por ello como un acto discriminatorio, sobre todo cuando no existe un imperativo constitucional de dar a las familias conformadas por parejas del mismo sexo idéntico trato jurídico que el que se prodiga a aquellas integradas por hombre y mujer. Así, el criterio utilizado por el Congreso no desborda los límites que imponen los artículos 13 y 42 de la Carta Política, particularmente en cuanto a prohibición de discriminación por orientación sexual.

En concepto de la Sala la regulación prevista por el Legislador resulta constitucionalmente válida ya que no tuvo como base solo la orientación sexual de las personas que aspiran a participar en un proceso de adopción, sino que se fundamentó principalmente en la modalidad bajo la cual se integra una familia, así como la importancia de la adopción como institución jurídica que pretende suplir y restablecer, en cuanto sea posible, los lazos de filiación que el menor ha perdido o nunca tuvo, y por esa vía potenciar las condiciones para su desarrollo armónico e integral, donde la existencia del referente paterno y materno se vislumbra como relevante para la formación del menor.

Al establecer las reglas en materia de adopción conjunta en el Código de la Infancia y la Adolescencia, para el Legislador no fue indiferente el tipo de familia de la que eventualmente llegará a formar parte un menor, donde el criterio utilizado para habilitar la adopción por compañeros permanentes – familia integrada por hombre y mujer- atiende un fin legítimo apelando a una categoría diferencial objetiva y razonable.

De un lado, la Corte observa que el propósito que inspiró al Legislador al regular la adopción conjunta fue procurar al menor un entorno en el que preferentemente se suplan las carencias de padre y madre. Esto no implica que haya actuado con el ánimo de discriminar a las parejas del mismo sexo; simplemente supone facilitar su integración a un nuevo hogar con la presencia

clara de los referentes materno y paterno, lo cual atiende objetivos constitucionalmente imperiosos.

De otro lado, el hecho de que solo se hubiere incluido a los compañeros permanentes de diferente sexo como una de las familias habilitadas para adoptar, con la consciente y deliberada exclusión de las parejas del mismo sexo, se proyecta como una medida razonable en términos de igualdad por cuanto: (i) en primer lugar, no existe un imperativo constitucional de prodigar el mismo trato jurídico a todas las modalidades de familia; (ii) en segundo lugar, la familia conformada por una pareja del mismo sexo se encuentra en condiciones fácticas diferentes de la integrada por hombre y mujer; (iii) en tercer lugar, la institución de la adopción conjunta, en las normas acusadas, está concebida para suplir las relaciones de paternidad y maternidad, razón por la cual –desde la opción acogida del Legislador- es razonable que puedan acudir a ella las parejas conformadas por hombre y mujer; y finalmente, (iv) no puede perderse de vista que para la época en la cual fue aprobado el Código de la Infancia y la Adolescencia (año 2006) la interpretación literal mayoritaria del artículo 42 de la Carta Política –inclusive en la jurisprudencia constitucional- no reconocía como familia a la conformada por parejas del mismo sexo (esto solo cambió con la Sentencia C-577 de 2011).

La valoración que efectuó el Congreso al suponer que la familia heterosexual ofrece, en principio, un escenario adecuado para asegurar a los menores en situación de adoptabilidad un entorno favorable a su desarrollo en un nuevo hogar, parte del reconocimiento de esa clase de familia expresamente previsto en el artículo 42 superior. En tal medida es plausible considerar que, por tratarse de uno de los escenarios tradicionales de estructura familiar, de ordinario están dadas las condiciones para una adopción sin mayores traumatismos para el menor, lo que por supuesto no las exonera del deber de acreditarlas en cada caso concreto. Tal razonamiento, a juicio de la Sala, no supone un ánimo de discriminación de las familias integradas por personas del mismo sexo. Implica aceptar que las uniones en las cuales están presentes y claramente identificados los referentes paterno y materno se encuentran habilitadas para adoptar de forma conjunta niños, niñas o adolescentes. Así, desde la perspectiva analizada, la opción legislativa actual es constitucionalmente admisible.

La Sala pone de presente cómo, en el marco del derecho comparado, ya son varios los Estados que han avalado la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, generalmente por la vía legislativa. De los cerca de veinte países que la han autorizado en su gran mayoría lo han hecho por decisión del órgano de representación popular¹³⁵. Salvo contadas excepciones de algunos

¹³⁵ Son ellos: Holanda (2000), Suecia (2003), España y Andorra (2005), Inglaterra y Gales (2002), Canadá (2005), Bélgica (2006), Noruega (2008), Escocia (2009), Finlandia (2009), México (2009), Uruguay (2009), Dinamarca (2009), Argentina (2010), Islandia (2010), Nueva Zelanda (2013), Irlanda del Norte (2013), Francia (2013), Luxemburgo (2014). En Estados Unidos, este derecho ha sido reconocido en 22 de los 50 Estados Federados (Rhode Island, Washington, D.C., Nueva Jersey, Vermont, Nueva York, Oregón, California, Massachusetts, Colorado, Indiana, Connecticut, Nuevo Hampshire, Washington, Iowa, Nevada, Illinois, Maine, Maryland, Delaware, Minnesota, Hawái, Nuevo México, Pennsylvania).

tribunales¹³⁶, esa la vía por la que normalmente se han canalizado los procesos de ajuste jurídico a la adopción.

Sumado a lo anterior, admitir que las expresiones impugnadas no incluyan a las parejas del mismo sexo como habilitadas para adoptar tampoco riñe con el concepto de familia que se consolidó con la Sentencia C-577 de 2011. En efecto, en la referida providencia la Corte abordó un análisis en perspectiva horizontal, entre cónyuges o compañeros permanentes, pero se abstuvo de hacer una valoración en línea vertical, es decir, en cuanto a las relaciones paterno y materno filiales, que es el ámbito donde se sitúa la adopción.

En consecuencia, el hecho de que la jurisprudencia constitucional se haya decantado por un concepto de familia fundado en el pluralismo, para reconocer que las parejas del mismo sexo pueden conformar un hogar, significa que son dignas y merecedoras de plena aceptación y protección constitucional. Pero ello no conduce necesariamente a que -al menos desde la perspectiva objeto de análisis- puedan participar en procesos de adopción en idénticas condiciones que las familias conformadas por hombre y mujer, por cuanto la ampliación del concepto de familia no implica una extensión automática y uniforme a todas las modalidades, ni para todos los efectos legales, en concreto en el ámbito de la adopción. Por supuesto, tampoco autoriza la imposición de tratamientos discriminatorios.

En suma, la exclusión de los compañeros permanentes del mismo sexo dentro de los sujetos habilitados para adoptar conjuntamente no implica vulnerar su derecho a la igualdad, particularmente la prohibición de ser discriminados por motivo de sexo u orientación sexual (art. 13 CP), ni desconoce su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella (art. 42 CP). En consecuencia, por los cargos y las razones aquí analizadas la Corte declarará la exequibilidad de las normas parcialmente demandadas, que regulan la adopción conjunta por compañeros permanentes.

10.3.- En lo relativo a la **adopción complementaria o por consentimiento** (núm. 5° del artículo 64, artículo 66 y núm. 5° del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006), la Sala en principio tampoco observa defectos de constitucionalidad por el hecho de que el Legislador haya autorizado que una persona pueda adoptar el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

Sin embargo, la Corte sí considera indispensable hacer algunas precisiones hermenéuticas con el fin de evitar interpretaciones incompatibles con la Constitución que puedan afectar los derechos de los integrantes de un hogar que se encuentran en un contexto afianzado de familia homoparental.

¹³⁶ Los países que han aprobado la adopción por parte de parejas del mismo sexo en sus diferentes modalidades, a través de decisiones judiciales, son: (i) Sudáfrica, mediante la sentencia del 10 de septiembre de 2002, proferida por la Corte Constitucional; (ii) Israel, en la sentencia del 10 de enero de 2005, dictada por la Corte Suprema de Apelaciones; (iii) Brasil, en la sentencia del 27 de abril de 2010, emitida por el Tribunal Superior de Justicia (STJ); y (iv) Alemania, a través de la sentencia del 19 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Constitucional Federal.

Como ya fue explicado, la adopción complementaria o por consentimiento tiene lugar cuando se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente contando con para ello con la anuencia del progenitor biológico. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con la adopción conjunta, donde el menor carece de vínculos filiales, estos lazos ya existen con el consanguíneo directo y a menudo también se han construido vínculos de crianza entre el menor y el compañero o compañera permanente del padre o madre biológico.

De manera que como uno de los criterios constitucionales para establecer los nexos de filiación es la protección de los vínculos familiares previamente consolidados, es necesario procurar que se conserven tanto los lazos de consanguinidad como los de crianza, por supuesto en cuanto ello sea posible a partir de una valoración caso a caso de las circunstancias que rodean al menor y su familia. En tal medida, la adopción complementaria o por consentimiento no hace más que dar respuesta al imperativo constitucional de proteger los derechos del menor y mantener estables sus vínculos de consanguinidad y con el hogar de hecho en el cual ha permanecido en forma estable.

Ahora bien, cuando por cualquier motivo un niño ha crecido de la mano de su padre o madre biológico, quien a su vez convive con su pareja del mismo sexo, y en ese entorno se han forjado vínculos de afecto y solidaridad estables donde se comparte la crianza, cuidado y manutención del menor en forma conjunta, entonces impedir la adopción complementaria o por consentimiento conduciría a destruir esos mismos lazos de amor, respeto, socorro, etc., contruidos durante años, lo cual afecta a todos los integrantes del grupo familiar (dentro de los cuales se encuentra incluidos tanto la pareja como el menor de edad), quienes se han integrado con éxito en el hogar que se ha creado, en detrimento del derecho a conformar libre y responsablemente una familia y a no ser separados de ella (art. 42 CP).

En estos eventos la falta de reconocimiento jurídico del vínculo de filiación conllevaría un déficit de protección del derecho de los integrantes del núcleo familiar a tener una familia y no ser separados de ella, así como de los demás integrantes del núcleo familiar. Como ya se explicó, el artículo 42 de la Constitución reconoce y protege a la familia conformada por la decisión responsable de hacerlo, una de cuyas modalidades es la que se integra entre personas del mismo sexo. En esa medida, cuando un menor ha crecido con el acompañamiento de su madre o padre biológico y se encuentra debidamente acreditada su adaptación en el entorno descrito, impedir la consolidación jurídica del vínculo filial conduciría a desconocer el derecho del menor a tener una familia y, sobre todo, a no ser separado de ella. Una interpretación en este sentido no sería más que un vano esfuerzo por tratar de negar una inocultable realidad, de la que el asunto resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-617 de 2014 es solo un ejemplo en un universo mucho más amplio.

Negar el reconocimiento del vínculo filial en estos casos, además, pondría en grave riesgo el ejercicio de otros derechos de todos los integrantes del núcleo familiar, puesto que algunas obligaciones solo son exigibles cuando media el vínculo de filiación. El derecho a reclamar alimentos, los beneficios derivados de la seguridad social, los derechos sucesorales o las obligaciones emanadas de la patria potestad, por mencionar algunos de ellos, solo se consolidan cuando el ordenamiento jurídico reconoce formalmente el vínculo paterno y materno filial; de otro modo todo quedaría librado a los actos de solidaridad y buena voluntad, lo que representaría un déficit en la protección y una barrera normativa para el goce efectivo de los derechos del grupo familiar.

Por lo anterior, la Corte condicionará la exequibilidad de las normas sobre adopción consentida o complementaria, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

En todo caso es necesario advertir que lo anterior no implica la existencia de un imperativo constitucional de reconocer en forma inexorable y automática este vínculo de filiación, porque ello deberá ser decidido a partir de una valoración caso a caso de acuerdo con las circunstancias que rodean a un menor y su familia. Tampoco cabe incluir en el condicionamiento la adopción consecutiva o sucesiva, esto es, la que se da en relación con el hijo(a) adoptivo(a) del compañero(a) permanente, por cuanto esta modalidad de adopción reviste unas particularidades que exigen un análisis independiente, del cual no se ocupará la corporación en esta oportunidad en la medida en que desborda el alcance de la demanda y de la presente sentencia.

VII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, las expresiones impugnadas de los artículos 64 (numeral 1º) y 68 (numeral 3º) de la Ley 1098 de 2006, “*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones demandadas del numeral 5º del artículo 64, del artículo 66 y del numeral 5º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, “*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de

adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Presidente

Con salvamento parcial de voto

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA

Conjuez

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

Con salvamento parcial de voto

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

ANEXO

CONCEPTOS CIENTÍFICOS (EXPEDIENTE D-10315)

Mediante auto proferido el 7 de octubre de 2014, el Magistrado Sustanciador solicitó a las facultades, departamentos y programas de sociología, sicología, salud pública, ciencias de la salud y medicina de diferentes universidades, así como al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, allegar un concepto científico en relación con los efectos que para el desarrollo integral de un menor podría tener el hecho de ser adoptado por parejas del mismo sexo.

En aras de brindar mayor claridad sobre el asunto mencionado, se presenta una reseña de los conceptos científicos allegados por tales entidades e instituciones educativas.

1.- Ministerio de Salud y Protección Social

El director jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social pone de presente a la Corte que *“no existe evidencia de que la adopción por parejas del mismo sexo genere riesgo para la salud física o mental de los menores”*.

Explica que *“la literatura relevante sobre la materia indica que no existen riesgos para la salud o el bienestar de los menores de edad derivados de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Por el contrario, la orientación sexual de los padres es, en general, indiferente para el desarrollo cognitivo y social de los menores. Adicionalmente, en muchos casos -como en la adopción de menores de alto riesgo- puede contribuir a su bienestar”*.

Añade que de acuerdo con la Academia Americana de Pediatría¹³⁷, *“la literatura disponible en más de 30 años de investigación, indica que no existen efectos en la salud y el bienestar de los menores derivados de la orientación sexual de sus padres”*. Aclara que el bienestar de los menores se ve más afectado por otros aspectos como la ausencia de soporte social y económico en la familia, o las malas relaciones entre menores y padres, *“las cuales nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres”*.

De igual forma, precisa que de acuerdo con esa misma literatura, *“los menores sufren mayor afectación en su bienestar por las disparidades legales y el estigma que puede derivarse de normatividades restrictivas para las parejas del mismo sexo”*. Refuerza esta parte de la intervención con la investigación realizada por la Facultad de Educación de la Universidad de Amsterdam en relación con los estudios empíricos publicados entre 1978 y 2003 sobre

¹³⁷ American Academy of Pediatrics. Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health. Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian. Pediatrics 2013 Apr; 131(4):e1374-83. doi: 10.1542/peds.2013-0377. Epub 2013 Mar 20. Cita de la intervención.

familias conformadas por parejas de dos mujeres¹³⁸. Según explica, en ella se demostró que los posibles efectos de la salud de los menores pertenecientes a estas familias estaban más relacionados con el estigma de las relaciones entre dos mujeres que con el hecho de que fueran dos mujeres las cabezas de familia.

Justamente por ello, continúa el Ministerio de Salud, “*la Academia Americana de Pediatría ha sugerido en varias oportunidades que el bienestar de los menores de edad se beneficiaría de la legalización de los matrimonios de parejas del mismo sexo y la adopción de parejas dispuestas y capaces para esa tarea, independientemente de su orientación sexual*”.

Concordante con lo anterior, recuerda que en otro meta análisis de la literatura existente, llevado a cabo por la Facultad de Psicología de la Universidad de Birkebeck¹³⁹, se concluyó que los procesos de ajuste en el desarrollo de los menores eran similares para menores con padres homosexuales y con padres heterosexuales. Igualmente, destaca que otro estudio elaborado por la Universidad de California encontró que la adopción por parejas del mismo sexo contribuye a mejorar el bienestar de los menores de edad tanto como la adopción por parejas homosexuales¹⁴⁰.

El Ministerio aclara que las anteriores “*son conclusiones recurrente y relativamente pacíficas en los estudios clínicos y no clínicos y los metanálisis en la materia*”¹⁴¹. Por el contrario, añade, “*no existe evidencia independiente y de buena calidad que indique que pueden existir riesgos para la salud y el bienestar de los menores de edad derivada de la adopción o crianza por parejas del mismo sexo*”. Con fundamento en todo lo anterior concluye:

“1. No se han identificado riesgos para la salud y el bienestar de los menores de edad derivada de la adopción de parejas del mismo sexo. El desarrollo cognitivo y emocional de los menores de edad es similar en parejas heterosexuales y homosexuales.

2. El único factor diferenciador en el bienestar de menores adoptados o criados por parejas del mismo sexo está en el estrés y las dificultades que pueden causar las restricciones legales y el estigma.

¹³⁸ Bos HMI, van Balen F, van den Boom DC. Lesbian families and family functioning: an overview. *Patient Educ. Couns.* 2005 Dec; 59(3):263-75.

¹³⁹ Tasker F. Lesbian mothers, gay fathers, and their children: a review. *J Dev Behav Pediatr.* 2005. Jun; 26(3):224-40.

¹⁴⁰ Lavner JA1, Waterman J, Peplau LA. Can gay and lesbian parents promote healthy development in high-risk children adopted from foster care? *Am J Orthopsychiatry.* 2012 Oct;82(4):465-72. doi:10.1111/j.1939-0025.2012.01176.x

¹⁴¹ Al respecto el interviniente señala lo siguiente: “Con conclusiones en el mismo sentido ver; Hunfeld JA. Child development and quality of parenting in lesbian families: no psychosocial indications for a-priori withholding of infertility treatment. A systematic review. *Hum Reprod Update.* 2002 Nov-Dec;8(6):579-90., Fauser BC, de Beaufort ID, Passchier JP; *Scand J Psychol.* 2002 Sep;43(4):335-51; Anderssen NI, Amlie C, Ytteroy EA. Outcomes for children with lesbian or gay parents. A review of studies from 1978 to 2000. *Pediatr Rev.* 1994 Sep;15(9):354-8; quiz 358; Gold MA1, Perrin EC, Futterman D, Friedman SB. Children of gay or lesbian parents; *Patterson CJ Children of lesbian and gay parents. Child Dev.* 1992 Oct;63(5):1025-42

3. *El Sistema General de Seguridad Social en Salud cuenta con un conjunto de herramientas y coberturas para atender las necesidades en salud física y mental, de los menores de edad relacionadas con conflictos y abusos en las familias con independencia de la orientación sexual de los padres”.*

2.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El Subdirector de Adopciones de la Dirección de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar conceptúa que *“no se evidencian situaciones que afecten el desarrollo integral de un niño, niña o adolescente, desde la perspectiva de las ciencias de la salud, ni tampoco existen evidencias científicas que la orientación sexual de los padres sea factor que incida negativamente en el desarrollo del niño”.* Por el contrario, pone de presente la necesidad de que *“desde el Estado se den alternativas que permitan la prevención de posibles circunstancias que incidan negativamente en la esfera psicológica, social y en el proceso de adaptación del niño, niña o adolescente al medio familiar que lo ha adoptado, con el fin de que la adopción cumpla su finalidad como medida de restablecimiento de derechos permanente por excelencia”.*

Para emitir el anterior concepto, el ICBF fija de manera preliminar un marco conceptual sobre la adopción y explica que, según el Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia, se trata de una medida de protección para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuyo objetivo principal *“es la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y su capacidad para un ejercicio pleno de derechos”.*

Bajo ese entendido, resalta que lo que le interesa al ICBF en lo concerniente al requisito de idoneidad dentro del proceso de adopción, es *“evaluar las capacidades de los padres para mantener una relación afectiva y estable, para ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite el desarrollo equilibrado y armónico, que el adoptante cuente con las condiciones socioeconómicas y culturales garantistas para construir la identidad personal, social y cultural de los niños, niñas o adolescentes”.*

Precisa que la distinción basada específicamente en la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, según lo ha establecido la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Constitucional¹⁴², y por ello, el Lineamiento no hace una diferenciación en cuanto a la orientación sexual de los solicitantes de adopción. Al contrario, la indagación

¹⁴² Sobre ese punto el interviniente cita lo siguiente: *“La Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita en la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de las autoridades o por particulares, pueden disminuir, restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.* CILLERO BRUÑOL, Miguel. Infancia, Autonomía y Derechos. Una cuestión de principios. Versión virtual. www.iin.oea.org P.9.

se basa en requisitos legales, condiciones de orden psicológico, social y médicos para atender las características de los menores.

En concordancia con lo anterior, se remite a su intervención en el marco que llevó a la expedición de la sentencia C-710 de 2012, donde expuso que la orientación sexual *“no es un factor a analizar en la solicitud de adopción y que no se puede tener en cuenta especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales así como preferencias culturales respecto a concepciones tradicionales de familia, ni la orientación sexual del solicitante”*.

Luego de hacer unas consideraciones sobre los tipos de adopción¹⁴³ y del estado actual del Programa de Adopción en Colombia¹⁴⁴, el ICBF aborda el concepto del desarrollo infantil desde las perspectivas psicológica y de la salud¹⁴⁵, y de protección integral¹⁴⁶. Sobre el estado actual del Programa de Adopción en Colombia, presenta diferentes tablas y gráficas para identificar la variación de las adopciones entre 2000 y 2014, e identifica los cambios que se han producido al interior de dicho programa desde su incorporación y la consecuente reorientación del mismo.

Por ejemplo, explicó que se vio la necesidad de reorientar el Programa con el fin de responder eficazmente a las demandas de la población y las condiciones actuales del país. Por ello, la Subdirección de Adopciones focalizó estrategias para dar respuesta a la real situación de los menores en declaratoria de adoptabilidad con características y necesidades especiales¹⁴⁷, con el fin de incrementar las familias adoptantes para esos niños¹⁴⁸.

¹⁴³ Al respecto señala: *“En Colombia la legislación establece que a través de la sentencia de adopción se extingue todo vínculo del niño, niña o adolescente con su familia de origen y una vez en firme es irrevocable, es decir la adopción está contemplada como un tipo de adopción plena. La diferencia entre una y otra categorización o tipo de adopción (simple o plena), se determina en cada Estado de manera particular por el ordenamiento jurídico en vigor. Básicamente la diferencia entre ambas se enmarca en 1) el análisis de la ruptura o del mantenimiento del vínculo de filiación con la familia de origen, o 2) la revocabilidad o la irrevocabilidad de la decisión de adopción”*. International Social Service ISS. (2007). Adopción Simple vrs Adopción Plena. Las implicaciones jurídicas de la Adopción. Ficha 29. Enero del 2007.

¹⁴⁴ Lineamiento Técnico del Programa de Adopción. Pág. 11.

¹⁴⁵ Con respecto a la perspectiva psicológica y de la salud acude a lo señalado por la Organización Mundial de la Salud, según la cual *“el desarrollo infantil es un proceso dinámico por el cual los niños y las niñas progresan desde un estado de dependencia de todos sus cuidadores en todas sus áreas de funcionamiento, durante la lactancia, hacia una creciente independencia en la segunda infancia (edad escolar), la adolescencia y la adultez”*.

¹⁴⁶ Desde la perspectiva de la protección integral, explica, el desarrollo integral del niño *“involucra todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia. (García, E., 2007, pág. 110)”*. Según explica el ICBF, esta perspectiva tiene como enfoque el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes dependiendo de distintas áreas, así: *“(i) supervivencia, que incluye los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social y no participación en el conflicto armado; (ii) desarrollo: que incluye los derechos a la educación, cultura y recreación, nombre y nacionalidad, libertad de pensamiento, conciencia y religión; (iii) participación: que incluye los derechos a la libertad de expresión e información, opinión y asociación; y (iv) protección especial contra cualquier circunstancia que vulnere, amenace o en que se inobserven sus derechos fundamentales”*.

¹⁴⁷ Esto es, grupos de 3 o más hermanos, dos hermanos donde el mayor tenga más de 8 años, niños mayores de 8 años y niños de cualquier edad con discapacidad física, mental o enfermedad permanente.

¹⁴⁸ La tabla núm. 1 muestra el *“reporte de NNA (niños, niñas y adolescentes) al comité de adopciones a nivel nacional. Años 2011 a 2014”*, de la cual se extrae una mayor cantidad de NNA con características y

A partir de lo anterior, realiza un análisis interdisciplinario sobre los efectos que para el desarrollo integral de un menor podría tener el ser adoptado por parejas de un mismo sexo:

a) *Desde el área de sicología.* Resalta que en este campo existe abundante evidencia recopilada durante tres décadas de investigaciones extranjeras que muestran que “*el ajuste de niños, niñas y adolescentes que son criados por personas homosexuales no es diferente de los que crecen con familias heterosexuales (Asociación Psicológica Americana, 2005)*”¹⁴⁹.

Señala que, progresivamente, en diferentes países se ha modificado la legislación para permitir la custodia y/o en algunos casos la adopción de niños y niñas por parte de parejas del mismo sexo¹⁵⁰, avances que en su mayoría se han sustentado en los estudios que a nivel internacional se han elaborado desde diferentes disciplinas, principalmente la sicología. Sobre el caso colombiano, pone de presente que existen algunas investigaciones que concluyen sobre la necesidad de explorar mayores garantías jurídicas y sociales en esta materia¹⁵¹.

Al analizar las diferentes tipologías familiares y la probabilidad de que sean víctimas de agresión sexual, el ICBF encuentra que “*no existe soporte científico desde el desarrollo infantil para afirmar que existen diferencias o afectaciones en los niños al ser adoptados por parejas del mismo sexo, y que las agresiones sexuales en su mayoría se reportan en medios familiares heterosexuales*”. Para mayor ilustración, hace referencia específica a ciertos estudios científicos sobre este asunto, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

(i) Meta análisis de Crowl, Ahn & Baker (2008)¹⁵². Los resultados indican que no existen diferencias significativas en el desarrollo cognitivo de los niños y niñas criados por parejas del mismo sexo versus aquellos que son criados por padres heterosexuales. Al contrario, indica, “*se encontró que existe una*

necesidades especiales presentados al Comité de Adopciones (para 2014 fueron presentados al comité 380 NNA sin necesidades y características especiales -correspondiente a un 64.94%-, en comparación con 770 con características y necesidades especiales).

¹⁴⁹ Asociación Psicológica Americana. (2005). Lesbian and Gay Parenting. A Joint Publication of the American Psychological Association's (APA). Commite on Lesbian Gay, and Bisexual Concerns (CLGBC): Commite on Children, Youth and Families (CYF); and Commite on Women in Psychology (CWP).

¹⁵⁰ El interviniente los sintetiza de la siguiente manera: “*Países como Canadá, Sudáfrica, Suecia, España, Reino Unido, Andorra, Bélgica, Irlanda, Noruega, Nueva Zelanda, Francia, Israel y Luxemburgo se encuentran abiertos en todo su territorio para la adopción indeterminada y determinada. Para Latinoamérica, en México, Uruguay, Brasil y Argentina, se encuentran avances en su legislación hacia la incorporación de la adopción indeterminada y determinada. (...) En otros casos existen países que permiten la adopción homoparental en determinadas circunstancias y en algunos territorios, por ejemplo en los Estados Unidos de Norteamérica y en Australia*”.

¹⁵¹ Hace referencia a académicos e investigadores de las Universidades Nacional, Andes, del Valle, Caldas, Antioquia, del Norte, entre otras, que se han ocupado del tema. Así mismo, cita como primeras experiencias de adopción por parte de parejas homosexuales los casos conocidos por la Corte Constitucional en las sentencias T-276 de 2012 y SU-617 de 2014 (para la adopción del hijo del cónyuge).

¹⁵² Crowl, A., Ahn, S., & Baker, J. (2008). *A Meta-Analysis of Developmental Outcomes for Childrens of Same-Sex and Heterosexual Parents*. Journal Of GIBt Family Studies. Vol. 4(3). doi: 10.1080/15504280802177615.

variación significativa a favor de los padres del mismo sexo, puesto que estos reportaron tener una relación afectiva significativamente mejor con sus hijos e hijas que los padres heterosexuales”.

(ii) Tasker (2005)¹⁵³. Realizó un estudio comparativo entre madres lesbianas divorciadas y madres heterosexuales divorciadas, encontrando que los hijos de las primeras perciben como “segunda mamá” a la nueva pareja, mientras que los hijos de las segundas perciben al hombre (nueva pareja) como un “intruso”; de manera que las relaciones de los niños y niñas con las parejas lesbianas fueron más positivas que con parejas heterosexuales.

(iii) Allen & Burrell (1996¹⁵⁴ y 2002¹⁵⁵); Anderssen, Amlie & Ytteroy (2002)¹⁵⁶ y Lambert (2005)¹⁵⁷. Compararon padres homosexuales con padres heterosexuales encontrando que “los resultados negativos en el ajuste psicológico y en el desarrollo negativo de los niños y niñas en general no son producto ni están relacionados con la orientación sexual de los padres”.

(iv) Menciona además que “la Academia Americana de Pediatría concluye en una investigación realizada en 2013, que existen muchos factores de riesgo que afectan el desarrollo integral de los niños y las niñas, como la pobreza, desordenes psicológicos de los padres, divorcio de los padres, violencia intrafamiliar”, y que su bienestar se ve afectado “mucho más por las relaciones con sus padres, las competencias parentales de estos, la seguridad que les brindan y la presencia de apoyo social y económico de la familia, que por el género u orientación sexual de sus padres”.

(v) Wainwright & Patterson (2008)¹⁵⁸. Realizaron un estudio comparativo entre 44 adolescentes criados por familias heterosexuales y 44 criados por parejas de lesbianas, arrojando como resultado que no existen diferencias en los niveles de estrés, ansiedad, depresión y desempeño escolar de los adolescentes de ambos grupos. El bienestar y el ajuste de estos últimos no se asocian con el tipo de familia (homosexual o heterosexual) y en ambos casos los adolescentes afirmaron tener relaciones cercanas con sus padres.

(vi) Buil, García-Rubio, Lapastora & Rabasot (2004)¹⁵⁹. Concluyeron que “(i) lo que más influye en la crianza de los hijos y en su adecuado desarrollo

¹⁵³ Tasker, F. (2005). *Lesbian mothers, gay fathers, and their childrens: A review*. Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics, 26(3), 224-240.

¹⁵⁴ Allen, M., & Burrell, N. (1996). *Comparing the impact of homosexual and heterosexual parents on children: Meta-analysis of existing research*. Journal of Homosexuality, 32, 19-35.

¹⁵⁵ Allen, M., & Burrell, N. (2002). *Sexual orientation of the parent: The impact of the child*. Interpersonal communication research: Advances through meta-analysis (pp. 125-143). Mahwah, NJ: USum Associates Publishers.

¹⁵⁶ Anderssen, N., Amlie, C., & Ytteroy, E.A. (2002). *Outcomes for children with lesbian or gay parents: A review of studies from 1978 to 2000*. Scandinavian Journal of Psychology, 43(4), 335-351.

¹⁵⁷ Lambert, S. (2005). *Gay and lesbian families: What we know and where to go from here*. The Family Journal: Counseling and Therapy for Couples and Families, 13(1), 43-51.

¹⁵⁸ Wainwright JL, Patterson CJ. *Delinquency, victimization and substance abuse among adolescents with female same-sex parents*. Journal Family Psychol. 2006; 20 (3): 526-530.

¹⁵⁹ Buil, E., García-Rubio, E., Lapastora, M., & Rabasot, M. (2004). La adopción por homosexuales. Anuario de psicología jurídica, volumen 14. Págs. 81-88.

sicológico es la falta de conflictos familiares más que el sexo de sus padres; (ii) no parece haber relación entre la orientación sexual del padre y la del hijo; (iii) no hay diferencia entre madres/padres homosexuales y madres/padres heterosexuales, dando todos ellos mayor importancia y relevancia en sus vidas a la paternidad más que a su orientación sexual; y (iv) estadísticamente el porcentaje de homosexuales, no es más alto en los hijos de padres del mismo sexo que en los hijos de heterosexuales”¹⁶⁰.

Por otro lado, señala el concepto científico que la familia, como sistema de relaciones, se ha transformado y que el desconocimiento de los nuevos tipos de familia contribuye a que la sociedad opere bajo sistemas que no aceptan lo diferente. Tal desconocimiento, continúa, *“genera rechazo, temor y algunas distorsiones cognoscitivas con relación a la asociación que se hace entre el homosexualismo y la pedofilia”*. Al respecto, indica que no existe ninguna relación directa entre ser homosexual y pedófilo¹⁶¹ y que ninguna teoría bajo las cuales se estudian las causas que llevan a un individuo a cometer agresión sexual ha planteado que la orientación sexual sea un factor predictor para cometer ese delito.

Más adelante, el Subdirector de Adopciones hace referencia a las respuestas otorgadas por el Dr. David Brodzinsky frente a las características de la población infantil y adolescente que se encuentra en la actualidad en espera de una familia, quien señaló¹⁶²:

“(...) Los hijos de padres gay y lesbianas no presentan un ajuste negativo en comparación con los de padres heterosexuales. Las áreas evaluadas incluyen (y no se restringen a estas) desarrollo cognitivo, ajuste escolar, ajuste sicológico, relaciones sociales, orientación sexual e identidad sexual. Estos niños, en algunas ocasiones, pueden ser molestados por sus pares por la orientación sexual de sus padres (tal como pueden experimentar otros niños por su raza, tamaño) pero las molestias por parte de otros no ocasionan graves dificultades en el ajuste. Si acaso existe alguna [diferencia] está en que las parejas homosexuales tienden a promover mayores valores de tolerancia y equidad que los padres heterosexuales

(...)

Existe evidencia que los padres y madres homosexuales con frecuencia adoptan niños con características especiales. No existe evidencia que estos niños tengan un ajuste diferente al que tienen con heterosexuales. El factor principal relacionado con los niños/as grandes consiste en su preparación; mientras más grande es el niño más consciente será del significado e implicaciones de tener dos padres o dos madres. (...) No

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Hace referencia a un estudio realizado por la Procuraduría General de la Nación en 2006, sobre el Sistema Penal Acusatorio – delitos sexuales y política pública, el cual muestra que solo el 2,70% de los indiciados por delitos sexuales presenta una tendencia homosexual versus el 91,80% de agresores con tendencia heterosexual.

¹⁶² El ICBF le realizó algunos interrogantes sobre el desarrollo integral del menor adoptado por una pareja del mismo sexo, así como los efectos en niños mayores de 8 años o en adolescentes

existe información que respalde la creencia que los niños adoptados por parejas homosexuales estén en desventaja comparados con los adoptados por parejas heterosexuales (...) Las parejas homosexuales son padres altamente competentes y sensibles, no existen diferencias apreciables en la calidad de su parentalidad en comparación con sus pares heterosexuales”.

Por último, hace referencia a la necesidad de adecuación institucional para que la atención de los aspirantes adoptantes homosexuales reciban un trato sin visos discriminatorios, y de realizar investigaciones sobre la temática, así como promover estudios en la población colombiana sobre la homosexualidad y la crianza.

b) Desde el área de trabajo social. El concepto científico pone de presente, en primer lugar, que los hallazgos teóricos relacionados con la transformación de la familia evidencian la existencia de nuevos modelos, entre ellos el de la homoparentalidad. Para abarcar esta perspectiva lo hace a partir de tres conceptos:

(i) Roles parentales. Sobre este punto señala que *“la presencia de figuras heterosexuales en familias nucleares, extendidas y en familias recompuestas per se no garantizan el pleno desarrollo armónico de los niños, reflejado en los índices de maltrato, violencia y abuso sexual del cual son víctima los niños al interior de cualquiera de estas tipologías de familia”.*

(ii) Parentesco. Al respecto menciona que, en la mayoría de los casos, personas LGBTI nacieron y han crecido en hogares con figuras parentales heterosexuales, lo que quiere decir que *“la orientación sexual de los padres no es una variable que por sí misma determine o garantice el bienestar y desarrollo de los hijos, pero sí son determinantes la calidad de las relaciones al interior de la familia, la comprensión y compromiso de lo que realmente implica el cuidado de los hijos”.*

(iii) Entorno sociocultural. El Subdirector de Adopciones pone de presente que si bien la crianza al interior de la familia puede ser un ambiente protector, que ofrece al menor un adecuado y armónico desarrollo, *“se puede evidenciar la influencia que existe en el reconocimiento y normalización de estos modelos en los contextos sociales en los sistemas de pertenencia de la familia”.*

En ese sentido, explica, es posible evidenciar que la confrontación que puede vivenciar un niño al reconocer la diversidad de su modelo de familia puede generar inseguridad, angustia, temor, aislamiento. Sumado a ello, la construcción de vínculos homosexuales se percibe socialmente como un hecho antinatural, *“posiblemente originado desde la mirada biologista del proceso de reproducción social, negando la posibilidad de interpretación del carácter humano que tiene fenómenos como el amor, la identidad de género y el desarrollo individual durante la crianza”.*

Sustentado en el concepto previamente reseñado, concluye lo siguiente:

- No existe un derecho a adoptar. Lo que constitucional y legalmente se protege es el derecho fundamental del niño, niña o adolescente en condición de adoptabilidad a tener una familia.

- Es responsabilidad del Estado generar políticas que garanticen la protección de los niños, niñas y adolescentes sin importar la orientación sexual de sus padres biológicos o adoptantes. En Colombia ya existen las familias homoparentales, por lo que es necesario *“establecer políticas que equiparen y reconozcan las condiciones para el ejercicio satisfactorio de los deberes y derechos de estos cuidadores, con el objetivo de incidir positivamente en los procesos de crianza y adaptación de los niños, niñas y adolescentes”*.

- El interés superior de los niños *“debe ser el estandarte de las instituciones del Estado y de la sociedad para procurar su cuidado integral y desarrollo armónico, más que el modelo de familia en sí mismo, es la garantía plena de sus derechos en el seno de una familia estable y segura”*.

- No existen en la intimidad familiar diferencias que permitan pensar que un modelo es mejor que otro; *“será considerada mejor para el niño aquella [familia] que cuente con habilidades, recursos capacidades y competencias para el adecuado ejercicio del rol parental que permita ofrecer una vida de expresividad donde puede recibir cuidados, educación y amor”*.

- La educación en la diversidad *“es una labor necesaria para ampliar la visión del mundo, modificar prejuicios que nos separan como sociedad, disminuir la violencia en todos los ambientes sociales, aprender a reconocer que la familia debe proveer a los hijos cuidados y educación en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, independientemente de la composición y parentesco”*.

- Es necesario que los servidores públicos tomen decisiones motivadas con fundamentos científicos, técnicos y jurídicos, en cuanto a la plena garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y la protección que el Estado debe a las familias, *“preservando con toda severidad los principios del pluralismo y diversidad que caracterizan a la sociedad colombiana”*.

- *“En el marco de las garantías que corresponden al debido proceso, con el más alto rigor científico y técnico e igualdad de condiciones, las familias o personas -nacionales o extranjeras- que realicen solicitudes de adopción, independientemente de su orientación sexual, se deben someter a una evaluación, objetiva y preparación para determinar el cumplimiento de los requisitos de idoneidad establecidos en el ordenamiento jurídico y normatividad en materia de adopción”*.

Finalmente, el Subdirector de Adopciones del ICBF solicita a la Corte Constitucional evaluar la posibilidad de entrevistar a un grupo de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en condición de adoptables. Lo anterior, con el fin de garantizar y materializar la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás, y su derecho a ser escuchados y tenerse en cuenta su opinión en toda decisión administrativa o judicial en que se encuentren involucrados. Para ello, pone a disposición de esta Corporación el apoyo técnico que se requiera para realizar tales entrevistas.

3.- Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia

El director del Departamento de Psicología de la Universidad Nacional allega los conceptos independientes de tres docentes sobre el tema debatido.

a) La psicóloga María Elvia Domínguez Blanco presenta el documento *“Desarrollo infantil y parejas del mismo sexo”*¹⁶³. Como primera medida, menciona que desde 1995 se ha negado sistemáticamente la adopción o custodia de menores a parejas homosexuales por parte del ICBF, bajo la argumentación de la conveniencia de la familia heterosexual, el desarrollo integral de la infancia y la moral social. Por ello, pretende con el documento que anexa confirmar que *“los estudios internacionales desde hace más de 25 años han demostrado que no existen diferencias significativas en el proceso de socialización, entre familias tradicionales y las conformadas por parejas del mismo sexo”*.

Menciona que existen diferentes ejercicios de maternaje y paternaje que no corresponden a los roles biológicamente asignados y que las familias, para sobrevivir, se han adaptado a las transformaciones económicas redistribuyendo las funciones de cuidado y proveeduría según la situación de cada núcleo familiar¹⁶⁴. Estos cambios, explica, *“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)”*. Para sustentar las anteriores consideraciones presenta estudios internacionales sobre el ajuste sicosocial de hijos de parejas del mismo sexo, la evaluación de los roles parentales y la socialización de género en familias homoparentales. A continuación se reseñan:

(i) Ajuste sicosocial de hijos de parejas de mujeres lesbianas y hombres gay. Sobre este punto cita el seguimiento longitudinal de seis años a parejas de lesbianas que tuvieron hijos por inseminación artificial¹⁶⁵, cuyos resultados

¹⁶³ Indica que el mismo parte de las argumentaciones psicológicas desarrolladas en el concepto científico a favor de la adopción por parte de madres lesbianas y padres gays en Colombia solicitado por la Corte Constitucional a los programas de psicología en mayo de 2009, en el marco del proceso D-7415 de demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 1° de la Ley 54 de 1990.

¹⁶⁴ Martínez, I., & Bonilla, A. *Sistema sexo/género, identidades y construcción de subjetividad*. Valencia, Universitat de Valencia, 2000.

¹⁶⁵ Realizado por Gartrell, Banks, Reed, Hamilton, Rodas & Deck, (2000). Citados en Álvarez, W. y Cabarcas, K. (2003). *Homosexualidad y familia*. Bogotá. Departamento de Psicología, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, trabajo de grado meritario.

mostraron que los hijos criados en ese contexto son en su mayoría sujetos sanos y socialmente ajustados¹⁶⁶.

(ii) Evaluación de roles parentales por hijas o hijos de parejas lesbianas. Un primer estudio fue realizado con 24 familias lesbianas y 24 familias heterosexuales¹⁶⁷, cuyos resultados indican, según se reseña, que *“no se encuentran diferencias significativas entre la evaluación que los niños hicieron de los roles asumidos por la madre heterosexual o madre biológica lesbiana y el padre heterosexual o madre no biológica lesbiana, en los dos tipos de familias”*. Otro estudio encontró que los hijos o hijas de madres lesbianas y padres heterosexuales poseen repertorios conductuales similares, especialmente en las áreas de funcionamiento intelectual y ajuste comportamental. Además no se evidenciaron diferencias de género¹⁶⁸.

(iii) Estudios con parejas de hombres gay. Al respecto cita los planteamientos de la Asociación Americana de Psicología, en virtud de los cuales no se puede concluir que existen razones para preocuparse por el desarrollo infantil de niños y niñas que estén bajo custodia de hombres gay¹⁶⁹.

(iv) Efectos en la socialización sexual de niños y niñas de parejas lesbianas y padres gay. Finalmente, hace referencia a que *“no existen diferencias entre niñas y niños educados por lesbianas y las y los educados por heterosexuales en cuanto a auto concepto, ansiedad, depresión, problemas de conducta y desempeño en áreas sociales (deportes, escolaridad y amistades), el uso de consejería psicológica, los reportes de hiperactividad en el aula de clase, dificultades emocionales, en la sociabilidad y el comportamiento en general”*¹⁷⁰. Tampoco se encontró evidencia científica acerca del prejuicio sobre el efecto negativo en la identidad sexual de tener madres o padres homosexuales¹⁷¹.

b) El profesor Emilio Meluk manifiesta que *“según los estudios científicos analizados, no existen evidencias que permitan afirmar que la orientación sexual de los padres -madres lesbianas o padres homosexuales- interfieran en la salud mental y el bienestar de sus hijos cuando se les compara con aquellos que son criados por parejas heterosexuales. Las diferencias significativas*

¹⁶⁶ En el estudio participaron 84 familias de las cuales permanecieron 61. El 87% de los niños se relacionaban adecuadamente con sus pares, el 47% sabían la orientación sexual de sus madres, el 58% compartían equitativamente las labores de crianza, en el 37% las labores de crianza eran asumidas predominantemente por la madre biológica. De igual forma, algunas madres mantenían a sus hijos en contacto con comunidades de algún grado de inclusión de personas homosexuales y otras preparaban a sus hijos para enfrentar la homofobia.

¹⁶⁷ Vanfraussen, Ponjaert-Kristoffersen, Brussel, & Brewaeys, (2003). Álvarez, W. y Cabarcas, K. (2003). Homosexualidad y familia. Bogotá. Departamento de Psicología, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, trabajo de grado meritario.

¹⁶⁸ Flaks, Fisher, Masterpasqua, & Joseph (1995) citado en Álvarez, W. y Cabarcas, K. (2003). Homosexualidad y Familia. Bogotá: Departamento de Psicología, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, trabajo de grado meritario.

¹⁶⁹ Asociación Americana de Psicología. (2007). Pág. 5.

¹⁷⁰ Erich et al (2005). Gay and lesbian adoptive families: An exploratory study of family functioning, adoptive child's behavior, and familial support networks, *Journal of Family Social Work*, 9, 17, 29-40.

¹⁷¹ *Ibidem*.

halladas están relacionadas con factores diferentes a la orientación sexual de los cuidadores”.

Para sustentar lo anterior acude a un informe realizado en 2011 por el Departamento de Psicología de la Universidad Nacional¹⁷², en el cual se cita a la Asociación Americana de Psicología que reconoce que *“las madres lesbianas y los padres gays están en las mismas condiciones que las madres y los padres heterosexuales de proporcionar apoyo y ambientes saludables”*¹⁷³ y que *“no se ha podido demostrar que los hijos y las hijas de parejas del mismo sexo se han afectado en su bienestar psicológico por la orientación sexual de sus padres (Herek,2006)”*¹⁷⁴.

Concluye su intervención aclarando que la experiencia clínica de quienes trabajan con niños y adolescentes de madres lesbianas y padres gays conciden en que *“son los prejuicios morales del entorno social que los rodea los que tienden a transformarse en factores negativos para la salud mental, el desarrollo armónico y el bienestar de esa población”.*

c) Por último, el profesor Eduardo Aguirre Dávila menciona que *“las características personales de los responsables de la crianza -sean padres biológicos, adoptantes, familiares o personas encargadas del cuidado de los niños- influye de diversas maneras y en diferentes formas en el desarrollo de los niños”*¹⁷⁵.

Específicamente sobre la crianza llevada a cabo por padres del mismo sexo, señala que la literatura muestra que, en principio, tiene los mismos efectos sobre el desarrollo del niño que aquella ejercida por padres heterosexuales¹⁷⁶.

No obstante, pone de presente que los resultados de otras investigaciones *“no demuestran de manera concluyente que el entorno del hogar proveído por madres lesbianas y padres gay sea similar al brindado por los padres heterosexuales, respecto al soporte y el desarrollo sicosocial de los niños”*¹⁷⁷. Al respecto, indica que existen algunas limitaciones en las investigaciones que apoyan las semejanzas en las implicaciones de la crianza brindada por padres

¹⁷² María Elvia Domínguez Blanco, Daniel Verástegui Mejía. Concepto psicológico sobre el caso del Sr. XXX y los niños AAA y BBB, solicitado por la Sala Penal del Tribunal del Distrito de Bogotá. 18 de julio de 2011. Caso revisado y resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia T-276 de 2012.

¹⁷³ 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 N°. S147999 in the Supreme Court of the State of California.

¹⁷⁴ Herek.G. (2006) Sexual Orientation: Science, Education and Policy. Revisado del Departamento de Psicología de la Universidad de California Davis, dir: <http://psychology.ucdavis.edu/rainbow/>

¹⁷⁵ Cabrera, Guevara y Barrera (2006), Darling y Westberg (2004), Davidov, Grusec & Wolfe (2012), McKinney, Milone & Renk (2011), Puyana (2006), Salazar, Botero & Torres (2009), Saunders, McFarland-Piazza, Jacobvitz, Hazen-Swann & Burton (2013).

¹⁷⁶ Al respecto, cita el trabajo “Lesbian and Gay Parenting” de la Asociación Americana de Psicología. 2005 y los estudios realizados por Erich, Kanenberg, Case, Allen & Bogdanos (2009).

¹⁷⁷ Marks, L. (2012). Same-sex parenting and children’s outcomes: A closer examination of the American Psychological Association’s brief on lesbian and gay parenting. Social Science Research 41, 735-751.

del mismo sexo y heterosexuales, asociados a la definición de las muestras, las cuales fueron pequeñas y definidas a conveniencia, al insuficiente análisis de las condiciones sociales y económicas y a la poca diversidad en las familias del mismo sexo que hicieron parte de los estudios.

Sustentado en lo anterior, concluye que *“de acuerdo con la evidencia se puede decir que el desarrollo de los niños se ve afectado principalmente por las características de los cuidadores (...) y que las semejanzas entre las familias de parejas del mismo sexo y las heterosexuales, respecto al desarrollo del niño no cuentan con una evidencia suficiente tal como lo indica el trabajo de Marks (2012) debido a las limitaciones encontradas en las diferentes investigaciones que sustentan tal semejanza”*.

4.- Departamento de Pediatría de la Universidad Nacional de Colombia

El Decano de la Facultad de Pediatría de la Universidad Nacional de Colombia remite el concepto realizado por varios docentes especialistas en pediatría sobre el asunto puesto a consideración.

De manera preliminar señalan que *“hasta hace pocos años, el contexto familiar colombiano estaba determinado por la presencia de hijos con padre y madre biológicos, unidos por un vínculo civil o religioso y con roles claros determinados por modelos de dominación del hombre sobre la mujer por una parte, y por la otra, por ideas religiosas que establecían que el padre era básicamente el proveedor del sustento y el ejecutor de la autoridad, mientras que la madre asumía las labores domésticas y la crianza de los hijos”*.

Sin embargo, mencionan, el país ha experimentado en las últimas décadas varias transformaciones influenciadas, entre otros, por el avance de la ciencia y la tecnología, así como por la globalización, viéndose afectado el ámbito familiar, los papeles de sus miembros y las formas de relacionarse entre ellos. Es así como en la actualidad, gran parte de los hombres y mujeres *“no buscan la conformación de matrimonios convencionales, las relaciones de la pareja son más horizontales, las decisiones son consensuadas y en los proyectos profesionales y personales hombres y mujeres asumen roles igualitarios de acuerdo más a sus propias necesidades que a adjudicaciones preestablecidas”*, y en cuanto a la forma de crianza de los hijos, indican, la misma ha tenido cambios *“que responden al permanente movimiento de las estructuras sociales”*.

Posteriormente, explican que existe una gran diversidad en la composición de las familias de acuerdo a su identidad cultural y racial, a su religión, a cómo se comunican, al tiempo que pasan juntos, entre otros aspectos¹⁷⁸. Desde el punto de vista sistémico, agregan, la familia es *“el espacio relacional donde ocurren acciones intensas y duraderas que dejarán una huella imborrable en la vida*

¹⁷⁸ Family Pediatrics. Report of the Task Force on the Family. American Academy of Pediatrics. Pediatrics 2003; 111; 1541-1571.

*de todos sus miembros, principalmente los hijos*¹⁷⁹ y constituye *“uno de los pilares de la identidad de la persona”*¹⁸⁰. En el mismo sentido, señalan, la familia es considerada como *“un sistema abierto que tiene múltiples intercambios con otros sistemas y con el contexto amplio en que se inserta, es decir que recibe y acusa impactos sociales, políticos, económicos, culturales y religiosos; la familia representa un modelo cultural en pequeño, en donde elabora su propia identidad a través de creencias, tradiciones y valores”*.

Sostienen además que, teniendo en cuenta que la familia es un sistema en evolución, la no aceptación de los cambios y las posturas rígidas e inflexibles dificultan el desarrollo saludable del hijo/a. Por ello, consideran necesario entender la importancia de las relaciones familiares y sociales, especialmente durante los primeros años de vida, en tanto es el periodo sensible durante el cual se puede afectar la base biológica de un niño. En esa medida, *“es más fácil entender que los niños necesitan de una familia predecible, que les provea unas relaciones basadas en el afecto y que sea fuente de apoyo y soporte, independientemente de su composición”*.

Más adelante hacen referencia a la revisión efectuada por la Academia Americana de Pediatría APP, sobre los *“Efectos del matrimonio, Unión Civil y leyes en el bienestar de los niños”* publicado en Pediatrics 14 de mayo de 2014. En dicho documento se plantea que la discriminación respecto de las familias conformadas por parejas homosexuales, se basa en asumir que los padres son diferentes y que los niños no están bien, a pesar de que las investigaciones en las últimas tres décadas no han encontrado tales diferencias¹⁸¹.

En esa línea, explican que según la AAP existe una amplia evidencia que demuestra que *“a los niños criados por personas del mismo sexo, les fue tan bien como a los criados por parejas heterosexuales”* y que más de 25 años de investigación han documentado que *“no existe una relación entre la orientación sexual de los padres y el comportamiento emocional y sicosocial de los hijos”*¹⁸².

¹⁷⁹ Nardone G, Giannotti E, Rocchi R. Modelos de familia. 2003 Barcelona: Herder.

¹⁸⁰ Baeza, S. El rol de la familia en la educación de los hijos. 2000, septiembre. [En línea]. Facultad de Psicología y Psicopedagogía de la USAL. <http://www.salvador.edu.ar/psi/publicaciones/ua1-9pub01-306.htm>. [2011, octubre 15].

¹⁸¹ Los estudios referidos por el interviniente son: (i) Children raised in mother-headed families from infancy: a follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers, at early adulthood (Susan Golombok and Shirlene Badger. Human Reproduction, Vol. 25, No. 1 pp. 150-157, 2010); (ii) US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-year-old Adolescents (Nanette K. Gartrell Henry M.W. PEDIATRICS Volume 126. Number 1, July 2010); (iii) Adolescents with same-sex parents: Finding from the National Longitudinal Study of Adolescent Health (Charlotte J. Patterson and Jennifer L. Wainright University of Virginia. Chapter to appear in Brodzinsky, D., Eds. Lesbian and gay adoption: A new American reality. New York: Oxford University Press. November 7, 2007); (iv) Lesbian mothers, gay fathers, and their children: a review (Tasker F. J Dev Behav Pediatr. 2005 Jun; 26 224-40); (v) Co-parenting among lesbian, gay and heterosexual couples: associations with adopted children's outcomes (Farr RH1, Patterson CJ. Child Dev. 2013 Jul-Aug; 84(4): 1226-40); (vi) Whether a heterosexual mother or a homosexual father primary caretaking of children is a similar (Abraham E. et al. Father's brain is sensitive to childcare experiences Proct Natl Acad Sci USA 2014 May 27).

¹⁸² Indican que por esa razón la American Psychoanalytic Association (APA), la American Academy of Family Physicians, la American Psychoanalytic Association, la National Association of Social Workers (NASW), la American Academy of Child and Adolescent Psychiatry (AACPA), la American Medical

Indican además que la Sociedad Australiana de Psicología realizó una revisión de la literatura sobre el asunto y concluyó que *“los factores familiares que son importantes para el bienestar de los niños, son los procesos que viven las familias y la calidad de las interacciones y relaciones en las mismas. La investigación indica que la crianza de los hijos, las prácticas y los resultados en los niños en familias integradas por padres gays y lesbianas tienden a ser por lo menos tan favorables como las de las familias de padres heterosexuales”*¹⁸³.

Por otro lado, en el concepto resalta la importancia de que la sociedad se preocupe por responder a los grandes cambios de sus estructuras, en especial los que impactan la familia como unidad social funcional, y *“se dirijan los esfuerzos al trabajo intersectorial donde organismos legislativos, gubernamentales, de la educación y la salud aporten para garantizar a los niños, niñas y adolescentes óptimas condiciones para el desarrollo de sus potenciales y se conviertan en ciudadanos en pleno ejercicio de sus derechos y aportes a la comunidad”*.

Finalmente, concluyen que *“el desarrollo integral del niño depende de variados factores biológicos y ambientales desde la vida intrauterina hasta avanzados momentos de la adolescencia. Dentro de los ambientales el cuidado parental es primordial por la naturaleza de dependencia que tienen los seres humanos; de acuerdo a esta condición y bajo la premisa de que el interés superior debe centrarse en el niño, puede afirmarse con el respaldo científico disponible, que no hay ninguna diferencia sistemática en las características del desarrollo de los niños en cuanto a la tendencia sexual de sus cuidadores”*.

5.- Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia

La directora de la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional pone de presente lo siguiente:

“1. La investigación social y sicosocial sobre la adopción y crianza por parte de parejas del mismo sexo no permite identificar ninguna característica propia de estas familias que incida negativamente en el desarrollo integral de niños y niñas.

2. El desarrollo integral de niños y niñas, su bienestar material, psicológico y emocional no está relacionado con la orientación sexual de quienes ejercen funciones parentales sino con otros factores como la

Association (AMA) y la American Psychiatric Association, están de acuerdo en no discriminar a la familia de padres homosexuales (naturales o adoptivos) y apoyarlos en sus necesidades.

¹⁸³ Short, E. et all. Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Parented Families. A Literature Review prepared for The Australian Psychological Society. Australian Psychological Society. Melbourne, 2007.

violencia intrafamiliar la irresponsabilidad, la inmadurez o el abandono de alguno de los progenitores o cuidadores.

3. Algunos temores difundidos socialmente como en el abuso sexual o el de la ‘transmisión’ de una orientación sexual no heterosexual por parte de parejas del mismo sexo a las niñas y niños que están bajo su responsabilidad, constituyen creencias infundadas, basadas en estereotipos discriminatorios que desconocen la existencia de sexualidades diversas y el derecho a la igualdad de quienes se apartan de una sociedad heterosexual”.

Para llegar a las anteriores conclusiones se remite a dos conceptos. El primero¹⁸⁴, expone que dentro de los principales temores que se destacaron en relación con la nueva forma de configuración familiar están: (i) el supuesto riesgo de abuso sexual; (ii) la preocupación sobre la orientación sexual de los hijos; y (iii) eventuales trabas síquicas consecuencia de la dificultad o imposibilidad de reconocer la diferencia entre los sexos.

En cuanto al primer temor, llama la atención sobre las estadísticas relativas a la práctica de la violencia sexual contra menores, que evidencian que la mayoría de los autores no son gays o lesbianas, sino casi siempre, hombres heterosexuales. Con respecto al segundo temor, explica que *“estudios comparativos entre niños que convivieron diariamente con uno solo de los padres, heterosexual u homosexual, no evidencian diferencias significativas en lo que atañe a la elección de la orientación sexual de los hijos”*. Sobre el último temor, Roudinesco (2002)¹⁸⁵ afirma que *“los homosexuales están dispuestos a ofrecer a sus hijos una representación real de la diferencia sexual, es decir, sin la pretensión de crear conceptos a partir de imágenes simuladas de hombre y mujer”*.

El segundo estudio citado¹⁸⁶ señala que no se reporta ninguna diferencia en el desarrollo sicosocial de niños y niñas criados por parejas homosexuales y que *“no existe en la literatura científica ninguna razón para pensar que los niños y niñas adoptados de forma conjunta o consentida por parejas homosexuales tengan desenlaces diferentes que los niños o niñas adoptados por hombres o mujeres solteros o por parejas heterosexuales”*¹⁸⁷.

6.- Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Antioquia

¹⁸⁴ Concepto presentado por Anna Paula Uziel, Profesora Asociada Universidad del Estado de Río de Janeiro, en el proceso D-7415. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 (parcial) de la ley 1098 de 2006 y el artículo 1 (parcial) de la ley 54 de 1990.

¹⁸⁵ Roudinesco, Elisabeth. A familia em desorden. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

¹⁸⁶ Estudios científicos sobre adopción de parejas del mismo sexo, por Mauricio Albarracín, Colombia Diversa (<http://www.colombia-diversa.org/2014/10/estudios-cientificos-sobre-adopcion-de.html>)

¹⁸⁷ Dicho documento hace referencia a que *“solo hay un estudio primario llevado a cabo por Mark Regnerus, que fue retractado por los innumerables sesgos y problemas metodológicos de diseño. Incluso la Corte de Michigan rechazó la inclusión de este estudio en el caso de adopción de parejas del mismo sexo (...) porque Regnerus equiparó haber sido criado por una pareja del mismo sexo con haber vivido alguna vez con un padre que tuvo una ‘relación romántica con alguien del mismo sexo’ durante cualquier periodo de tiempo”*.

El Jefe del Departamento de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Antioquia remite el documento titulado “*Los niños y niñas en la adopción de parejas del mismo sexo en Colombia: Miradas sociológicas*”, producto de la investigación realizada sobre el efecto que tiene la adopción de parejas del mismo en el desarrollo integral de los niños y niñas¹⁸⁸.

El estudio inicia por aclarar que el problema del desarrollo integral y de la adopción de niños y niñas por parejas del mismo sexo solo puede considerarse si se tienen en cuenta las posiciones éticas desde las cuales se abordan conceptos como derechos humanos, desarrollo integral, ciudadanía, Estado y protección. En esa medida, sostiene, “*deben ampliarse las categorías desde las que se define a la ciudadanía y a sus derechos, como una forma de avanzar en el reconocimiento de los cambios y en las transformaciones sociales que plantea la nueva doctrina jurídica*”.

A partir de lo anterior, expone el contexto histórico para comprender la protección integral que opera en la actualidad. Para ello explica que en el discurso predominante de la infancia durante finales del siglo XIX y principios del XX primó una idea romántica del niño y de la niña, donde estos “*debían ser objeto de intervenciones, cuidados y protecciones de parte de la sociedad y de los grupos sociales*”, y eran considerados además como “*un actor pasivo, carente y necesitado, con una responsabilidad futura clave para toda la sociedad*”¹⁸⁹. Concordante con ello, añade, a la familia se le dio un “*carácter de unidad básica, célula o grupo orgánico con funciones de cuidado y provisión, mientras que a la escuela se le delegó la tarea de la transformación del sujeto de la infancia (Silveira, 2013)*”¹⁹⁰.

Según señala, lo anterior tiene implicaciones políticas importantes en la medida que “*lee a los niños y niñas como sujetos políticos limitados y con márgenes estrechos, desprovistos de emociones y sentimientos que ellos son capaces de producir*”. Eso lo sustenta además en que “*el problema del reconocimiento de la emotividad del niño en el desarrollo de la infancia, es que el afecto del niño y de la niña y su capacidad de amar y ser amado por ejemplo, se considera como un asunto aislado y propio de su vida doméstica y*

¹⁸⁸ Previo a exponer los argumentos allí contenidos hace dos aclaraciones: (i) el escrito de carácter científico se sustenta en la literatura existente y no en un caso real observado; (ii) los planteamientos se hacen desde los márgenes del estatuto sociológico.

¹⁸⁹ Villalta, Carla. “*La conformación de una matriz interpretativa: la definición jurídica del abandono y la pérdida de la patria potestad*”, em: Lionetti, Lucia y Míguez, Daniel (comps.) *Las infancias en la Historia Argentina. Intersecciones entre Prácticas, Discursos e Instituciones (1880-1960)*, prohistoria, Rosario: 2010, pp. 71-93. Silveira Netto Nunes, Eduardo. “*La infancia latinoamericana y el Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia (1916-1940)*”. En: Sosenski, Susana y Jackson Albarragán, Elena (Coords.) *Nuevas miradas a la historia de la infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas: 2013. pp. 273-302.

¹⁹⁰ Silveira Netto Nunes, Eduardo. “*La infancia latinoamericana y el Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia (1916-1940)*”. En: Sosenski, Susana y Jackson Albarragán, Elena (Coords.) *Nuevas miradas a la historia de la infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas: 2013. pp. 273-302.

*privada, y no como un asunto de la vida comunitaria y pública (...)*¹⁹¹. Basado en lo anterior, plantea lo siguiente:

“¿Cuál sería la suerte del desarrollo integral de un niño si se le negara su derecho a ser adoptado, independientemente de las características sexuales de los miembros de su familia? Así habría que ver cómo al negar la adopción de cualquier tipo de pareja por razones distintas se lee al niño por debajo del umbral y al margen de su libertad y de su capacidad de incidir en la vida social; lo que conllevaría a lo que se conceptualizó arriba como una posición liberal y tirana de la ciudadanía de la infancia, mientras que en la posición aristotélica, el asunto de la sexualidad de los padres, se tornaría indiferente a la posibilidad de que se reconozca el derecho a ser adoptado, al desarrollo integral, a la libertad, al desarrollo humano, y finalmente a la condición de ciudadano”.

Siguiendo con el análisis, el estudio hace referencia a los avances que se dieron en la mayoría de las constituciones de los países del mundo a finales del siglo XX y principios del XXI, proceso que, aunque valioso, *“terminó institucionalizando la garantía de los derechos de los niños y niñas bajo el predominio de posiciones biomédicas y psicológicas”*¹⁹². Tales posiciones institucionales *“definieron el status social de las madres en las funciones de cuidado, acompañamiento y socialización del niño y de la niña, circunscritas al ámbito doméstico”*¹⁹³. Por su parte, en cuanto a los avances en los discursos sobre la paternidad, *“se ha conceptualizado y se ha buscado que se involucre más, y no solo en asuntos que trasciendan la provisión económica”*.

Explica que aunque estos cambios muestran una concepción más proteccionista por parte del Estado frente a sus ciudadanos, también evidencia que el cuidado de los niños y niñas está en crisis y no existen conceptos jurídicos que cobijen nuevas situaciones estructurales que enfrentan las familias, tales como: (i) aumento de mujeres cabeza de hogar y su participación cada vez mayor al mercado de trabajo; (ii) familias monoparentales con un solo miembro en el núcleo familiar, especialmente mujeres; (iii) familias sin hijos, constituidas con núcleos homoparentales, que exigen el reconocimiento jurídico; y (iv) niños, niñas y adolescentes que permanecen largo tiempo bajo el cuidado de instituciones del Estado¹⁹⁴.

Específicamente sobre la identidad sexual de los padres y su relación con el desarrollo de los niños y niñas adoptadas, el estudio resalta que aquella se trata de una construcción social que puede ser entendida desde dos puntos de vista distintos. Por un lado, *“ha servido para clasificar a las personas, sus*

¹⁹¹ MacIntyre (1978, citada por Quintero, M. y otros. *“Narrar situaciones de contingencia y fortuna: experiencias de niños y niñas”*. En: Las escuelas como territorios de paz. Construcción social del niño y la niña como sujetos políticos en contextos de conflicto armado. Buenos Aires: CLACSO, 2012.

¹⁹² Llobet, V. (Comp) *Pensar la infancia desde América Latina: Un estado de la cuestión*. Clacso: 2013.

¹⁹³ Luna, M. La intimidad y la experiencia en lo público. *Revista latinoamericana de ciencias sociales y estudios sobre niñez y juventud*. Vol. 5, Nº 1: 2007. Llobet, V. (Comp) *Pensar la infancia desde América Latina: Un estado de la cuestión*. Clacso: 2013.

¹⁹⁴ Arraigada, I. *Familias Latinoamericanas. Diagnóstico y políticas públicas en los inicios del nuevo siglo*. Santiago de Chile: Naciones Unidas – CEPAL: 2001.

capacidades y sus oportunidades, excluyéndolas de ciertos derechos como el la paternidad y maternidad en este caso”; y por el otro, “expresa el reconocimiento a la diferencia, porque ontológicamente, la identidad, es entendida como una construcción social que depende del proceso de identificación-diferenciación de cada individuo con el colectivo y con sí mismo”. Bajo ese entendido, en el documento se explica lo siguiente:

“De acuerdo con Estrada (2011)¹⁹⁵ la adopción de parte de parejas del mismo sexo, es ineludible si se tiene en cuenta que las familias de parejas del mismo sexo, existen independientemente de la decisión de reconocerlas por parte del Estado. Sin embargo, las experiencias desafortunadas en el desarrollo integral, especialmente en el orden de la salud mental, que se registran con mayor prevalencia en personas hijas de padres del mismo sexo, no es excusa para negar la adopción, dado que con esta se reconocen derechos, pero además, se reconoce el deber del Estado de proteger a los suyos de los tratos inadecuados y de las afecciones en salud.

Para Stern (1997)¹⁹⁶ el rol de cuidador o adulto significativo se construye no solo en su proceso de gestación o por la condición biológica de la paternidad y la maternidad, sino que se da por la interacción y la experiencia de los padres con sus hijos y por la que tuvo con sus propios padres. De esa forma, no se requiere tener una sexualidad particular para criar, sino realizar una crianza inteligente respondiendo a la pregunta ¿Cuáles son las necesidades del niño y la niña en cada etapa de desarrollo?”.

Sobre este último interrogante, el estudio pone de presente que los efectos de la adopción en el niño solo se hallan en el caso concreto de cada familia y en cada individuo. Señala que *“en todo caso será diferente, independientemente de la sexualidad declarada de los padres. No podrían haber, pues, efectos psicológicos del desarrollo integral del niño como consecuencia de la adopción. Las familias son estructuradas de relaciones distintas, las instituciones sociales y jurídicas de las familias responden a esta estructura social, histórica y culturalmente definidos”.*

De otro lado, en el análisis realizado por la Universidad de Antioquia se cita el texto *“La familia en Desorden”*, de Elisabeth Roudinesco¹⁹⁷. De este se extraen algunas consideraciones sobre la homoparentalidad y los estudios realizados en Estados Unidos, donde se sometieron a prueba las aptitudes psicológicas de los homosexuales para ser padres y determinar si sus hijos eran o no susceptibles de convertirse en homosexuales o depresivos. Tales investigaciones, se cita, *“aliviaron las angustias de los homosexuales al mostrarles que eran padres tan comunes y corrientes como los otros, es decir,*

¹⁹⁵ Estrada, S. Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Revista de Derecho, núm. 36, 2011, pp. 126-159.

¹⁹⁶ Stern D. La constelación maternal. Barcelona: Ediciones Paidós; 1997.

¹⁹⁷ Roudinesco, Elisabeth, La Familia en Desorden, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 2006.

semejantes a los de las familias horizontales de fines de siglo”. El estudio culmina haciendo alusión a las palabras de la mencionada autora:

“A los pesimistas que suponen que la civilización corre el riesgo de ser devorada por clones, bárbaros, bisexuales o delincuentes de los suburbios, concebidos por padres extraviados y madres vagabundas, haremos notar que esos desórdenes no son nuevos –aunque se manifiestan de manera inédita- y sobre todo, que no impiden la reivindicación actual de la familia como el único valor seguro al cual nadie puede ni quiere renunciar. Los hombres, las mujeres y los niños de todas las edades, todas las orientaciones sexuales y todas las condiciones la aman, la sueñan y la desean. (2006)”.

7.- Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia

El decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia remite el concepto científico del grupo multidisciplinario conformado para ello. Al respecto, sostienen que en la adopción de niños por parejas del mismo sexo existen dos puntos críticos de gran importancia: (i) la socialización del niño y (ii) el desarrollo de la identidad sexual del niño.

Sobre el primero, mencionan que la sociedad ha malinterpretado la homosexualidad como una enfermedad o aberración sexual y, por eso, *“la socialización del niño adoptado por padres del mismo sexo se vería afectada directamente por el rechazo que la sociedad podría tener hacia él; siendo claro que la posición que tenga el colectivo frente a este tipo de conformaciones familiares será de gran impacto en el desarrollo de los menores y la vivencia de todos los miembros de la familia”*.

Con respecto al segundo, señalan que hasta el momento no se ha demostrado un mayor índice o prevalencia de homosexualidad en la población de menores criados por parejas del mismo sexo. Asimismo, sostienen que científicamente se ha cuestionado cuáles serían los efectos en el desarrollo integral esos niños, sin que exista evidencia que demuestre la presencia de algún tipo de efecto negativo en dicho desarrollo. Además, resaltan que el asunto del estigma social es un gran obstáculo, por lo que *“uno de los objetivos más importantes es educar a la sociedad e inculcar que desde el punto de vista científico no hay ningún efecto negativo en el desarrollo del niño, por el contrario, el hecho de carecer de amor y cuidado sí podría generar diversas alteraciones en ellos”*.

Por último, incluyen como punto importante la crianza de los niños por parte de parejas de diferente e igual sexo, en tanto *“los niños tendrán un buen desarrollo psicológico y social, desde que se garantice el cubrimiento y la satisfacción de sus necesidades básicas, afectivas, económicas, educativas y sociales”*.

8.- Instituto de Psicología de la Universidad del Valle

La subdirectora del Instituto de Psicología de la Universidad del Valle expone como argumentos a favor de la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo y sustentados en la experiencia clínica, los siguientes:

- a) El conocimiento y revisión de los resultados de diferentes investigaciones realizadas en varios países, desde hace más de dos décadas, sobre la ausencia de efectos negativos para el desarrollo de menores que han crecido a cargo de parejas homoparentales.
- b) La postura del Ministerio de Salud y Protección Social al apoyar la adopción de niños por parejas homoparentales y al señalar que el único efecto nocivo detectado proviene de los prejuicios y la discriminación negativa hacia los adoptantes.
- c) Produce perturbaciones psicológicas en los niños el encubrir la verdad de su historia en la pareja de origen, contarla con distorsiones, prohibirle reunirse con uno de sus padres porque es homosexual y tiene una pareja igualmente homosexual, o denigrar de un padre o madre por su orientación sexual.
- d) Afecta igualmente a los niños, perturbar su hogar en el parentesco y en el orden de las generaciones; es decir, hacer figurar legalmente al abuelo por padre y a la madre como hermana para encubrir una relación no formalizada.

Con base en lo anterior, propone una *“conceptualización científica desarrollada en Francia sobre una nueva manera de definir la parentalidad, ya no basada en la pareja conyugal formada por un hombre y una mujer, sino en las pluriparentalidades que son formas de criar a los niños y velar por su buen desarrollo social y afectivo, de acuerdo con las normas y expectativas de su comunidad, sin que ello implique un modelo de familia conyugal que ya no es la normal en occidente, y específicamente en nuestro país”*.

Tal conceptualización la sustenta en las investigaciones de Irène Théry, quien en su último libro de 2007, *“La Distinction de sexe”*, expuso algunas consideraciones sobre el tema¹⁹⁸. Dicha autora explica que nuestra tradición filosófica moderna le dio un doble sentido a las palabras *hombre* y *mujer*, que significan a la vez *“las dos mitades de la humanidad y las dos mitades de una pareja conyugal”*. Lo anterior, *“implicó que se legitimara que los esposos y padres eran los ‘protectores’, y que las madres les estaban subordinados ‘naturalmente’*. *Esta idea se abandonó, pero no hemos abandonado la idea de definir a la persona por su identidad sexual”*.

A su juicio, el género masculino o femenino no es una identidad de la persona, sino una modalidad de la acción y de las relaciones, una manera de actuar. Por

¹⁹⁸ Entrevista realizada por Catherine Portevin, de la que traduzco directamente buena parte de las declaraciones de la profesora Théry. Télérama es una revista cultural francesa. N° 3034. http://www.telerama.fr/monde/26216-special_journee_de_la_femme_rencontre_avec_la_sociologue_irene_thery.php”.

eso, pone de presente que nuestra visión occidental moderna redujo a los hombres y a las mujeres esencialmente a los atributos, y en primer lugar a los atributos sexuales. Considera, entonces, que *“si re-aprendemos a ver las relaciones, descubrimos que la distinción masculino/femenino no produce uno, sino cuatro tipos de relaciones: relaciones de sexos opuestos, relaciones del mismo sexo, relaciones de sexo indiferenciado (como abuelo-nieto/a), relaciones de sexos combinados (un tío que pertenece al linaje materno, por tanto femenino, pero él es masculino). A fuerza de olvidar estas diversas relaciones, que constituyen un rico tejido social, hemos terminado por asimilar el asunto de los sexos a una sola modalidad: la relación de los sexos opuestos”*.

Explica la autora que la diferencia heterosexual y reproductiva es la base en la que se asientan las representaciones tradicionales de la *“sociedad del hombre y la mujer”*. Por ello considera que no es sorprendente que se hayan clasificado las relaciones homosexuales en la anormalidad. De hecho, continúa, fue la nueva ciencia de la sexualidad la que inventó las categorías de *“homosexual”* y *“heterosexual”* y construyó la visión patológica de la homosexualidad. Sobre este punto expone:

“La homoparentalidad suscitaría muchas menos pasiones si el pensamiento occidental se diera cuenta de que ella es un revelador de problemas que conciernen no solo a los homosexuales, sino a todo el mundo. Por ejemplo, la filiación se ha construido sobre el modelo único del engendramiento, incluso en el caso de adopción o de procreaciones médicamente asistidas con donantes: los padres adoptivos son ficticiamente los genitores del bebé, las parejas receptoras de donación de esperma, ovocitos o embriones, son ficticiamente las engendradoras. Las parejas del mismo sexo revelan lo que estos montajes esconden como un secreto, pues cuando ellos adoptan, no pueden hacerse pasar por parejas engendradoras.

Si no queremos que las familias homoparentales sean los chivos expiatorios de los problemas de nuestra sociedad en general, sería tiempo de reconocer que se puede criar a un hijo sin ser o sin hacerse pasar por ser sus genitores. Ello supone pensar un sistema de parentesco capaz de integrar lo que de hecho ya organizamos: las pluriparentalidades”.

Finalmente, el concepto reitera su apoyo la demanda interpuesta a favor de la adopción de menores por parte de parejas del mismo y resalta que ha visto la importancia de que en nuestras leyes y decretos prime el principio de pluralidad y de diversidad cultural.

9.- Programa Académico de Sociología de la Universidad del Valle

La directora del Programa Académico de Sociología y la jefa del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad del Valle indican, de

manera preliminar, que *“no existen evidencias o indicadores sociológicos que revelen afectaciones negativas en el desarrollo y bienestar de los niños por causa de la adopción por parte de parejas del mismo sexo”*.

Sostienen que la adopción, especialmente en edades donde el niño empieza a tener conciencia del mundo, suele ser un proceso por lo general traumático, independientemente de la orientación sexual de los padres, por lo que de entrada la igualdad sexual de estos no sería el elemento más significativo ni impactante en el desarrollo integral del menor.

Sustentan estas afirmaciones en diversos estudios que demuestran que *“el bienestar y el desarrollo integral de los niños depende estructuralmente de las formas como se significan y valoran los vínculos familiares y de los recursos materiales que soportan dichos vínculos. Los posibles efectos negativos pueden estar asociados a la falta de aceptación social e intolerancia hacia las formas de organización familiar/parental, diferentes a la constitución nuclear, consanguínea y heteronormativa”*. Al respecto se rescatan los siguientes:

a) Stacey y Biblarz (2001)¹⁹⁹. Encontraron que los hijos criados con padres del mismo sexo sí mostraban diferencias respecto a los formados por parejas heterosexuales: *“tenían más empatía hacia la diversidad sexual, estaban menos constreñidos por los estereotipos de género y, con mucha probabilidad, estaban más dispuestos a explorar las actividades homosexuales (...) en contra de lo que augurarían ciertas perspectivas de sentido común, las personas criadas en esas condiciones no mostrarían una tendencia mayor hacia las prácticas homosexuales”*.

b) Kosciw y Díaz (2008)²⁰⁰. Realizaron una investigación en torno a las relaciones entre familia y escuela en Estados Unidos, cuyo resultado arrojó *“un mapa complejo de experiencias, no solo difíciles, por las situaciones de discriminación dentro de las escuelas, sino también positivas, por la alta participación de los padres en la vida escolar que envuelve a sus hijos (...) los padres LGBT son más proclives a involucrarse como voluntarios en las escuelas de sus hijos o a ser miembros de organizaciones de padres”*.

c) Erich *et al.* (2009)²⁰¹. Estudiaron los factores que afectan el vínculo emocional de adolescentes en familias con parejas homosexuales y heterosexuales. Concluyeron que *“el vínculo emocional de los adolescentes con sus padres está relacionado con el nivel de satisfacción con la vida que llevan los adolescentes [y que] la orientación sexual de los padres no está relacionada con el nivel de satisfacción de estos con su hijo adoptivo”*.

¹⁹⁹ Stacey, J. & Biblarz, T. J. (2001). *“[How] Does de sexual Orientation of Parents Matter?”*. American Sociological Review, Vol. 47, N° 3, pp. 755-775.

²⁰⁰ Kosciw, J. G & Díaz, E.M. (2008). Involved, Invisible, Ignored: The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Parents and Their Children in Our Nation’s K-12 Schools, Gay, Lesbian and Straight Education Network, www.glsen.org

²⁰¹ Erich, S. et all (2009). “An empirical analysis of factor affecting adolescent attachment in adoptive families with homosexual and straight parents” en *Children and Youth Services Review*, N° 31 pp. 398-404.

d) Averett *et al.* (2009)²⁰². Compararon la parentalidad heterosexual y homosexual, encontrando que *“la orientación sexual de los padres adoptivos no tuvo un impacto significativo en los problemas emocionales y de comportamiento de los niños”*.

e) Rosenfeld (2010)²⁰³. Indagó sobre el desempeño en la escuela de los niños que estaban creciendo con parejas del mismo sexo. Concluyó que *“la diferencia de los resultados del rendimiento escolar para niños de parejas del mismo sexo respecto a parejas heterosexuales es muy poco significativa”*, y afirmó que *“cualquier política que niegue la adopción a parejas del mismo sexo es contraria al mejor interés de los niños porque los obliga a permanecer en instituciones a cargo del Estado. Incluso las familias que puedan ser consideradas menos apropiadas para la adopción pueden estar mejor preparadas que el Estado para el cuidado de los niños”*.

f) Goldberg y Smith (2013)²⁰⁴. Examinaron los contextos preadoptivo y postadoptivo de los niños que viven con familias homoparentales y con familias heteroparentales, mostrando como resultado que *“se han encontrado pocas diferencias en la adaptación o ajuste psicológico del niño en sus contextos postadoptivos y que la capacidad de externalizar o internalizar comportamientos no está constreñida por el tipo o estructura de la familia”*.

g) Patterson y Wainright (2012)²⁰⁵. Como resultado de la investigación sobre el desarrollo y la adaptación de adolescentes que viven con parejas del mismo sexo, concluyeron que *“los adolescentes y padres con relaciones más estrechas, suelen tener mayor autoestima y menores síntomas depresivos, asimismo, son menos proclives al uso del alcohol y tabaco y tienen más disposición para tener amigos en la escuela y sostener redes de amistad que otros adolescentes”*. Por lo anterior, sugirieron *“focalizar las decisiones de vida de los adolescentes en las cualidades de sus relaciones con sus padres y no en la orientación sexual de los mismos”*.

El concepto finaliza advirtiendo que *“evidentemente, en una sociedad que privilegia social y culturalmente la heterosexualidad, las experiencias de esos niños no serán necesariamente fáciles: pero ese es un problema no atribuible a los padres/madres homosexuales, sino al conjunto de una sociedad con cierto grado de homofobia”*²⁰⁶. El argumento de evitarles tener que enfrentarse

²⁰² Averett, P. Nalavany, B. y Ryan, S. (2009). “An Evaluation of Gay/Lesbian and Heterosexual Adoption”, en *Adoption Quarterly*, N° 12, pp. 129-151.

²⁰³ Rosenfeld, Michael (2010). “Nontraditional families and childhood progress through school”, en *Demography*, Vol. 47, N° 3, pp. 755-755.

²⁰⁴ Goldberg A. E & Smith, J. Z (2013). “Predictors of Psychological Adjustment in Early Placed Adopted Children With Lesbian, Gay and Heterosexual Parents”, *Journal of Family Psychology*, 27, 431.

²⁰⁵ Patterson, Charlotte J. y Wainright, Jennifer L. (2012) “Adolescents with Same-Sex Parents: Findings from the National longitudinal Study of Adolescent Health”, en *Adoption by Lesbians and Gay Men: A New Dimension in Family Diversity*, David M. Brodzinsky & Adam Pertman eds.

²⁰⁶ “Es importante señalar que se están evidenciando grados de apertura ideológica frente a la diversidad sexual, de género y familiar. Por ejemplo podemos mencionar estudios que dan cuenta de cambios positivos en generaciones jóvenes, proclives a la tolerancia. Colli *et al.* (2011), en su estudio busca conocer diferencias actitudinales entre jóvenes y adultos en México, sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Los datos arrojados son importantes para entender que los imaginarios van cambiando positivamente

a situaciones de desaprobación y rechazo social, sería, en el fondo, no exigir a la sociedad asumir su responsabilidad como una sociedad abierta y respetuosa de la desigualdad, y cargársela como una prohibición a quienes además ya padecen una situación de negación”.

10.- Pontificia Universidad Javeriana

El Rector de la Universidad Javeriana remite el concepto del siquiatra Carlos Gómez, enviado a esta Corporación en una oportunidad anterior para responder una petición similar, así como algunos documentos adicionales que refuerzan el mismo.

En primera medida, parte de la consideración de que los niños adoptados presentan esa categoría por situaciones como abandono o maltrato por parte de los padres biológicos. De ahí la responsabilidad del Estado en la elección de la mejor opción disponible para un niño o niña que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Con sustento en lo anterior, pone de presente la necesidad de contar con *“un estudio profundo que tenga como base la mejor evidencia para la toma de las mejores y adecuadas decisiones”*. Por ello, se pregunta *“si un concepto emanado en pocos días y sobre la base de revisiones no sistemáticas y de orden narrativo son evidencia suficiente para decidir acerca de un aspecto tan relevante como la adopción de un niño o niña por una pareja homosexual”*.

Explica entonces que, al evaluar la evidencia, es preciso analizar tres aspectos: (i) ¿son válidos los resultados del estudio?; (ii) ¿cuáles son los resultados?; y (iii) ¿me ayudarían los resultados a proveer un adecuado cuidado a los niños y niñas adoptados? Sobre este último interrogante, se pregunta si *¿es la evidencia norteamericana o europea aceptable desde el punto de vista cultural y social al contexto de Colombia?*²⁰⁷

Sobre el particular, considera que se requiere mayor investigación en nuestro medio y hasta que no exista evidencia es preciso examinar si la mejor opción no es abstenerse de tomar decisiones sobre evidencia parcial, incompleta o poco generalizable a nuestro medio. Con base en ello, presenta las siguientes preguntas y recomendaciones:

“a) ¿Sería conveniente tener más que un concepto narrativo o realizar una revisión sistemática de la literatura o un meta análisis, en el cual se evalúe la calidad y nivel de evidencia posible, que permitan de

hacia la tolerancia de elecciones diversas de organización familiar. Los autores señalan que los jóvenes, en comparación con los adultos presentan más flexibilidad respecto de las adopciones homoparentales. Este estudio se basó en dos cuestionarios aplicados a 100 voluntarios (50 jóvenes entre 18 y 25 años y 50 adultos entre 40 y 63 años)”.

²⁰⁷ Cita como ejemplos ¿si un estudio holandés en el cual se evidencia la conveniencia de vender marihuana en cafés o sitios destinados para ello sería aplicable sin ninguna consideración socio-cultural en nuestro medio? ¿O si los patrones de matoneo (bullying) que se dan en colegios norteamericanos hacia estudiantes con padres homosexuales serán los mismos que cabría encontrar en Colombia, o más aún si estos patrones serían similares en Bogotá, en Montería o el área rural de Nariño?

acuerdo con los hallazgos disponer de una verdadera respuesta a la pregunta planteada con el fin de tomar decisiones adecuadas?

b) Ampliar el rango de consulta que se planteó por la Corte. Al respecto por qué no se pregunta y se clarifica desde la óptica de los médicos-siquiatras y sicoanálisis, donde parecería hacer conceptos diversos. Es importante en este punto evitar el sesgo de selección y ser realmente inclusivos en las apreciaciones desde otras áreas del saber.

c) De otra parte existen otros desenlaces además de los preguntados por la Corte como lo son:

- ¿Qué posibilidad de matoneo tendrían los niños adoptados en esa condición en instituciones escolares en el medio colombiano? ¿Podrían haber diferencias en el matoneo que se produce en San Francisco y en aquel que evidenciaríamos en diferentes regiones de Colombia?

- ¿El matoneo que se produce en muchos medios hacia los niños/as homosexuales (de lo cual hay evidencia) es extrapolable a los niños /as adoptados por parejas homosexuales?"

- ¿Está preparada la sociedad colombiana para recibir de manera empática y genuinamente inclusiva a parejas homosexuales con un hijo adoptado?

- En el supuesto de que la revisión sistemática provea datos a favor de la adopción ¿Existiría algunas edades en las cuales sería más o menos benéfico la realización de esta? ¿Influye sobre la identidad sexual de un niño o niña ser adoptados por una pareja homosexual antes de los 2, 3, 4, 5, 6, 7 años?

- ¿Qué fortaleza tiene la evidencia que se tiene en el momento con el concepto narrativo que se dio por parte de las universidades en el pasado?

- En igualdad de condiciones, una pareja heterosexual y una homosexual ¿cuál es más deseable para un niño en condición de ser adoptado?

- ¿Puede darse confusión en los niños adoptados ante el juego de roles que se da corrientemente en las parejas homosexuales en la cual uno de los miembros asume inconscientemente el ser femenino o masculino?"

La Universidad Javeriana considera que se trata de preguntas que no han sido desarrolladas, cuyo estudio implica una alta inversión y un periodo amplio de tiempo. No obstante, anexa los resultados de la búsqueda realizada por el Departamento de Epidemiología Clínica y Bioestadística, de los cuales, a su juicio, se puede concluir:

a) Falta de buena evidencia para tomar decisiones.

b) Algunos artículos muestran dificultades para la adopción de estos niños por parte de parejas homosexuales, mientras que otros las descartan. Sin embargo, existe evidencia donde no se describen dificultades para los niños sujetos a esa clase de adopción.

- c) En general, la evidencia es de baja calidad y obedece a casos y reportes anecdóticos, sin claridad en las mediciones y desenlaces medidos. Ningún artículo provee seguimientos de niños en diferentes grupos de edad y diferente género.
- d) En Colombia no existen artículos.
- e) Muchos artículos dicen que se requiere mayor investigación en el campo.

11.- Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

La directora de la oficina jurídica del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario sostiene que no es pertinente atender el requerimiento hecho por esta Corporación, en la medida que no se han realizado investigaciones sobre el tema. No obstante, remite un documento en el cual el Decano de la Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud de dicha universidad presenta las siguientes consideraciones:

- a) Este asunto no se resuelve en el terreno de las ciencias de la salud, en tanto corresponde al reconocimiento de los derechos de las personas en una sociedad. Se trata de una temática que debe ser abordada desde las ciencias sociales y jurídicas, en la medida que *“encuentra su sustento o fundamentación en lo que en un momento dado del tiempo una sociedad considere como bueno o malo, aceptable o no (es decir, es una apreciación que se hace desde la moral, no desde lo biológico)”*.
- b) Es necesario ser cuidadoso en la presentación de la temática, ya que dependiendo de la forma de plantearse puede o no ser calificada como discriminatoria, estigmatizadora o reduccionista.
- c) El desarrollo integral de un menor puede verse afectado o favorecido por múltiples factores que deben ser evaluados en cada caso. Entonces, *“determinar si la orientación sexual de los padres de manera aislada puede favorecer o no el desarrollo integral del menor resulta temerario, reduccionista y lineal”*.
- d) En la literatura internacional se identifican argumentos a favor y en contra sobre el tema, *“los cuales son ponderados de manera diferente dependiendo del consenso social al que cada comunidad ha llegado, y al grado de reconocimiento de los derechos civiles de las personas”*. Además, *“la evidencia científica no es contundente ni uno ni en otro sentido”*.
- e) Por último, *“en el ámbito nacional no tenemos conocimiento de estudios que hayan abordado el tema de manera rigurosa y concluyente”*.

12.- Facultad de Psicología de la Universidad de la Sabana

El decano de la Facultad de Psicología de la Universidad de la Sabana conceptúa lo siguiente:

“En primer lugar, el fenómeno de las parejas abiertamente homosexuales que ejercen la crianza de los niños representa una innovación sociocultural que es específica de la época histórica actual y, como tal, plantea interrogantes sobre el impacto de las formas familiares no tradicionales en el desarrollo infantil. Aunque los avances en estudios científicos han empezado a surgir, los resultados aún son incipientes.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la teoría psicológica, los hijos de padres homosexuales plantean una serie de preguntas desafiantes para las teorías actuales del desarrollo psicosocial. Sin embargo, las teorías psicológicas clásicas y algunos estudios recientes señalan efectos no favorables en el desarrollo de los niños cuando son adoptados por parejas del mismo sexo.

En tercer lugar, las teorías socioculturales del desarrollo sugieren que las interacciones más amplias en las que se desenvuelve en niños son fundamentales para su desarrollo (Bronfenbrenner, 2006, Rogoff, 2003)²⁰⁸. Así las implicaciones de la adopción sobre el desarrollo requieren considerar asuntos como su proceso de adaptación y aceptación de los niños en contextos sociales más amplios (escolar, social y comunitario), en tanto puedan ser sujetos de discriminación y la estigmatización, que por supuesto pueden influir en su adecuado desarrollo.

Por último, en otros países como los Estados Unidos, tanto en la resolución de disputas de custodia y administración de las políticas de adopción y de cuidado de crianza, el sistema legal ha operado con frecuencia bajo supuestos fuertes pero no verificados sobre las dificultades que enfrentan los hijos de homosexuales. Sin embargo, otros países aún se abstienen de tomar dichas decisiones sin contar con evidencias, especialmente científicas que respalden sus políticas”.

El anterior concepto lo sustenta en evidencia científica que²⁰⁹, según explica, ha demostrado que *“los hogares con adultos que tienen relaciones sexuales de tipo homosexual introducen más factores estresantes a los niños adoptados porque estos adultos presentan mayores niveles de ansiedad, depresión, ideas e intentos de suicidio y desórdenes de la conducta”*. Además, afirma, los estudios cuantitativos que concluyen que no existen diferencias entre los hogares de padres heterosexuales y los de padres homosexuales, son inadecuados en la medida que tienen sesgos metodológicos (Rekers 2004)²¹⁰,

²⁰⁸ Bronfenbrenner, U. & Morris, P. (2006). The bioecological model of human development. En R. Lerner (Vol. Ed.), *Handbook of Child Psychology: Theoretical Models of Human Development*. (pp. 793-828). New York: Wiley. Rogoff, B. (2003). *The cultural nature of human development*. Oxford University Press.

²⁰⁹ Revisión de De Irala, J. & López de Burgos, C. (2006). Los estudios de adopción en parejas homosexuales: Mitos y Falacias. Cuadernos de Bioética XVII.

²¹⁰ Rekers, GA. (2004). Review of research on homosexual parenting, adoption and foster parenting. [Publicación en línea] 1-80. 2004. <http://www.narth.com/docs/rekers.html> Sobre este aspecto también aclara que los estudios realizados sobre el desarrollo de los niños educados por parejas homosexuales carecen de

y algunos de ellos suelen utilizar de manera confusa los conceptos de orientación e identidad sexual, afectando los resultados de las investigaciones²¹¹.

De igual forma, expone que algunos estudios han encontrado, respecto de los efectos sobre el desarrollo de niños que viven con parejas del mismo sexo, que *“son más frecuentes los problemas psicológicos como la baja autoestima, el estrés, la inseguridad respecto a su vida futura en pareja y a tener hijos, el trastorno de identidad sexual (...) son más habituales también los trastornos de la conducta como la drogodependencia, la anorexia y la bulimia, y el fracaso escolar”*²¹².

Por otro lado, continúa, la literatura general señala a la familia *“como un elemento original y configurador de las características personales futuras de niños y adolescentes”*, de manera tal que *“cuando la familia no provee a sus miembros los insumos necesarios para garantizar su bienestar y ajuste psicológico, puede verse desfavorecido el desarrollo general de los niños”*. Bajo ese entendido, menciona, muchas teorías de desarrollo psicológico predicen resultados negativos para los niños que son criados en entornos que no ofrecen las contribuciones tanto de las madres como de los padres²¹³. Con fundamento en lo anterior concluye:

(i) Los estudios muestran efectos no favorables sobre el desarrollo de los niños, en diferentes dimensiones, cuando son adoptados por parejas del mismo sexo. No obstante, la literatura sigue siendo escasa, en tanto pocos países han aprobado esta clase de adopción, por lo que se trata de un estudio que se encuentra en sus inicios.

(ii) La mayoría de estudios que señalan la existencia de pocas diferencias en el desarrollo de los niños que son adoptados por parejas del mismo sexo en comparación con los niños de parejas heterosexuales, presentan dificultades metodológicas. Al contrario, los estudios que no presentan fallas metodológicas muestran que sí existen tales diferencias.

13.- Facultad de Medicina de la Universidad de la Sabana

El Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de la Sabana remite el concepto científico realizado por un profesor asociado del Departamento de Bioética, sobre el tema de la referencia.

rigor científico para poder alcanzar conclusiones con un grado aceptable de validez (Fontana, M., Martínez P y Romeu, P. 2005).

²¹¹ Regnerus M. (2012). How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study. *Social Science Research* 41, 752-770.

²¹² Fontana, M., Martínez P y Romeu, P. (2005). No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo. 1-31. [Publicación en línea]. <http://www.hazteoir.org/documentos/noesigual3.pdf>

²¹³ Nungesser, L.G. (1980). Theoretical basis for the re-search on the acquisition of social sex roles by children of lesbian mothers. *Journal of Ho-mosexuality*, 5, 177-188.

De manera preliminar, indica que *“los estudios realizados hasta la fecha sobre la inocuidad de la evolución de los niños adoptados por parejas del mismo sexo no han sido concluyentes porque carecen del rigor científico necesario para sacar conclusiones debidas fundamentalmente al pequeño tamaño de la muestra y por no ser aleatorizados, sin grupos de control adecuado”*.

Explica que lo que se ha podido salvar de esos estudios es que los niños han presentado una baja autoestima, estrés, inseguridad respecto a su vida futura en pareja y tener hijos trastornos de la identidad sexual, rechazo del compañero o compañera del progenitor homosexual como figura materna o paterna y preferencia a vivir con el otro progenitor. Asimismo, agrega, trastornos de conducta como drogodependencia, disfunciones alimentarias, fracaso escolar, mal comportamiento en clase y experiencias traumáticas por ruptura de pareja, son mucho más frecuentes que cuando se trata de matrimonios estables de un hombre y una mujer.

Por otro lado, señala que las personas homosexuales presentan una salud más deteriorada como mayor tasa de enfermedades mentales, más frecuencia de VIH SIDA y de otras enfermedades de transmisión sexual, con un índice de suicidio mayor. Además, refiere, cuando un adulto elige libremente estas conductas acepta conscientemente esas consecuencias, pero ese no es el caso del niño que se ve expuesto involuntariamente a circunstancias que le hacen más proclive a esos riesgos.

Con base en lo anterior, indica que *“si aceptamos el bienestar de niño como prioridad, no podemos asegurar en ningún caso la idoneidad de las parejas homosexuales para adoptar niños. Es necesario abogar por el beneficio del menor y solicitar que no se concedan en adopción a parejas del mismo sexo”*. Al respecto, hace referencia a la Convención de los Derechos del Niño según la cual los Estados parte que permitan o reconozcan el sistema de adopción *“cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial”* y a la Declaración de los Derechos del Niño que dice que *“el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación”*.

Más adelante menciona que la Asociación Sicológica Americana y la Asociación Americana de Pediatría son defensoras de la adopción por parte de parejas del mismo sexo y que el grupo de trabajo por el cual están conformadas *“son activistas homosexuales y lesbianas indudablemente poco imparciales”*. Resalta que muchos de los estudios científicos sobre el asunto han sido descalificados por investigadores conocedores de la metodología de la investigación, porque no tienen el rigor científico suficiente²¹⁴. En el mismo sentido indica:

²¹⁴ Al respecto, menciona a Robert Lerner y Althea Nagai quienes en el año 2001 revisaron 49 estudios que invalidaron por graves fallos. (No basis: what the studies don't tell us about same-sex parenting); y a Belcasto quien revisó 14 estudios siendo al menos 11 inaceptables. (A review of data based studies addressing the effects of homosexual parenting on children's sexual and social functioning).

“Estudios como el de Cameron y Cameron (2002) reflejan múltiples problemas de identidad sexual en los niños educados por parejas del mismo sexo; Lewis (1980) muestra problemas de convivencia entre los hijos y la madre biológica o su compañera; Deevy (1989) indica que estos niños muestran signos de estrés, con mayor tendencia a la drogodependencia y autolesionarse; Tripp (1998) argumenta que la ausencia de un padre o una madre tiene consecuencias perjudiciales para la salud física y psíquica del niño; en varias revistas científicas de Psiquiatría americanas como el Journal of American Academy of child and Adolescent Psychiatry o Health Psychology y estudios como Welch, Collings Howden-Chapman (2000); Rothblum (1990) y Sandfort, de Graff y Schnabel (2001), donde se indica que existe una probabilidad mayor de que los gays, lesbianas y bisexuales, presenten enfermedades mentales, más conductas sexuales de riesgo y en general una salud mucho más deteriorada que las parejas heterosexuales.

Los abusos sexuales con esos niños adoptados son más frecuentes según informa Ramafedi (1994) quien entrevistó 239 hombres homosexuales y bisexuales, el 42% afirmó haber sufrido abusos sexuales siendo menor, en ese mismo sentido Doll et al (1992) encontró un 40%. El estudio de Goode y Troiden (1980) afirma que de una muestra de 150 hombres homosexuales entre 30 y 40 años, el 69% tuvo algún contacto sexual con un menor. Indica que el 45% había tenido 6 o más compañeros sexuales menores de edad, el 78% había participado en sexo en grupo y el 65% había tenido hasta la fecha más de 100 compañeros sexuales”.

Continúa el interviniente señalando que son numerosos los estudios que demuestran que las parejas del mismo sexo son más inestables, están afectados en diferentes situaciones emocionales y físicas, cometen más abusos sexuales y tienen tasas de suicidio más altas. De igual forma, refiere que tienen un riesgo de divorcio del 50% en el caso de los homosexuales y del 200% para las lesbianas (Andersson, G. et al (2004) Divorce-risk patterns in same sex marriage in Norway and Sweden), que la duración media de una relación homosexual estable es de año y medio (Xiridou, 2003) y que las madres lesbianas son abiertamente hostiles a los roles masculinos y se niegan a ofrecer juguetes asociados con el rol masculino a los niños (Turner et al, 1990). Finalmente, concluye el concepto:

“En este documento no se pretende entrar en consideraciones éticas y morales, se hace un análisis científico mostrando una serie de hechos comparables. Las personas homosexuales y lesbianas merecen nuestro respeto como personas, pero hay que señalar que su comportamiento se aparta del común, lo que constituye de alguna manera una enfermedad. Al señalar que alguien como enfermo, con riesgos de fracasar en su vida afectiva, de consumo de sustancias psicoactivas o con mayor tendencia al suicidio no lo estamos discriminando sino señalando una

situación. Cuando un médico le dice a un paciente que sufre artritis reumatoide, patología que afecta a un porcentaje bajo de la población, no lo está discriminando, lo está señalando como una persona propensa a sufrir dolores articulares, deformidades osteo musculares, pero no la discrimina y sí le ofrece su ayuda”.

14.- Universidad de los Andes

El Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes señala, por un lado, que los resultados de algunos estudios sobre el tema abordado por la Corte indican que *“los hijos en familias homoparentales caen dentro de los parámetros esperados del desarrollo, es decir, la mayoría expresan niveles altos de conformidad con las normas sociales de género y no manifiestan el deseo de pertenecer a otro sexo”*²¹⁵. Indica que uno de los aspectos que aparece con frecuencia en las discusiones acerca de la paternidad o maternidad homosexual concierne a la idea de que la crianza que estos ejerzan incrementa la probabilidad de ser homosexual. Sobre este punto, indica:

*“Las investigaciones contradicen esta idea; tanto estudios iniciales sobre padres homosexuales realizados en los años 80, como trabajos realizados en la última década han encontrado que la mayoría de los hijos de padres gay desarrolla una identidad heterosexual y que el porcentaje de hijos que reportan ser homosexuales oscila entre el 5% y el 9%, similar al que se encuentra en la población general. Adicionalmente, se ha logrado establecer que la orientación sexual de los hijos no se relaciona con el número de años que viven en la casa de sus padres homosexuales, ni con la frecuencia o tipo de contacto que tienen ellos mientras viven con sus madres”*²¹⁶. *En cuando a los hijos de madres lesbianas, los hallazgos apuntan a la misma dirección; esto es, el número de hijos que se identifican como homosexuales en este grupo de familias, no es superior al número de hijos con orientación homosexual en familias de madres heterosexuales*²¹⁷.

Continúa explicando que otra de las preocupaciones a nivel social, judicial y político radica en el efecto que puede tener la orientación sexual de las figuras parentales en el desarrollo emocional, cognitivo y social de los hijos²¹⁸. Con respecto a este punto, establece que no se han encontrado diferencias entre los niños criados en familias heterosexuales y en familias del mismo sexo, en

²¹⁵ Golombok, S., Spencer, A., & Rutter, M. (1983). Children in lesbian and single-parent households: Psychosocial and psychiatric appraisal. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 24, 551-572.

²¹⁶ Patterson, C. J., y Chan, R. (1999). Families headed by lesbian and gay parents. En M. Lamb (Ed.), *Parenting and child development in “nontraditional” families*. (pp. 191-219) Mahwah, NJ. Lawrence Erlbaum Associates.

²¹⁷ Golombok, S., Tasker, F., & Murray, C. (1997). Children raised in fatherless families from infancy: Family relationships and the socio-emotional development of children of lesbian and single heterosexual mothers. *Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines*, 38, 783-791.

²¹⁸ Green, R., Mandel, J. B., Hotvedt, M. E., Gray, J., Smith, L. (1986). *Lesbian mothers and their children: A comparison with solo parent heterosexual mothers and their children*. *Archives of Sexual Behavior*, 15, 167-184.

²¹⁸ Stacey, J., & Biblarz, T. J. (2001). (How) Does the sexual orientation of parents matter? *American Sociological Review*, 66 (2), 159-183.

términos de comportamiento y adaptación social²¹⁹. Además, señala, otros estudios “no han demostrado diferencias estadísticamente significativas entre hijos/as de madres lesbianas y madres heterosexuales en los principales indicadores de salud mental evaluados (autoestima, ansiedad, depresión, problemas internalizantes y problemas externalizantes)²²⁰. Tampoco se han establecido diferencias significativas en medidas de inteligencia, indicadores de rendimiento académico²²¹ y en el desarrollo de habilidades sociales²²²”.

Con sustento en lo anterior y en el resultado de diferentes investigaciones, concluye:

(i) La función principal de la familia es la socialización de sus miembros más jóvenes, función que puede llevarse a cabo de manera efectiva en cualquier tipo de estructura familiar, “*porque la crianza de los hijos y las hijas depende de la disposición y capacidad de las figuras parentales para desempeñar sus funciones de manera efectiva*”.

(ii) El concepto de familia tiende a asociarse solamente al tipo de familia tradicional compuesta por madre, padre e hijos/as, y por eso, parejas del mismo sexo, maternidad, paternidad y familia, han sido conceptos difíciles de asociar para algunos, y totalmente incompatibles para otros²²³.

(iii) En todos los tipos de familias se pueden encontrar personas homosexuales y bisexuales, al igual que personas heterosexuales; la orientación sexual de las figuras parentales, *per se*, no establece diferencias significativas en el desarrollo de los hijos y las hijas.

²¹⁹ Al respecto señala: “*Por ejemplo, se ha encontrado que los niños de madres lesbianas no presentan dificultades de interacción con sus compañeros, ni presentan mayores problemas emocionales o de comportamiento que los niños de parejas heterosexuales. Resultados similares se encontraron en análisis de historias de vida de adultos hijos de padres gay o madres lesbianas. Estos adultos reportan no haber tenido dificultades sociales o problemas emocionales durante la niñez o la adolescencia; la mayoría de ellos no recuerda haber experimentado rechazo, ni haber sido objeto de burlas por parte de los compañeros; sin embargo, un pequeño grupo sí recuerda burlas e indica que estas tendían a estar relacionadas con aspectos de la orientación sexual*”. Patterson, C. J., y Chan, R. (1999). Families headed by lesbian and gay parents. En M. Lamb (Ed.), *Parenting and child development in “nontraditional” families*. (pp. 191-219) Mahwah, NJ. Lawrence Erlbaum.

²²⁰ Anderssen, N., Amlie, C. & Ytteroy, E. A. (2002). Outcomes for children with lesbian or gay parents: A review of studies from 1978 to 2000. *Scandinavian Journal of Psychology*, 43, 335-351.

²²¹ Flacks, D. K., Ficher, I., Masterpasqua, F. & Joseph, G (1995). Lesbian choosing motherhood: A comparative study of lesbian and heterosexual parents and their children. *Developmental Psychology*, 31, 105-114.

²²² Green, R., Mandel, J. B., Hotvedt, M. E., Gray, J., Smith, L. (1986). *Lesbian mothers and their children: A comparison with solo parent heterosexual mothers and their children*. *Archives of Sexual Behavior*, 15, 167-184.

Wainright, J. L., & Patterson, C. J (2008). Peer relations among adolescents with female same-sex parents. *Developmental Psychology*, 47, 117-126.

Kosciw, J. G. & Díaz, E. M. (2008). *Involved, invisible, ignored: The experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Parents and their children in our nation’s K-12 Schools*. New York: GLSEN.

²²³ Allen, K. R., & Demo, D. H., (1995). The families of lesbian and gay men: A new frontier in family research. *Journal of Marriage and the Family*, 57, 111-127.

Goldberg, A. (2009). *Lesbian and gay parents and their children: Research on the family life cycle*. Washington, D.C.: American Psychological Association.

(iv) Independientemente de la orientación sexual de las personas, procesos de búsqueda de la paternidad/maternidad, como la adopción o la inseminación artificial, son prolongados y complejos. En esa medida, estos procesos implican que *“desde antes del contacto con las instituciones, las personas se involucren en una variedad de toma de decisiones tanto individuales como de pareja. El que las personas y parejas decidan acudir a alternativas como la adopción requiere un análisis previo de las razones por las cuales incluyen en su proyecto vitan ser padres o madres, la generación de discusiones sobre el tipo de dinámicas y patrones de funcionamiento que se aspira establecer y, a su vez, la formulación de acuerdos para llevar adecuadamente a cabo las funciones y tareas de crianza. Esto tiene implicaciones importantes en la medida que es antes y durante los procesos de búsqueda de la paternidad/maternidad que se incrementan los deseos e intenciones de las personas para ser buenos padres y madres, lo que contribuye en últimas a que la parentalidad pueda ser llevada a cabo con mayor reflexión, compromiso y responsabilidad”*²²⁴.

15.- Universidad ICESI

El decano de la facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad ICESI y el director del Programa de Sociología de la misma facultad, a manera de introducción, ponen de presente que es un hecho indiscutible que las familias homoparentales ya existen y que la evidencia científica revela que los niños y niñas criados por parejas del mismo sexo se desarrollan igual de bien que cuando son criados por parejas de diferente sexo²²⁵. Lo anterior, es abordado desde cuatro perspectivas:

a) *La orientación sexual de los padres no afecta el desarrollo psicológico y social de un menor.* Según exponen, las primeras investigaciones que datan de los años 80 encontraron que los menores criados por padres homosexuales o madres lesbianas no presentaban diferencias en su desarrollo emocional, social o psicológico, al compararlos con menores criados por parejas heterosexuales. Al respecto cita algunos estudios de los cuales se destacan los siguientes:

(i) Martha Kirkpatrick y su equipo adelantaron uno de los primeros estudios comparativos entre menores (1981) y concluyeron que no existían diferencias entre ninguno de los dos grupos en lo que a problemas emocionales respecta²²⁶. Dos años después, Golombok encontró que solo una minoría

²²⁴ Bos, H. W., van Balen, F. & van den Boom, D. (2003). Planned lesbian families: Their desire and motivation to have children. *Human Reproduction*, 18, (10), 2216-2224.

²²⁵ American Sociological Association (2014). Concepto científico; Williams Institute, Universidad de California (2014). Concepto científico; Ardila Salcedo, Jaime (2014). Análisis de la evidencia científica con respecto a la adopción conjunta y consentida por parte de parejas del mismo sexo; Ministerio de Salud de Colombia (2014). Concepto científico sobre adopción por parte de parejas del mismo sexo. Todos estos documentos pueden consultarse en línea en: <http://www.colombia-diversa.org/>.

²²⁶ Cita el interviniente: El estudio incluyó, además de la entrevista de las madres participantes del estudio, la entrevista a los menores por parte de un psicólogo y psiquiatra especializado en menores, sin que estos supieran la orientación sexual de sus madres. Al respecto ver: Kirkpatrick, et al. (1981). Lesbian mothers and their children: a comparative survey, *51 Am J. Orthopsychiatry* 545.

presentaba algún problema siquiátrico significativo, y de esta, la mayoría pertenecía a un hogar heterosexual²²⁷.

(ii) En el marco del proyecto “*Estudio Longitudinal Nacional de Familias Lesbianas*” (NLLFS, por sus siglas en inglés) se entrevistó a un grupo de madres lesbianas en tres momentos: cuando sus hijos eran bebés, a los cinco años de edad, a los diez y a los diecisiete²²⁸. Se corroboró que no existen “*evidencias significativas entre estos menores y el promedio nacional estadounidense en materia de desórdenes del desarrollo [y que] los hijos de madres lesbianas registraban notas escolares significativamente más altas que sus pares de familias heterosexuales, muestran menor comportamiento agresivo y una mayor tendencia a seguir las reglas*”²²⁹.

(iii) Rosenfeld (2010)²³⁰, Lavner *et al.* (2012)²³¹ y Potter (2012)²³² coincidieron en que no existen diferencias cognitivas o problemas de comportamiento asociadas a la orientación sexual de los padres. Encontraron que las brechas entre niños se deben a cuestiones económicas o de estructura familiar.

Por otro lado, afirman los intervinientes que algunos hallazgos “*apuntan a una mayor vulnerabilidad por parte de los menores criados en hogares de un solo padre o madre*”²³³. Lo anterior, según Judith Stacey, “*se debe principalmente a la diferencia de recursos que dos personas pueden proporcionar, en comparación con los recursos que proporcionaría una sola*”²³⁴. Con base en ello, consideran que las limitaciones para adoptar deben apuntar a asegurar, entre otros aspectos, una adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes, así como su responsabilidad con el cuidado del menor²³⁵ y que “*el hecho de no haberse encontrado diferencias entre los hijos criados por homosexuales y heterosexuales evidencia que*

²²⁷ Cita el interviniente: Golombok S. et al. (1983). Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal, 24 J. child Psychol & Psychiatry. Doce años después estos jóvenes fueron entrevistados y no se encontraron diferencias entre los que fueron criados por personas heterosexuales o lesbianas, al respecto se puede consultar: Tasker F. y Golombok S. (1995). Adults raised as children in lesbian families, 51 Am J. Orthopsychiatry 203.

²²⁸ Para una descripción de este estudio longitudinal y todas las publicaciones que se han dado en su desarrollo, se puede consultar el link: <http://www.nllfs.org/publications/>

²²⁹ Gartrell N. & Bos, H., (2010) US National Longitudinal lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents, 126 PEDIATRICS 28 (2010).

²³⁰ Rosenfeld, M.J. (2010). Nontraditional Families and Childhood progress Through School, 47 DEMOGRAPHY 755.

²³¹ Lavner, J. A. et al. (2012), Can Gay and Lesbian Parents Promote Healthy Development in High-Risk Children Adopted from Foster Care? 82 AM. J. ORTHOPSYCHIATRY 465.

²³² Potter, D. (2012). Same-sex Parent Families and Children’s Academy Achievement, 74. J. MARRIAGE & FAM. 556.

²³³ Por ejemplo, McLanahan S. (1985). Family structure and reproduction of poverty, 90 Am. J. Soc. 878.

²³⁴ Stacey J. (2005). Legal recognition of same-sex couples: the impact on children and families, 23 QLR 529.

²³⁵ Cita el interviniente: “*Se dice que ‘Las investigaciones conducidas en más de cincuenta años han establecido firmemente que es la calidad del cuidado parental y la relación entre padre e hijo, y no el género de los padres, lo que predice el desarrollo psicológico del menor. Se ha demostrado que la efectividad del cuidado parental depende contundentemente de factores como la responsabilidad, la confianza, consistencia, afecto y compromiso emocional, así como de la calidad de la relación entre los padres y la disponibilidad de recursos económicos suficientes’*”. Stacey J. (2005). Legal recognition of same-sex couples: the impact on children and families, op. Cit.

ambas poblaciones están en las mismas posibilidades de brindar estos factores relevantes”.

b) *Consideraciones económicas sobre la adopción igualitaria.* Comentan que a finales del siglo XX los teóricos del estado de bienestar se dedicaron a abrir el debate sobre quién debe o debería asumir los costos de la educación y la crianza de los niños: el Estado o las familias. Explican que Colombia ha participado en dicho debate estableciendo que la intervención económica del Estado en provisiones sociales relacionadas con el cuidado de los niños debe ser subsidiaria²³⁶. Por eso, a juicio de los intervinientes, resulta contradictorio que los argumentos relacionados con la adopción homoparental estén en contravía de la misma; es decir, *“es paradójico que jurídicamente sea sostenible que la discriminación a las parejas del mismo sexo se mantenga al negar las posibilidades de adopción, cuando para el Estado y su política económica sería costo-eficiente asumir los beneficios derivados de la no discriminación”.*

Consideran que en un *“país de huérfanos”*²³⁷, donde los menores en condición de adoptabilidad albergados en los hogares de paso del ICBF capturan más del 70% del presupuesto de la institución²³⁸, *“es razonable y coherente con los argumentos de la política económica que exista una apertura frente a los núcleos familiares y personales que cumplen las condiciones para ofrecerles un mejor futuro a los niños en estas condiciones”.* En su parecer, abrir esa puerta sería más adecuado para el desarrollo de otras agendas, como la asistencia de primera infancia de grupos vulnerables, programas de socialización de trabajo productivo y ayuda a familias vulnerables sisbenizadas.

c) *Construcción social de la institución de la familia.* Sostienen que las ideas que tenemos de qué y quiénes constituyen una familia se construyen socialmente. La idea de familia nuclear, *“constituida por una pareja casada de orientación heterosexual y sus hijos, recrea roles de género tradicionales y trabaja para mantener jerarquías sociales, barreras de exclusión y desigualdad. Como ideal, mantiene un estándar normativo dentro del cual, se supone, deben encajar los actores sociales”.*

No obstante, ponen de presente, las realidades sociales actuales e históricas, en Colombia y en otros contextos latinoamericanos, poco se asemejan al ideal de familia nuclear (existen familias monoparentales, parejas que viven en unión libre, participación de las mujeres en la fuerza laboral, el incremento en la tasa de divorcios, etc.). Sobre este punto mencionan:

²³⁶ Entrevista a la Directora Jurídica del ICBF, Rosa María Navarro, 21 de Noviembre de 2012, ICBF. Esta entrevista fue realizada en el marco del trabajo de campo de la tesis doctoral *“Activismo burocrático. La construcción cotidiana del principio de legalidad. Estudio de caso de las madres comunitarias y el programa HCB como un ejercicio de burocracias callejeras”* de Lina Buchely.

²³⁷ País de huérfanos, 02 de agosto de 2009, Revista Semana. Disponible online en: <http://www.semana.com/noticias-vida-moderna/país-huerfanos/126959.aspx>.

²³⁸ Entrevista a la Directora Jurídica del ICBF, Rosa María Navarro, 21 de Noviembre de 2012, ICBF.

“Ligado a lo anterior, cuando una sociedad se pregunta cómo afecta a los niños y niñas ser adoptados por parejas del mismo sexo, de fondo está aspirando a contrarrestar estos efectos con los que se derivan de la adopción por parejas heterosexuales. La pregunta en sí misma erige a la pareja heterosexual adoptante como un tipo ideal de familia, cuyo trabajo de crianza garantizaría el desarrollo integral de los menores, y frente a la cual la pareja del mismo sexo se nos presenta, si no deficitaria, por lo menos susceptible de sospecha”.

Por lo anterior, consideran que la familia nuclear es solo un mito y que *“deseamos algo que existe solo por excepción en nuestro contexto”*. Indica el concepto que, *“según datos del Censo de 1973, el 20% de los hogares colombianos eran liderados por mujeres; para 1995 la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de Profamilia revelaba que este porcentaje ascendía a 25%. Mostró además que en esta sociedad la familia nuclear constituye solo una configuración de un abanico de otras posibles: la citada encuesta de 1995 arrojó que los hogares nucleares constituían el 60% de los hogares en Colombia. En el mismo estudio para el año 2010 se determinó que estos sumaban apenas el 35%. Profamilia presume que el 56% de los niños y niñas crecen en Colombia con un padre y una madre en casa. El 44% restante es criado por familias recompuestas, familias extensas, familias que difieren del modelo nuclear y en medio de las cuales es probable que haya hermanos criando un sobrino común, abuelos criando a sus nietas o parejas del mismo sexo educando a sus hijos*

d) *Crítica a la ideología del “deber ser” de la familia.* Sobre este último punto, explican que las ciencias sociales se han visto influenciadas por los ideales morales de las sociedades que estudian y por el contexto en el que se encuentran inmersos, que no en pocas ocasiones le indica lo que debe ver y cómo lo debe interpretar. Un ejemplo de esa influencia es *“la caracterización de la familia nuclear como un grupo funcional, en el cual cada uno de sus miembros tiene un rol que, a su vez, cumple una función crucial para el éxito de la convivencia familiar y para la formación del menor”*.

Esta teoría, denominada *estructural-funcionalismo*, resalta que entre las tareas más importantes de los padres está enseñarle al menor a identificarse con su rol social biológico, esto es, con el sexo (los hombres son recompensados por asumir una conducta varonil y las mujeres por desenvolverse con feminidad). En ese contexto, *“el fracaso del proceso de socialización de los padres en esta tarea se deriva en la homosexualidad de la persona que se socializa”*.

No obstante, continúan, ese enfoque ha cambiado y el acercamiento de estas teorías a las diversas formas de familia no solo ha sido cerrado, sino excluyente, y esa es la razón por la cual incluyen dentro de sus análisis términos como *“familia incompleta”* o *“familia disfuncional”*. Por eso, consideran que *“las supuestas propiedades beneficiosas de ese modelo, como evitar que los hijos sean homosexuales, no solo no se ha comprobado, sino que una sociedad pluralista y diversa impide catalogar como un ‘ser*

disfuncional' a una persona homosexual". Con sustento en todo lo anterior culminan su intervención concluyendo que la evidencia científica demuestra que:

"[L]os niños y las niñas criadas por padres del mismo sexo se desarrollan tan bien como aquellos criados por padres de diferente sexo. En ambos casos, los menores crecen con las mismas ventajas y posibles limitaciones, según variables como la estabilidad de la familia y el nivel económico; incluso algunos estudios muestran que los menores criados por parejas de un mismo sexo llegan a tener ventajas claras en su desarrollo tales como mayor empatía con sus pares.

Lo fundamental, desde nuestro punto de vista, es crear mecanismos públicos, legales e institucionales, que garanticen a todas las familias, en su diversidad, protección, cuidado y bienestar material. Acoger la adopción por parejas de un mismo sexo no solo contribuiría a este propósito, sino también, como mostramos, traerá bienestar a más niños y niñas en condición de adoptabilidad, permitiendo que los recursos de instituciones como el ICBF se destinen a otros programas de protección de la infancia. Finalmente, pero no menos importante, acoger la adopción por parejas de un mismo sexo es un paso más en favor de una sociedad democrática, pluralista e incluyente".

SENTENCIA C-071 DE 2015. TABLA DE CONTENIDO

SENTENCIA C-071 DE 2015	1
I. ANTECEDENTES	5
II. NORMAS DEMANDADAS.....	6
III. LA DEMANDA	9
IV. INTERVENCIONES	12
1.- Ministerio de Salud y Protección Social.....	12
2.- Ministerio del Interior	14
3.- Fiscalía General de la Nación	14
4.- Defensoría del Pueblo	16
5.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.....	18
6.- Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS)	19
7.- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE)	19
8.- Universidad de los Andes – Programa PAIIS.....	19
9.- Universidad de la Sabana.....	20
10.- Universidad de Medellín.....	21
11.- Universidad del Norte	22
12.- Universidad Externado.....	23
13.- Universidad Javeriana - Grupo de investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas.....	24
14.- Universidad Libre	25
15.- Dejusticia – Colombia Diversa	26
16.- Comisión Colombiana de Juristas	29
17.- Profamilia.....	29
18.- Grupo de apoyo a mamás lesbianas.....	30
19.- Corporación Femm	31
20.- Colombia Diversa – Amicus Curiae de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México)	31
21.- Colombia Diversa – Amicus Curiae del Instituto Williams de la Universidad de California (EEUU).....	32
22.- Iglesia Episcopal de Colombia. Comunidad anglicana.	32
23.- Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo Internacional	32
24.- Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días	33
25.- Intervención ciudadana. Amicus Curiae de la Facultad de Derecho de American University (EEUU).....	34
26.- PAIIS - Amicus Curiae del Colegio de Abogados de Nueva York (EEUU)	34
27.- Intervención ciudadana (Alejandro Badillo Rodríguez y otros).....	35
28.- Intervención ciudadana (Juliana Camacho Martínez)	35
V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN	36
VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	39
1.- Competencia	39
2.- Breve presentación del caso.....	39
3.- Asuntos procesales previos	41
3.1.- Solicitudes de impedimento, recusación y nulidad	41
3.2.- Aptitud parcial de la demanda	44
a.- Integración de la proposición jurídica completa.....	44

b.- La demanda recae sobre un contenido cierto y verificable. La ley 1098 de 2006 excluyó la adopción por parejas del mismo sexo.....	45
c.- Aptitud parcial de los cargos planteados	53
3.3.- Inexistencia de cosa juzgada constitucional	56
3.4.- Solicitud de unidad normativa	60
4.- Problema jurídico y metodología de análisis.....	60
5.- La adopción como medida de protección al menor para garantizar su derecho a tener una familia y suplir las relaciones de filiación	61
6.- Criterios a tener en cuenta para establecer vínculos de filiación de menores de edad.....	66
7.- Las parejas del mismo sexo como familias constitucionalmente reconocidas y el régimen legal de adopción	78
8.- Prohibición de discriminación por orientación sexual y tratamientos diferenciales constitucionalmente admisibles	96
9.- Los sujetos habilitados para adoptar en el Código de la Infancia y de la Adolescencia	101
10.- Análisis constitucional de las normas demandadas	104
VII.- DECISIÓN	111
ANEXO	114

**ACLARACION DE VOTO DEL CONJUEZ
JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA
A LA SENTENCIA C-071 DE 2015**

DIGNIDAD HUMANA Y PLURALIDAD CULTURAL-Valores constitucionales esenciales (Aclaración de voto)

ADOPCION-Antes que derecho de los adoptantes, es una medida de protección hacia los menores y reconocimiento de sus derechos fundamentales (Aclaración de voto)

La adopción, antes que derecho de los adoptantes, es una medida de protección hacia los menores y un reconocimiento de los derechos fundamentales y prevalentes de éstos. Por eso todas las autoridades públicas, independientemente de los derechos que tienen los adoptantes para vivir en pareja, deben velar porque quienes ostentan los derechos y responsabilidades que fluyen de la adopción, tengan la capacidad y la idoneidad de ofrecer al niño o a la niña adoptada una estabilidad afectiva.

ADOPCION-Modificaciones deben estar precedidas de requisitos mínimos inexorables (Aclaración de voto)

Cualquier mutación o avance legislativo o jurisprudencial comporta la posibilidad de estigmatización o incluso de matoneo social hacia el adoptado. Sin embargo ello no debe ser factor que detenga los cambios de paradigmas en favor de los derechos de las minorías. Pero esas modificaciones, antes que obedecer al prurito de estar ajustadas a la última moda, debe estar precedida como requisitos mínimos inexorables (i) ser soportadas en los estudios técnicos idóneos que consulten la realidad colombiana y no ser simple adopción de los realizados en otros países, (ii) estar precedidas del necesario debate democrático con amplia participación social y (iii) ser expedidas por el órgano que en principio es el constitucionalmente competente para producirlos.

ADOPCION CONJUNTA DE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Consideraciones respecto del derecho a la igualdad (Aclaración de voto)/**DERECHO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DE CONSTITUIR UNA FAMILIA**-No se colige de manera inexorable o automática, el derecho de adoptar en idénticas condiciones existentes para las parejas heterosexuales (Aclaración de voto)

ADOPCION-Reserva legal (Aclaración de voto)

A diferencia del hoy innegable derecho de las parejas a constituir una familia, donde existe una habilitación constitucional directa para admitirlo, el tema de la adopción es de indiscutible reserva legal. Es difícil encontrar en la

Constitución Política un precepto que haga tanta remisión expresa a las potestades del legislador como el artículo 42 cuando pone en cabeza del Congreso de la República la regulación de la figura de la adopción y otros temas derivados de la familia, así: (i) “La ley podrá determinar el patrimonio familiar inembargable e inalienable”; (ii) “cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley; (iii) “La ley reglamentará la progenitura responsable”; (iv) “Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil; (v) “los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil”; (vi) “También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley; (vii) La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. No queda duda entonces que la voluntad inequívoca del constituyente fue la de deferir al Congreso los temas fundamentales atinentes a la familia, y dentro de ellos por supuesto la adopción, dentro del respeto a los principios y normas constitucionales, pero con indiscutible libertad de configuración del órgano democrático por excelencia para regular la materia. Es así entonces como el Congreso al expedir las normas demandadas dispuso quiénes pueden adoptar, y podía hacerlo también con los otros temas vinculados con la adopción, como el estado civil de las personas.

DERECHO DE ADOPCION HOMOPARENTAL-Derecho comparado (Aclaración de voto)

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Regulación de derechos fundamentales (Aclaración de voto)

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Corresponde al legislador determinar la manera como se pueda formalizar o solemnizar un vínculo jurídico (Aclaración de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES-Exhortaciones al Congreso realizadas por la Corte Constitucional (Aclaración de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Contenido y alcance (Aclaración de voto)

PAREJAS DEL MISMO SEXO-En presencia de indiscutibles derechos prevalentes, la resolución del problema de igualdad no es asunto de simple equiparación de derechos (Aclaración de voto)

En presencia de indiscutibles derechos prevalentes, la resolución del problema de igualdad entre las parejas del mismo sexo no es asunto de simple equiparación de derechos, como se explicó con anterioridad, sino que exige la

inescindible definición previa por parte del órgano constitucional competente de cuál es ese interés prevalente del menor, en cumplimiento del principio de respeto a las potestades del órgano democrático por excelencia, ya que la Corte en aras de la noble labor de disminuir o erradicar un trato legal diferenciado en cabeza de las uniones del mismo sexo, está obligada a cumplir el mandato constitucional que le impone la norma Superior, de consultar prioritariamente los derechos de los menores y de acatar la clara competencia que le confiere la Constitución al Congreso, por lo que reafirma la imperiosa necesidad democrática de que sea en ese escenario donde se debata ampliamente y se legisle sobre los temas de esenciales de la familia, y entre ellos, como es obvio, sobre las modalidades de adopción y sus efectos en la familia, núcleo esencial de la sociedad.

ADOPTANTES-Materia reservada al legislador (Aclaración de voto)

La definición de quiénes son adoptantes es un asunto de la mayor importancia social y en ella está involucrada toda la sociedad y desde luego comprometidos los derechos fundamentales de los niños y el interés superior del menor, por lo que no cabe duda que es materia reservada al legislador.

El día de hoy, 10 de diciembre de 2015, he recibido el proyecto definitivo de sentencia C-071 de 2015, respecto de la cual formulo mi aclaración de voto.

Comparto la parte resolutive de la sentencia proferida por la Corte Constitucional, en cuanto al reconocimiento por primera vez en Colombia, mediante un juicio de control constitucional abstracto, del derecho a la adopción complementaria por parte del compañero permanente o compañera del mismo sexo cuando su pareja es padre o madre biológica del menor. Ahora bien, respecto del otro cargo de la demanda, atinente al presunto derecho de igualdad para la pretendida adopción conjunta de las parejas del mismo sexo, con todo respeto expongo a continuación algunos aspectos que considero relevantes para efectos de la parte motiva y en general de la visión constitucional del control constitucional ejercido por la Corte en esta acción pública, los cuales fueron presentados en mi intervención ante la Sala Plena.

I. DE LA CULTURA DEL RESPETO HACIA LA DIVERSIDAD SEXUAL

Sin duda alguna un enfoque sistemático de la Constitución Política de 1991 conduce ineluctablemente a una consagración amplia de los derechos de las minorías étnicas, culturales, religiosas, sexuales, sociales, etc. Es más, podría decirse que la Carta Fundamental representa el triunfo de esas minorías, lo cual en manera alguna puede representar el arrasamiento de los derechos de las mayorías, porque este es el sustento esencial de todo sistema democrático. Es en el justo equilibrio entre los derechos de mayorías y minorías como se

logra la convivencia pacífica, adquiere realidad la democracia y vigencia y aplicación el ordenamiento superior.

La dignidad humana y la pluralidad cultural son valores constitucionales esenciales y por tanto no solo el derecho objetivo debe desarrollarlos, sino también es obligación ineludible de las autoridades públicas velar por su acatamiento, esforzarse por la educación social de esos valores, contribuir a evitar el estigma social y aún más generar una cultura de respeto hacia la diversidad cultural.

De otro lado, los derechos fundamentales de los niños ocupan un sitio privilegiado en el ordenamiento superior. La extensa consagración del derecho convencional, de las declaraciones internacionales, de los pronunciamientos judiciales, del derecho constitucional interno, son letra muerta sino se complementan con una acción práctica que promueva prácticas para que sus derechos fundamentales sean realidad y para generar un ambiente afectivo estable para que un niño pueda desarrollarse normalmente en el entorno social.

Es innegable que en Colombia y en muchos países existe una gran estigmatización social hacia las familias conformadas por parejas del mismo sexo y la jurisprudencia constitucional es uno de los mecanismos idóneos para contrarrestarla, para crear un ambiente de tolerancia, de reconocimiento y de respeto hacia la diversidad sexual. Es indispensable dar pasos de culturización hacia esa tolerancia, reconocimiento y respeto, respeto de quienes tienen comportamientos distintos a los de las mayorías.

Empero, la adopción, antes que derecho de los adoptantes, es una medida de protección hacia los menores y un reconocimiento de los derechos fundamentales y prevalentes de éstos. Por eso todas las autoridades públicas, independientemente de los derechos que tienen los adoptantes para vivir en pareja, deben velar porque quienes ostentan los derechos y responsabilidades que fluyen de la adopción, tengan la capacidad y la idoneidad de ofrecer al niño o a la niña adoptada una estabilidad afectiva.

De todos modos, cualquier mutación o avance legislativo o jurisprudencial comporta la posibilidad de estigmatización o incluso de matoneo social hacia el adoptado. Sin embargo ello no debe ser factor que detenga los cambios de paradigmas en favor de los derechos de las minorías. Pero esas modificaciones, antes que obedecer al prurito de estar ajustadas a la última moda, debe estar precedida como requisitos mínimos inexorables (i) ser soportadas en los estudios técnicos idóneos que consulten la realidad colombiana y no ser simple adopción de los realizados en otros países, (ii) estar precedidas del necesario debate democrático con amplia participación social y (iii) ser expedidas por el órgano que en principio es el constitucionalmente competente para producirlos.

No basta con extender los derechos sociales si simultáneamente no se propicia un ambiente de conocimiento de la necesidad de no discriminación, de su

prohibición normativa, de respeto hacia los derechos de las personas del mismo sexo y ante todo de la necesidad de su inclusión en el seno social en aras de una adecuada convivencia social.

Pero adicionalmente, ya en el ámbito particular de la adopción, no basta extender su ámbito para habilitar como adoptantes otras personas a quienes el ordenamiento actual no les concede esa posibilidad. Es imprescindible que también se extreme (i) el indispensable rigor sobre la idoneidad para adoptar, al margen de la mera consideración sobre la inclinación sexual de los adoptantes; y se dote a las autoridades públicas competentes de los recursos necesarios para cumplir cabalmente su tarea de realizar un seguimiento técnicamente riguroso durante un período prudencial posterior a la entrega del niño o la niña a sus adoptantes.

II. DEL DERECHO DE IGUALDAD Y LA ADOPCION POR PARTE DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

Creo necesario hacer estas precisiones.

Es cierto que el derecho de igualdad de la persona humana es uno de los derechos fundantes del Estado colombiano. En virtud de él las parejas del mismo sexo no pueden ser discriminadas en su derecho de vida en común y los derechos que emanan de ella. Además, ese bloque de protección constitucional fluye de otros postulados tales como el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la diversidad y a la pluralidad cultural, la prohibición de discriminación, el respeto a la autonomía individual y la convivencia social.

Además, con arreglo a la conceptualización constitucional de la familia, al constituirse ésta por la decisión de un hombre y una mujer o por la voluntad responsable de conformarla, emerge de esta última expresión, el reconocimiento a las parejas del mismo sexo del derecho de constituir una familia. Debe reconocerse que la fuente de ese derecho es la misma carta fundamental.

No obstante, por las razones expuestas en la ponencia, del derecho de las parejas del mismo sexo de constituir una familia, no se colige de manera inexorable o automática, el derecho de adoptar en idénticas condiciones existentes para las parejas heterosexuales, y aunque ello no está constitucionalmente prohibido, es algo que la constitución reserva al legislador, que dentro de su amplia libertad de configuración en estas materias puede excluir como adoptantes a las parejas del mismo sexo o consagrar la adopción homo parental.

Nótese que a diferencia de los derechos que emergen del derecho de igualdad de homosexuales y lesbianas, a no ser discriminados en sus derechos de pareja, fruto de la protección a una relación de carácter horizontal, en tratándose de la adopción se trata de una relación de carácter vertical donde

interviene otro protagonista: el menor, quien tiene derechos preferentes, que inexorablemente deben ser reconocidos por todo el ordenamiento jurídico por encima de los derechos de las parejas del mismo sexo a constituir familia.

De manera que al hacer el test de igualdad, para efectos de determinar si por no permitir el legislador actual la posibilidad de la adopción homo parental se viola la carta política, es imposible constitucionalmente escindir el análisis del interés superior del niño, de su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella, porque conforme al artículo 44 de la Constitución los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de las parejas heterosexuales y homosexuales, en consecuencia el derecho de igualdad está inextricablemente ligado al interés superior del menor y a la protección de sus derechos fundamentales.

Por tanto, a diferencia del hoy innegable derecho de las parejas a constituir una familia, donde existe una habilitación constitucional directa para admitirlo, **el tema de la adopción es de indiscutible reserva legal**. Es difícil encontrar en la Constitución Política un precepto que haga tanta remisión expresa a las potestades del legislador como el artículo 42 cuando pone en cabeza del Congreso de la República la regulación de la figura de la adopción y otros temas derivados de la familia, así: (i) “**La ley** podrá determinar el patrimonio familiar inembargable e inalienable”; (ii) “cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a **la ley**”; (iii) “**La ley** reglamentará la **progenitura responsable**”; (iv) “Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, **se rigen por la ley** civil; (v) “los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a **la ley civil**”; (vi) “También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos **que establezca la ley**; (vii) **La ley** determinará lo relativo al **estado civil de las personas** y los consiguientes derechos y deberes.

No queda duda entonces que la voluntad inequívoca del constituyente fue la de deferir al Congreso los temas fundamentales atinentes a la familia, y dentro de ellos por supuesto la adopción, dentro del respeto a los principios y normas constitucionales, pero con indiscutible libertad de configuración del órgano democrático por excelencia para regular la materia. Es así entonces como el Congreso al expedir las normas demandadas dispuso quiénes pueden adoptar, y podía hacerlo también con los otros temas vinculados con la adopción, como el estado civil de las personas.

III. LA CASI TOTALIDAD DE LOS POCOS PAÍSES QUE HAN PERMITIDO LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL LO HAN HECHO POR LEY DEL CONGRESO Y NO POR DECISIÓN DE AUTORIDADES JURISDICCIONALES

Obsérvese que el derecho de adopción por parejas del mismo sexo es reciente; los países que lo adoptaron primero fueron (Holanda, Noruega y Suecia, en los años 2001, 2002 y 2003 respectivamente) pero la extensión se produjo fundamentalmente hace solo diez años a partir de su institucionalización en el Reino Unido y España (2005). En todos los países, fue el órgano legislativo quien lo consagró. Solo Brasil y Sudáfrica lo hicieron primero por decisiones judiciales, pero en ambos casos ocurrió posteriormente su refrendación por el congreso y por el parlamento, respectivamente. No todos los países lo han adoptado para la totalidad de su territorio porque hay países con organización federativa, en los cuales ha sido instituido solo por algunos Estados (Estados Unidos y México). Además, no todos los países han acogido la posibilidad de adopción homo parental integral, algunos como Alemania, solo la permiten, como actualmente Colombia, únicamente cuando la adopción por parejas homosexuales se permite tratándose de la pareja del mismo sexo del padre o madre biológico del adoptado.

IV. LA CORTE HA CONSIDERADO QUE MATERIAS SIMILARES A LA PRESENTE SON COMPETENCIA DEL LEGISLADOR

No se puede perder de vista que con arreglo al artículo 152 de la Constitución Política la regulación de los derechos fundamentales de las personas es materia de Ley estatutaria y conforme al artículo 44 *ibidem* es derecho **fundamental** del niño tener una familia y no ser separado de ella, por lo que los titulares de la **medida de protección** de la adopción deben ser definidos por el legislador, como lo hace la normativa legal actual o como lo puede hacer otra que la sustituya.

Ha precisado la Corte:

“El matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferirle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias cuidadosamente enunciadas, todo en forma tal que solo cabe apuntar que en este caso “la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución” [129].

Igualmente en esa sentencia agregó la Corte:

*“En concordancia con lo que se acaba de advertir, la decisión acerca de la opción que está llamada a garantizar la existencia de la posibilidad de optar en el caso de las parejas homosexuales decididas a conformar familia y su desarrollo concreto **no le atañe a la Corte Constitucional, sino al Congreso de la República**, entre otras razones, porque fuera de ser el foro democrático por excelencia, además de la faceta de derechos, la familia es la institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y su trascendencia social impone*

su protección mediante medidas que el órgano representativo está llamado a adoptar, con límites que pueden provenir del componente de derechos inherente a la familia o a sus miembros individualmente considerados.”

Y también advirtió la Corte en ese trascendental pronunciamiento:

“En este orden de ideas, la decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica “la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo” y, por ello, la Corte Constitucional “no puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social” [141].

De las precedentes consideraciones, y en especial de los datos provenientes del derecho comparado, se desprende que el legislador tiene un amplio abanico de alternativas para regular lo concerniente a la institución contractual llamada a remediar el déficit de protección de las parejas homosexuales y que, por lo mismo, no le atañe a la Corte determinar cuál es esa específica institución, con qué alcance debe ser diseñada y mucho menos valerse de la analogía para procurar unas asimilaciones totales que anularían las competencias del Congreso de la República y le restarían legitimidad a esta sentencia.

Al legislador atañe, entonces, determinar la manera como se pueda formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él y, por lo tanto, la Corte entiende que al órgano representativo le está reservada la libertad para asignarle la denominación que estime apropiada para ese vínculo, así como para definir su alcance, en el entendimiento de que, más que el nombre, lo que interesa son las especificidades que identifiquen los derechos y las obligaciones propias de dicha relación jurídica y la manera como esta se formaliza y perfecciona.

En un panorama en el cual la homosexualidad se ha tornado más visible y goza de mayor aceptación, las reivindicaciones deben ventilarse no solo ante la Corte Constitucional, sino adicional y primordialmente ante el Congreso de la República, en cuyo seno, según la dinámica de la política, las minorías pueden aliarse a la representación de otros partidos y movimientos para configurar, permanentemente o en relación con un tema, una coalición mayoritaria capaz de sacar adelante proyectos en los que tenga interés un grupo o sector, así sea minoritario.

Como lo expresaron los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, en aclaración de voto a la Sentencia C-098 de 1996, “se abre un espacio de controversia y reivindicación de pretensiones de justicia, que deben tramitarse en el foro público de la democracia”, sin que pueda esperarse “que el expediente fácil de una interpretación analógica, sustituya

lo que debe ser fruto de una decidida y valerosa lucha política”.”

De la sentencia transcrita emerge que para la Corte Constitucional hay un mandato constitucional de reservar al legislador “*lo relativo a la familia y al matrimonio*”, lo cual comporta en el cumplimiento de su función constitucional (según la propia expresión de la sentencia de la Corte), no solo defender una competencia del Congreso, sino que esa defensa impide que cualquier otro poder de Estado desconozca tal atribución legislativa y en consecuencia, por su propia autolimitación del órgano guardián de la Constitución, la Corte Constitucional no está facultada para ordenar “*una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social*”. Pero la Corte no extrajo esa contundente conclusión simplemente de los preceptos constitucionales aplicables, sino también *del derecho comparado*, y fue así como coligió que el legislador cuenta con un amplio abanico de alternativas para regular la institución contractual llamada a remediar el déficit de protección de las parejas homosexuales e insistió con énfasis indiscutible que no le compete a la Corte determinar “*cuál es esa específica institución, con qué alcance debe ser diseñada y mucho menos valerse de la analogía para procurar unas asimilaciones totales que anularían las competencias del Congreso de la República y le restarían legitimidad a esta sentencia.*”

Por manera que si conforme al claro pronunciamiento de esta Corporación, ni siquiera puede la Corte decidir esas materias, no obstante que la Constitución se encarga de conceptualizar la familia (artículo 42), **mucho menos le sería dable constitucionalmente a la Corte Constitucional, admitir la adopción conjunta homo parental, sin que previamente el legislador se haya pronunciado sobre el tema.**

V. EXHORTACIONES AL CONGRESO REALIZADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA QUE LEGISLE SOBRE TEMAS RELACIONADOS CON DERECHOS FUNDAMENTALES.

Interesa resaltar que son varias las sentencias en las que la Corte, de cara a situaciones constitucionales semejantes a la examinada en este juicio de control abstracto, determinó exhortar al Congreso para que legislara sobre la materia, como se explica a continuación:

1. Sentencia C-473 /94:

La Corte declaró exequible el inciso primero del artículo 430 del código laboral, el literal a) del artículo 450 ibidem y exhortó al Congreso para que regulara la huelga en los servicios públicos esenciales en un tiempo razonable con fundamento en que:

- a. No hay una normatividad post-constituyente y sistemática sobre el tema.

- b. La Constitución dispuso en el artículo 56 que el Legislador tiene el poder y el deber de definir los servicios públicos esenciales en los cuales no está garantizada la huelga.
- c. El exhorto no es un desbordamiento de la competencia de la Corte, sino que tiene como fin guardar la integridad y supremacía de la Constitución.
- d. La Corte se abstuvo de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales por respeto a la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo.

2. Sentencia C-016/04:

La Corte declaró exequible la expresión cónyuge del artículo 233 de la Ley 599 de 2000, declaró la existencia de una omisión legislativa en el tipo inasistencia alimentaria y exhortó al Congreso para que adicione el tipo para adecuarlo a la Constitución teniendo en cuenta que:

- a. El congreso tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas.
- b. La Corte no puede en sus fallos imponer el modelo de política criminal que ha de seguir el Estado pues solo está habilitada para controvertir el criterio político – criminal del legislador de cara a la Constitución.
- c. La Corte no puede declarar inexecutable la expresión “cónyuge” acusada, ya que fungiría ilegalmente como un simple legislador negativo.
- d. La Corte no puede proferir una sentencia integradora en el sentido de ampliar la norma a los compañeros permanentes, ya que en materia penal dicho tipo de sentencia puede llegar a desconocer el principio de legalidad que exige que todos los elementos del tipo penal sean establecidos por el legislador.
- e. La Corte no puede declarar exequible de forma condicional la norma acusada en razón a que ello significaría la introducción o elaboración de elementos estructurantes del tipo penal, lo cual está sujeto a estricta reserva legal.

3. Sentencia C-684/09:

La Corte declaró inexecutable la expresión del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 y exhortó al Congreso para revisar y decidir si es necesario regular el procedimiento de investigación y juzgamiento de los adolescentes sorprendidos en flagrancia, considerando que:

- a. La declaratoria de inexecutable de la citada norma no crea una laguna normativa ya que es posible acudir al procedimiento penal vigente para los casos de adolescentes sorprendidos en flagrancia, no obstante se exhorta al Congreso para que en virtud de los principios de especificidad y diferenciación analice si es necesario expedir una norma específica.

4. Sentencia C-728/09:

La Corte declaró exequible el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, y exhortó al congreso para que regule la objeción de conciencia frente al servicio militar definiendo las condiciones de procedencia del derecho, así como las alternativas que quepa ofrecer a los objetores para que tengan la opción de cumplir con su deber constitucional para con la patria sin tener que desconocer sus convicciones o creencias religiosas, teniendo en cuenta que:

- a. La Corte acude a los exhortos al legislador para que en un plazo razonable expida la legislación que se echa de menos a la luz de los mandatos constitucionales.
- b. La declaratoria de inexecutable de una disposición podría comportar un efecto lesivo de la constitución por el vacío normativo, razón por la cual se realiza un exhorto al legislador para que adopte medidas que suplan la regulación que se declara inexecutable.

5. Sentencia C-577/11:

La Corte exhortó al Congreso para que antes del 20 de junio de 2013 legisle **sobre los derechos de las parejas del mismo sexo**, señalando que en caso contrario dichas parejas podrán acudir ante notario o juez a formalizar y solemnizar su vínculo contractual, teniendo en cuenta lo siguiente:

- a. Las parejas del mismo sexo deben contar con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho, **y como quiera que es el legislador a quien le corresponde regularlo se hace necesario el exhorto al Congreso.**
- b. No es viable declarar la inexecutable ya que es una materia de gran importancia y puede generar afectaciones.

6. Sentencia C-489/12:

La Ley 1454 de 2011 omitió la regulación sobre las regiones como entidades territoriales y las entidades territoriales indígenas. La Corte no es competente para realizar el juicio de constitucionalidad solicitado y por ende se **declaró inhibida** para fallar con relación a este cargo.

No obstante y debido a que existe un deber constitucional incumplido por parte del legislador se exhortó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que regulen lo concerniente a las regiones como entidades territoriales y expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas.

7. Sentencia C-1053/12:

En virtud del principio democrático la Corte no es competente para definir la composición específica del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Adoptar una decisión sobre el número de miembros que representen a los ex docentes pensionados podría tener consecuencias complejas en el funcionamiento de este organismo, pues si se agregan miembros podrían afectarse las mayorías determinadas por el legislador, lo cual debe ser decidido por el Congreso de la República.

Dado el déficit de protección, los ex docentes pensionados deberán tener una representación con voto en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, para lo cual se exhortó al Congreso de la República con el fin de que regule la composición del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales incluyendo al menos un representante de los ex docentes pensionados designado por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de los mismos.

9. Sentencia C-511/13:

Se exhortó al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración normativa y cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución Política.

La Corte insistió que las normas de policía aún vigentes no se acoplan con los actuales fenómenos que décadas atrás se pretendía regular, tornando imperativo que el legislador, dentro de sus competencias, las adecue al paradigma constitucional vigente

10. Sentencia C-792/14:

La Corte analizó y evaluó el diseño legislativo del proceso penal. Dentro de esta exploración se encontró que las sentencias que imponen una condena por primera vez en la segunda instancia, no son susceptibles de ser controvertidas mediante el recurso de apelación, sino únicamente mediante el recurso extraordinario de casación, la acción de tutela contra providencias judiciales, y la acción de revisión.

Consideró que la legislación adolece de una omisión normativa inconstitucional, por no prever un sistema recursivo que permita ejercer el derecho constitucional a la impugnación, como esta falencia se proyecta en todo el proceso penal, la Corte: (i) declaró la inconstitucionalidad de los preceptos demandados en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; (ii) declaró la exequibilidad de la normativa anterior en su contenido positivo; (iii) y exhortó al Congreso para que en el término de un año, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que, en el marco de proceso penal, imponen una condena por primera vez, (iv) dispuso que en caso de que el legislador incumpla este deber, se entenderá que procede

la impugnación de los fallos anteriores ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

VI. CONCLUSIÓN

Es imperioso insistir en que el artículo 44 de la Carta Fundamental, incluye dentro de los derechos fundamentales del niño, el derecho a la libre expresión de su opinión, además de la clara prevalencia de sus derechos sobre los de los demás -incluso los de grupos históricamente discriminados-, el respeto y garantía sobre los derechos de los menores no solo encuentra respaldo en el referido mandato constitucional, sino que se relaciona ampliamente con el respeto de la dignidad y su posición frente a la familia. En anteriores ocasiones, esta Corporación lo ha esbozado, en la Sentencia C-131 de 2014 sobre la relación del niño con la familia, y su derecho a no ser separado, y sobre algunos casos de distanciamientos involuntarios, asimismo, en la Sentencia T-012 de 2012 destacó la importancia del menor en la familia.

En consecuencia, estimo que **en presencia de indiscutibles derechos prevalentes, la resolución del problema de igualdad entre las parejas del mismo sexo no es asunto de simple equiparación de derechos**, como se explicó con anterioridad, sino que exige la inescindible definición previa por parte del órgano constitucional competente de cuál es ese interés prevalente del menor, en cumplimiento del principio de respeto a las potestades del órgano democrático por excelencia, ya que la Corte en aras de la noble labor de disminuir o erradicar un trato legal diferenciado en cabeza de las uniones del mismo sexo, está obligada a cumplir el mandato constitucional que le impone la norma Superior, de consultar prioritariamente los derechos de los menores y de acatar la clara competencia que le confiere la Constitución al Congreso, por lo que reafirmo la **imperiosa necesidad democrática de que sea en ese escenario donde se debata ampliamente y se legisle sobre los temas de esenciales de la familia**, y entre ellos, como es obvio, sobre las modalidades de adopción y sus efectos en la familia, núcleo esencial de la sociedad.

Por todo lo expuesto considero que las bases de la organización y funcionamiento del Estado así como los pilares de la organización social deben ser definidos previamente por el legislador, pues según nuestro ordenamiento constitucional, tienen reserva constitucional y legal y por ende corresponde en principio al constituyente y a la ley su regulación. La familia es la institución básica de la sociedad en los términos del artículo 5° de la Constitución, y la adopción es una medida de protección de la familia. En especial el estado civil de las personas es atribución legislativa y la adopción está íntimamente ligada al tema. La definición de quiénes son adoptantes es un asunto de la mayor importancia social y en ella está involucrada toda la sociedad y desde luego comprometidos los derechos fundamentales de los niños y el interés superior del menor, por lo que **no cabe duda que es materia reservada al legislador**.

Todas las consideraciones anteriores me llevaron a proponer a la Sala Plena que se exhortara al Congreso para que legislara prontamente sobre la materia de la adopción homo parental, exhortación que seguramente hubiera dado certidumbre sobre este asunto de la mayor importancia para las parejas del mismo sexo y ante todo para los intereses superiores de los niños y para la defensa de sus derechos fundamentales, derechos que constitucionalmente tienen carácter de **prevalentes**, con todas las consecuencias que ello implica, por lo que la Corte no puede sustituir al legislador en estos temas y menos tratándose de la adopción que no es un derecho sino una medida de protección en interés superior del menor.

JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA
Conjuez

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LAS MAGISTRADAS
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA,
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Y
EL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
A LA SENTENCIA C-071 de 2015**

ADOPCION CONJUNTA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO- Discriminación ostensible fundada en orientación sexual, sexo y origen familiar (Salvamento parcial de voto)

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE PADRE O MADRE E HIJO Y ADOPCION CONJUNTA POR COMPAÑEROS PERMANENTES-Cosa juzgada relativa y explícita (Salvamento parcial de voto)

ADOPCION POR CONYUGE O COMPAÑERO PERMANENTE- Preceptos demandados no excluyen a parejas del mismo sexo para adoptar conjuntamente (Salvamento parcial de voto)/**ADOPCION CONJUNTA POR COMPAÑEROS PERMANENTES-**Precepto incluyente y abierto que no establece ninguna restricción en términos de orientación sexual o del sexo de integrantes de la pareja (Salvamento parcial de voto)

PROTECCION DE MENORES DE EDAD EN SITUACION DE ADOPTABILIDAD-Derecho a tener una familia y a gozar de un entorno que le garantice su desarrollo integral, seguro y afectivo (Salvamento parcial de voto)/**PRINCIPIO DE IGUALDAD-**Adopción por parejas del mismo sexo (Salvamento parcial de voto)

ADOPCION POR PAREJAS DEL MISMO SEXO-Exequibilidad pura y simple tiene sentidos opuestos e incompatibles (Salvamento parcial de voto)/**ADOPCION CONJUNTA DE FAMILIAS HOMOPARENTALES-**En la medida en que no haya certidumbre cualquier decisión se convierte en materia de litigio sacrificando la seguridad, tranquilidad y confianza de integrantes de dichas uniones familiares (Salvamento parcial de voto)

TEST ESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD-Metodología de control constitucional para regulaciones que emplean criterios sospechosos de diferenciación como sexo, orientación sexual u origen familiar (Salvamento parcial de voto)

ADOPCION CONJUNTA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO Y PRINCIPIO PRO PERSONA-Debía interpretarse en el sentido que mejor protegiera derechos fundamentales si en gracia de discusión existía ambigüedad en la ley (Salvamento parcial de voto)

IGUALDAD ENTRE TODAS LAS FORMAS DE FAMILIA-
Protección constitucional (Salvamento parcial de voto)

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 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”.

Accionante: Diego Andrés Prada Vargas

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Discrepamos, con el debido respeto, de la decisión que tomó la mayoría de la Sala Plena sobre la constitucionalidad de las normas legales que consagran la adopción conjunta por familias conformadas por parejas del mismo sexo. Consideramos que este fallo constituye una discriminación ostensible de quienes integran estas familias, fundada en la orientación sexual, el sexo y el origen familiar. Por lo mismo, resolvimos salvar parcialmente el voto.

1. Antes de exponer nuestras discrepancias es necesario precisar, como lo hicimos en la aclaración de voto a esta misma sentencia, que coincidimos con la Sala Plena en cuanto circunscribió su pronunciamiento en este caso únicamente a dos puntos: (i) supuesta violación del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, en relación con las conformadas por personas de sexo distinto; y (ii) presunta vulneración del derecho de estas parejas a tener una familia, consagrado en los preceptos pertinentes del artículo 42 de la Constitución. Las normas acusadas, y declaradas exequibles en el numeral primero de esta decisión, no están entonces amparadas por cosa juzgada absoluta, sino relativa y explícita, pues la Corte de forma expresa y clara delimitó su juicio a esos cargos. Destacamos entonces que la constitucionalidad de las disposiciones indicadas a la luz de las restantes previsiones de la Carta es asunto que puede ser objeto de pronunciamientos futuros, dentro de los márgenes del artículo 241 Superior. En ese aspecto no discrepamos por tanto de la resolución mayoritaria.

2. También estamos de acuerdo con la mayoría en que las disposiciones acusadas no podían declararse inexecutable, aunque por motivos distintos. A nuestro juicio, los preceptos demandados no excluyen a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar conjuntamente. El texto del artículo 68 numeral 3° del Código de la Infancia y la Adolescencia es incluyente y abierto en ese aspecto, pues prevé que pueden adoptar de forma conjunta “*los*

compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por los menos dos años”. No establece, como se ve, ninguna restricción en términos de orientación sexual o del sexo de los integrantes de la pareja. Ninguna otra disposición legal vigente los excluye por otra parte de esa posibilidad. El examen de los antecedentes legislativos no conduce a una conclusión opuesta, pues simplemente muestra que hubo un debate, en el cual algunos parlamentarios pretendían no incluir a estas parejas en la clase de adoptantes, mientras que otros tenían opiniones distintas. Los antecedentes se limitan a reafirmar que solo se llegó a un *acuerdo en torno al texto*, el cual deja –como se dijo- abierta la respuesta a la pregunta por la inclusión o la exclusión de las parejas del mismo sexo en el grupo de habilitados para adoptar. El carácter inclusivo de esta regulación se advierte por contraste con la prevista antes, en el Código del Menor, en la cual se decía explícitamente que podían adoptar los cónyuges o “[l]a pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”.

3. En la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia no hubo entonces consenso en torno a excluir a estas parejas –en el tenor literal de la ley- de la posibilidad de adoptar de forma conjunta, como sí lo estaban clara y explícitamente en la legislación anterior –Código del Menor. Por tanto, si bien las parejas del mismo sexo no están expresamente mencionadas dentro del régimen legal de la adopción, tampoco fueron excluidas de forma explícita del grupo de compañeros permanentes habilitados para adoptar. En cualquier caso, por lo demás, el juez constitucional está en la obligación de hacer un examen estructural de la finalidad de la norma demandada. La adopción es una medida de restablecimiento de derechos por medio de la cual se busca darle una familia a quien no la tiene. Hacia el futuro, la Corte debería entonces evaluar esta finalidad de las disposiciones legales examinadas para atribuirles un entendimiento plausible. Por tanto, debe interpretarse la ley en el sentido que maximice la protección de los derechos de los menores de edad en situación de adoptabilidad y, particularmente, su derecho a tener una familia y a gozar de un entorno que le garantice su desarrollo integral, seguro y afectivo. Con fundamento en estas razones, en virtud del principio de igualdad ante la ley, que impide hacer distinciones entre personas donde el legislador no las ha hecho, la regulación legislativa puede considerarse que incluye como uno de sus sentidos posibles la adopción por estas parejas. De tal suerte, la Corte no podía declarar inexecutable las disposiciones demandadas.

4. Ahora bien, lo que motiva la presente disidencia es que la Corte haya sostenido asertivamente que “*el régimen legal vigente no contempla la adopción por parejas del mismo sexo*”, sin aclarar del todo qué implicaciones legislativas tendría esta aserción, y que luego haya declarado ese régimen pura y simplemente executable. En efecto, en primer lugar, la mayoría no fue clara en torno a si este entendimiento de la ley implica entonces que en el marco legal las parejas del mismo sexo no pueden adoptar conjuntamente, o si lo que significa es que de acuerdo con una interpretación no pueden hacerlo –como lo sugiere un *obiter dicta* de la sentencia SU-617 de 2014- pero de

conformidad con otra sí. Esta falta de claridad es por sí misma objetable, desde el punto de vista de la aplicación de la ley, pues no parece entonces posible definir si la administración y la justicia obran dentro del orden legal cuando niegan o aceptan una solicitud de adopción por parejas constituidas por personas del mismo sexo. Pero además resulta insatisfactoria cuando se trata de definir la plausibilidad de la decisión de exequibilidad pura y simple que tomó la mayoría. Si pretendía aducir que la ley es ambigua, y que en uno de sus sentidos impide la adopción de las familias homoparentales, pero que en otro la admite, entonces no podía dejar la norma pura y simplemente exequible, toda vez que la falta de certeza en torno a cuál de los dos sentidos es constitucional atentaría contra la estabilidad familiar. En cambio, si buscaba sostener que el único sentido legalmente posible de la ley les impide a las parejas del mismo sexo adoptar conjuntamente, entonces la Corte no solo restringió irrazonablemente el marco legal, sino que además convalidó injustificadamente esa restricción con una exequibilidad sin condicionamientos.

5. En efecto, la mayoría de la Sala Plena sostiene al examinar la aptitud de los cargos que “*en la legislación no se encuentra prevista la adopción por parejas integradas por personas del mismo sexo. Es decir, para la Sala, el régimen legal vigente no contempla la adopción por parejas del mismo sexo*”. Esta afirmación, aunque no es clara en sus alcances, podría entenderse en concordancia con un *obiter dicta* de la sentencia SU-617 de 2014; es decir, en el sentido de que es posible interpretar la ley tanto de un modo que admita la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, como de otro que les limite esa posibilidad. Si este era el alcance de la afirmación de la Sala, entonces naturalmente ha debido condicionar la exequibilidad de las normas acusadas. Una decisión de exequibilidad pura y simple, en un contexto en el cual la ley que regula la adopción tiene sentidos opuestos e incompatibles (uno que admite la adopción por parejas del mismo sexo, y otro que la niega), abre un notorio umbral de riesgo para la certeza jurídica y la estabilidad familiar no solo de los integrantes de la pareja, sino también y especialmente de los niños en situación de adoptabilidad y de los ya dados en adopción. En la medida en que no haya certidumbre en torno a si las familias homoparentales pueden adoptar conjuntamente bajo el orden constitucional, cualquier decisión a este respecto se convierte en una materia litigiosa, con un alto sacrificio para la seguridad, tranquilidad y confianza de las parejas y de los niños que integran dichas uniones familiares. Por tanto, incluso si este era el entendimiento de la mayoría, la decisión debía ser de exequibilidad condicionada.

6. Si, en contraste, esa aseveración de la Sala implica negarles a las familias homoparentales la posibilidad de adoptar conjuntamente, entonces habría un doble problema, en el entendimiento de las competencias de esta Corte y en la interpretación de los derechos constitucionales. Primero, no le correspondía a esta Corporación delimitar autoritativamente, al margen del juicio de constitucionalidad y con plena conciencia de sus efectos, el sentido de una ley amplia y comprehensiva sobre adopción, mucho menos para reducirlo a una interpretación única y excluyente. La Corte puede ciertamente circunscribir el

campo de aplicación de una norma legal, cuando uno o más de sus sentidos contraría el marco constitucional. Pero no es posible que antes de confrontar la norma de rango legal con el ordenamiento superior, y en vista de la objetiva diversidad de sentidos de una ley, se decante por el que considera más conveniente, y que a su turno es el más adverso a los derechos fundamentales. La interpretación de la ley en el sentido de que es neutra al sexo y a la orientación sexual es una conclusión que se infiere directamente del texto, y no está desvirtuada definitivamente por ningún argumento de interpretación jurídica aceptable, ya que los debates parlamentarios no son concluyentes en torno a la exclusión de estas parejas de la clase de adoptantes. Por tanto, la Corte no debía negar que ese fuera un entendimiento posible del marco legal.

7. Pero más problemático aún es que, además, la Sala considere ese sentido de la ley como pura y simplemente executable. Una decisión así, resulta abiertamente discriminatoria ya que admite que el legislador puede excluir a las parejas del mismo sexo, por el solo hecho de ser lo que son, de la posibilidad de adoptar conjuntamente, sin ofrecer razones claras y específicas para ese tratamiento diferenciado. Por otra parte, esta decisión implica que una regulación excluyente de la adopción sería además respetuosa del derecho de las parejas del mismo sexo a tener una familia y a decidir libre y responsablemente el número de hijos (CP art 42), a pesar de que objetivamente estas familias verían restringida su libertad en la conformación de su núcleo familiar, al experimentar una limitación en sus opciones institucionales de adopción. Esta conclusión es, como se observa, contraria a la evidencia. Si fuera cierto que la ley excluye o permite excluir a las parejas del mismo sexo de la adopción conjunta, ese tratamiento se fundaría en el sexo o la orientación sexual de quienes conforman la familia, y estaría entonces edificado sobre un criterio sospecho a la luz de la Constitución (CP art 13). Por lo tanto, la medida ameritaría un escrutinio estricto de constitucionalidad, que objetivamente no podría superar. De un lado, una regulación de esa naturaleza no perseguiría un fin imperioso, pues su propósito sería discriminar a estas parejas por su sexo u orientación sexual. Incluso si se acepta que su finalidad es proteger el interés superior de los niños, como se invocó en el debate, la medida así considerada sería inidónea, pues no prestaría ninguna contribución positiva probada a la satisfacción de ese fin. En este proceso no se aportó ninguna prueba que demuestre que la adopción por parejas del mismo sexo suponga por sí misma, y al margen de ulteriores características de quienes las conforman, una amenaza para los derechos de los niños. Por lo mismo, excluir a estas parejas del grupo de adoptantes no es en modo alguno una forma de proteger a la población en situación de adoptabilidad, y es una medida irrazonable.

8. Los suscritos magistrados advertimos entonces que en este caso no es que se hubiese declarado executable una ley claramente discriminatoria, como hoy puede decirse que ocurrió en la sentencia C-814 de 2001.²³⁹ Lo que hizo la Corte en esta oportunidad va mucho más allá. La mayoría de la Sala Plena

²³⁹ Sentencia C-814 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra. AV y SV Jaime Araújo Rentería. SV Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett).

tomó una ley sobre adopción -que por su texto, su contexto normativo y su historia admitía una lectura igualitaria, en virtud de la cual las parejas del mismo sexo podrían adoptar conjuntamente-, la interpretó en un sentido contrario al texto y sin sustento claro en los demás cánones de interpretación jurídica, para sostener que las parejas del mismo sexo no pueden según la ley adoptar de forma conjunta, y luego reafirmó la validez de esa delimitación hermenéutica por la vía de declarar la exequibilidad pura y simple de los preceptos controlados. Esta decisión se tomó además sin someter las normas controladas a un test estricto de constitucionalidad, a pesar de que según la jurisprudencia clara y pacífica de esta Corte es la metodología indicada de control constitucional para regulaciones que emplean criterios sospechosos de diferenciación –como el sexo, la orientación sexual o el origen familiar (CP art 13)-. De nuevo ocurre en esta materia, como aconteció en la sentencia C-886 de 2010, que los ciudadanos acuden a la Corte Constitucional para obtener la protección necesaria de su derecho a la igualdad, pero es esta misma Corporación la que los discrimina.²⁴⁰

9. Cuando por una decisión legislativa se discrimina a una minoría históricamente desprotegida, aún queda la justicia constitucional como última defensa institucional de sus derechos fundamentales. Pero cuando no es la ley, sino la propia justicia constitucional la que introduce una discriminación allí donde antes había un umbral para garantizar la igual dignidad de todos los seres humanos, ¿qué instancia tienen las minorías para reivindicar sus derechos constitucionales? Esta decisión de la Corte incorpora al régimen jurídico de adopción una distinción que el legislador no hizo clara y expresa. En virtud del principio *pro persona*, si en gracia de discusión existía una ambigüedad en la ley, debía interpretarse en el sentido que mejor protegiera los derechos fundamentales. Este razonamiento, que es el típico modo de proceder de la jurisprudencia constitucional, se abandonó en esta ocasión, en la cual prevalecieron consideraciones distintas a la defensa de la Carta de derechos.

10. El proyecto constitucional de 1991 está comprometido con la igualdad entre todas las formas de familia (CP art 42). Por ese motivo, cualquier diferencia de trato entre ellas, y mucho más si se funda en criterios sospechosos como el sexo, la orientación sexual o su origen, debe ser controlada con el mayor celo. Cuando el juez que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución hace un escrutinio híper débil de las leyes que tratan de forma diferente a distintas opciones de conformación familiar, pone en peligro los derechos no solo de las minorías a que pertenecen

²⁴⁰ Sentencia C-886 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo. SV María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva). En el salvamento de voto conjunto se sostuvo que: “La Corte Constitucional, en la sentencia C-886 de 2010, desconoció el dolor y el sufrimiento que implica para las personas el que se les impida construir su relación amorosa y afectiva con el debido respeto y reconocimiento. Desconoció los cambios que se han suscitado en la institución de la familia. Las historias de vida de las personas del mismo sexo que se sienten condenadas a ser tratadas como personas ‘distintas’ y que reciben un trato excluyente, no encuentra justificación razonable bajo el orden constitucional vigente. || Los magistrados que salvamos el voto esperamos que en un futuro próximo la Corte Constitucional considere los derechos de las parejas de personas del mismo sexo, así como los cambios sociales que se han dado en la institución familiar, porque esta vez, como se dijo, vinieron por justicia y salieron discriminados”.

las parejas del mismo sexo sino potencialmente los de cualquier unidad familiar, pues entonces abre para las autoridades constituidas un espacio de discrecionalidad que la Constitución no les reconoce, en el cual pueden erosionar la igual dignidad que tienen las distintas configuraciones familiares en el orden constitucional. Pero si además de eso el control híper débil se extiende hacia diferenciaciones regulatorias fundadas en criterios sospechosos como el sexo, la orientación sexual o el origen familiar, entonces deja también expuestas las familias a discriminaciones basadas en la raza, el origen nacional, la lengua, la opinión política o filosófica, que son también criterios de diferenciación en principio prohibidos por el derecho fundamental a la igualdad (CP art 13).

11. Hace más de un siglo, en 1896, en otro contexto una Corte encargada de garantizar la supremacía de una Constitución que reconocía también el derecho a la igual dignidad y libertad de todos los seres humanos, convalidó una práctica de segregación racial en el transporte.²⁴¹ Uno de sus integrantes discrepó de esa decisión, y la comparó con otra que había tomado también esa misma Corte, en la cual declaró que los esclavos descendientes de africanos no estaban incluidos en la palabra “*ciudadanos*”, prevista en la Constitución, por lo cual se los privaba de la protección constitucional que merecían.²⁴² Se preguntaba entonces por qué, si la segregación en el transporte no implicaba una violación de la igualdad de todos los seres humanos, no era posible usar ese mismo criterio para segregar el uso de las calles. Cuestionaba la decisión que en la época tomó la Corte a la cual pertenecía, porque con ella reforzaba el odio racial, y creaba o perpetuaba los sentimientos de desconfianza mutua entre los ciudadanos, afincando la creencia prejuiciosa de que un color de piel o un origen nacional hacía a algunos de ellos inferiores o indignos de usar los mismos bienes públicos en comunidad con los demás del mismo género humano. Ese era, según afirmó, el verdadero significado de las decisiones que había tomado su Corte.

12. Igual que el Juez disidente en la decisión sobre segregación racial, ahora advertimos que la mayoría de esta Corte, en la presente sentencia, considera que en palabras contenidas en la Constitución o en la ley, que hablan de igualdad de todas las personas y de parejas conformadas por “*compañeros permanentes*”, no caben todos los seres humanos sin distinción, pues no se incluye a quienes, por decisión o por naturaleza, aman a otra persona con quien comparten no solo su vida sino también el sexo. Con este fallo, la mayoría abre entonces un abismo profundo entre la letra de la Constitución y la realidad civil de quienes integran parejas del mismo sexo. Mientras la Constitución Política les reconoce a todas las personas –y por tanto también a las que tienen parejas del mismo sexo- el derecho a la dignidad humana; es decir, el derecho a vivir libremente, bien y sin humillaciones, la posición mayoritaria de la Sala en esta oportunidad los aleja del goce efectivo de estos

²⁴¹ Se trata de la decisión adoptada por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América en el caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

²⁴² El Juez disidente fue John Marsall Harlan, quien se refirió en su opinión a una decisión anterior de esa misma Corte en el caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

derechos. Limita injustificadamente sus opciones institucionales para conformar una familia, mediante adopción, con lo cual restringe su libertad civil; los priva de la posibilidad de tener por adopción una familia más grande, por lo que interfiere también en su derecho a vivir bien; y reafirma clasificaciones inaceptables, fundadas en el sexo o la orientación sexual, que históricamente han estado asociadas al odio, la discriminación, el desprecio y la desprotección, por lo cual deja de garantizar el derecho de un grupo de seres humanos a vivir sin humillaciones, de un modo verdaderamente digno.

13. Como en la decisión sobre segregación de hace más de un siglo, el efecto natural del fallo del cual discrepamos es reforzar y profundizar clasificaciones odiosas entre las personas, que durante siglos han sido utilizadas para marcar a algunas de ellas como inferiores o subordinadas, e imprimirles el carácter de canon válido para determinar el acceso a las instituciones jurídicas. Pues, qué otras consecuencias puede tener una decisión judicial de control abstracto de constitucionalidad, según la cual el derecho a la igualdad puede armonizarse con la exclusión automática de un grupo históricamente discriminado de una institución del derecho civil, que el de reforzar los prejuicios que lo han afectado. Qué otro efecto podría desencadenar un fallo de una Corte Constitucional que asume que las parejas del mismo sexo no pueden adoptar que nutrir precisamente los estereotipos en que se fundamenta la negación de sus opciones de vida, y que ha sido la causa de abusos en los espacios públicos, de acoso en las instituciones escolares, de desprotección en el orden legal, y motivo de expulsión de sus familias y hogares. Este es el verdadero significado de la decisión que tomó la mayoría de la Corte, en el numeral primero de la parte resolutive de esta sentencia. Por fortuna su cosa juzgada relativa no impide que en el futuro la Corte salvaguarde la Carta de derechos, cuando controle de nuevo esta regulación, a la luz de otros principios aún no considerados.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LAS MAGISTRADAS
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA,
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Y
EL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
A LA SENTENCIA C-071/15**

ADOPCION CONSENTIDA DE PAREJAS DEL MISMO SEXO DE HIJO BIOLÓGICO DE COMPAÑERO O COMPAÑERA PERMANENTE-Alcance del condicionamiento (Aclaración de voto)

ADOPCION CONSENTIDA DE PAREJAS DEL MISMO SEXO DE HIJO BIOLÓGICO DE COMPAÑERO O COMPAÑERA PERMANENTE-Condicionamiento garantiza derecho de miembros del grupo familiar ya existente a recibir sin discriminación la protección de lazos familiares e igual dignidad (Aclaración de voto)

ADOPCION CONSENTIDA DE PAREJAS DEL MISMO SEXO-No podía darse tratamiento diferenciado al carácter biológico o no biológico del hijo de uno de los miembros de la familia (Aclaración de voto)

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Derecho a no ser discriminadas por su sexo u orientación sexual para adopción consentida de hijo biológico de un miembro de la pareja (Aclaración de voto)

ADOPCION CONSENTIDA DE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Derecho de todas las personas a la protección de sus lazos familiares (Aclaración de voto)

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 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”.

Accionante: Diego Andrés Prada Vargas

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Acompañamos la decisión contenida en el numeral segundo de la parte resolutoria de esta sentencia, pero aclaramos el voto para precisar el alcance que le atribuimos al condicionamiento allí previsto.

1. En este caso la Corte declaró exequibles los artículos 64 numeral 5, y 66 numeral 5 de la Ley 1098 de 2006, relativos a la adopción consentida, bajo el entendido de que los miembros de una pareja del mismo sexo pueden adoptar al hijo biológico de su compañero o compañera permanente. Coincidimos ciertamente en que dentro del orden constitucional un condicionamiento de esta naturaleza era imperativo para garantizar el derecho de todos los miembros de un grupo familiar ya existente a recibir sin discriminación la protección constitucional de sus lazos, y su igual dignidad. Además, cuando la Corte reconoce que las parejas del mismo sexo pueden, sin discriminación, adoptar al hijo biológico de uno de sus miembros, emplea la expresión “*hijo biológico*”, a nuestro juicio, en el sentido más amplio y comprehensivo posible, conforme a la Constitución; es decir, incluye a los hijos procreados por uno de los integrantes de la pareja con o sin asistencia científica. Aclaramos, no obstante, que esa determinación no implica excluir, *contrario sensu*, la posibilidad de que un integrante de estas parejas adopte por consentimiento al hijo no biológico (por ejemplo, adoptivo) de su compañera o compañera permanente.

2. En efecto, el acuerdo al cual se llegó en este caso fue fruto de un consenso en torno a que resultaba inconstitucional excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar al hijo biológico de uno de sus integrantes, conforme lo resuelto en la sentencia SU-617 de 2014. Pero no se llegó a un acuerdo acerca de la constitucionalidad de que estas parejas se vean excluidas de la adopción consentida de los hijos no biológicos de uno de sus miembros. Por nuestra parte, consideramos que no podía darse un tratamiento diferenciado en función del carácter biológico o no biológico del hijo de uno de los miembros de la familia, y por tanto que las parejas del mismo sexo no estaban excluidas por principio, en cuanto tales, de la posibilidad de sujetarse a la adopción consentida. Una decisión distinta habría dejado a la vista notorios problemas. Si bien en este caso no se confrontaron las normas acusadas con el interés superior del menor de edad, este principio se habría visto seriamente interferido. Pero además: ¿por qué a esas parejas del mismo sexo se les permite adoptar al hijo biológico, pero no al adoptivo, de uno de sus integrantes? O incluso, cuando un miembro de la pareja tiene simultáneamente un hijo biológico y otro adoptivo, ¿por qué su compañero podría adoptar al primero pero no al segundo? La Corte, como se aprecia, no habría tomado una decisión coherente si hubiera decidido no solo reconocer la adopción consentida del hijo biológico de uno de los miembros de la pareja, sino además negar esa posibilidad respecto de los hijos no biológicos de esta. La Constitución –de acuerdo con esta decisión– les reconoce a las parejas del mismo sexo el derecho a no ser discriminadas por su sexo u orientación sexual en la definición del grupo habilitado para aspirar a una adopción consentida del hijo biológico de un miembro de la pareja. Pero no les niega ese mismo derecho en cuanto a las demás modalidades de adopción.

3. Por último, es preciso señalar que en este caso la Sala Plena tomó cada decisión únicamente sobre la base de dos cargos, como aparece claramente expresado en las consideraciones del fallo. Los dos cuestionamientos fueron: (i) supuesta violación del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, en relación con las conformadas por personas de sexo distinto; y (ii) presunta vulneración del derecho de estas parejas a tener una familia, consagrado en los preceptos pertinentes del artículo 42 de la Carta. Por lo mismo, y en vista de la ineptitud de la censura por vulneración del interés superior del niño previsto en el artículo 44 de la Constitución, el presente fallo solo constituye un juicio de constitucionalidad referido a los principios antes mencionados. En consecuencia, la resolución relacionada con la adopción consentida, que suscribimos con las precisiones indicadas, se toma con fundamento en el derecho de todas las personas a la protección de sus lazos familiares, contemplado en el artículo 42 de la Constitución, y no se refiere central o principalmente a los efectos que puedan tener de modo específico las instituciones bajo control en los derechos del niño, contemplados en el artículo 44 de la Constitución. Ese asunto requeriría entonces, por su trascendencia constitucional, un cargo apto que abra por consiguiente un debate concentrado en ese juicio en particular. Debido a que no hubo un pronunciamiento de fondo sobre esta materia, no hay cosa juzgada al respecto.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
A LA SENTENCIA C-071/15**

Referencia: expediente D-10315

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, "*por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*", y contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, "*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*".

Accionante: Diego Andrés Prada Vargas

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito salvar mi voto a la presente sentencia. En la providencia, la Corte analizó la constitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006²⁴³ y el artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990²⁴⁴. El accionante cuestionó dichas normas por considerar que no dan lugar a la adopción por parte de parejas homosexuales. Entre otros cargos, argumentó que limitar la adopción a las familias heterosexuales (i) vulnera el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual, (ii) contradice el concepto sociológico de familia establecido en la sentencia C-577 de 2011; y, (iii) atenta contra el interés superior del menor.

En mi concepto, la Corte debió avanzar hacia el reconocimiento de la igualdad en materia de adopción de las familias conformadas por parejas heterosexuales y aquellas integradas por parejas del mismo sexo, tanto en los casos de adopción complementaria como conjunta. Sin embargo, la decisión adoptada únicamente reconoció el derecho a adoptar a los compañeros permanentes del mismo sexo, en aquellos casos en que el menor es hijo(a) biológico del compañero(a) permanente (adopción complementaria o por consentimiento).

Mi discrepancia fundamental frente a esta determinación radica en que, a mi juicio, la postura mayoritaria de la Corte incuba un trato discriminatorio

²⁴³ Las normas parcialmente demandadas de la Ley 1098 de 2006 regulan lo relacionado con los efectos jurídicos de la adopción, el consentimiento de dar en adopción hijos biológicos y los requisitos para adoptar.

²⁴⁴ Se refiere a la conformación que, conforme a la ley, debe tener una unión marital de hecho.

fundado en la orientación sexual de las parejas homosexuales, y desconoce la noción sociológica de familia adoptada en la sentencia C-577 de 2011. Dado el carácter neutral que, desde el punto de vista de la orientación sexual, presentan las normas objeto de revisión, a la Corte le correspondía reafirmar el genuino propósito de legislador de configurar una fórmula incluyente a la hora de determinar los sujetos que podían postularse para adoptar.

A continuación desarrollaré los dos argumentos centrales de mi discrepancia con la decisión mayoritaria: (i) la decisión adoptada vulnera el derecho a la igualdad y desconoce la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual; y, (ii) contradice la noción sociológica de familia establecida en la sentencia C-577 de 2011.

(i) El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual.

Contrario a la posición mayoritaria, considero que las normas referentes a la adopción conjunta (Art. 64 núm. 1 y Art. 68 núm. 3 de la Ley 1098 de 2006), bajo la comprensión que le adscribe la sentencia, sí vulneran el derecho a la igualdad y contravienen la prohibición de discriminación por orientación sexual. La Corte en la sentencia respecto de la cual salvo el voto, estableció que las parejas adoptantes deben componerse por personas de diferente sexo, esto es, un hombre y una mujer. En otras palabras, para la sentencia de la cual me aparto, la *única* modalidad de pareja bajo la cual es factible integrar la familia adoptante es la heterosexual.

Con ello se estableció una restricción genérica e indeterminada para la adopción por parte de familias conformadas por personas del mismo sexo. La sentencia avala así una exclusión en abstracto que niega a las parejas homosexuales el derecho de adoptar. Esto a pesar de que la evaluación de la idoneidad física, mental, moral y social de los adoptantes debe efectuarse para cada caso concreto, en términos de antecedentes, entorno familiar o social, comportamientos específicos, posibles daños y riesgos reales a los que pueda verse enfrentado el menor, pero no con base en presunciones fundadas en estereotipos, lo cual resulta discriminatorio.

La restricción genérica e indeterminada a las parejas del mismo sexo que aspiran a adoptar a un menor constituye un criterio sospecho de discriminación, puesto que, el tratamiento diferencial está fundado en la orientación sexual de las personas. Así las cosas, correspondía a la Corte llevar a cabo un ejercicio de ponderación para juzgar la compatibilidad o no de una medida de tal naturaleza, con los preceptos superiores. El desarrollo de un test estricto de igualdad, conforme lo ha establecido reiterada jurisprudencia la Corte²⁴⁵, hubiese conducido a conclusiones distintas. Con base en ese análisis debía evaluarse la finalidad, la adecuación, la necesidad y la estricta proporcionalidad de la medida. Sin embargo, la Corte omitió dicho

²⁴⁵ La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este asunto en las sentencias: C-075 de 2007, C-798 de 2008, C-029 de 2009 y C-577 de 2011.

test y la decisión de negar la adopción conjunta a las parejas homosexuales se tomó sin tener en cuenta este mecanismo de ponderación constitucional, que si bien no es el único, sí resultaba particularmente útil para examinar la medida cuestionada.

En seguida presento brevemente el análisis procedente en este caso, que hubiese llevado a conclusiones distintas a las que presenta el fallo.

Las normas relativas a la adopción objeto de estudio en la sentencia tienen la *finalidad* de salvaguardar el interés superior del menor. Conforme a la Constitución, la jurisprudencia, la ley y el derecho internacional vigente y vinculante, la adopción es una medida de restablecimiento y protección de los derechos de los niños y niñas a tener una familia, en la que puedan gozar de condiciones fácticas y jurídicas que aseguren circunstancias de tiempo, modo y lugar que les garanticen un desarrollo integral, y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

En este escenario, negar la adopción conjunta a las parejas homosexuales de manera genérica y abstracta, *no es una medida idónea* para garantizar el interés superior del menor. En efecto, la evidencia empírica mayoritaria ha demostrado que no hay afectación ni amenaza del interés superior del menor que crece en una familia homoparental²⁴⁶. Las afectaciones que pueden llegar a sufrir los menores en sus procesos de crianza están asociadas a otros factores como: la violencia intrafamiliar, la situación económica de la familia, un ejercicio inadecuado del rol parental, los estereotipos discriminatorios, entre otros, que nada tienen que ver con la orientación sexual de las familias homoparentales. Así las cosas, impedir que las parejas homosexuales se postulen a adoptar a un menor es una medida fundada en prejuicios y estereotipos constitucionalmente inadmisibles.

El enjuiciamiento de la medida en el marco de un test estricto de igualdad, hubiese conducido a la conclusión de que la medida es además *innecesaria*, comoquiera que existen medidas menos severas para alcanzar con mayor efectividad el propósito buscado. En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano establece un proceso riguroso para evaluar si las parejas que se postulan para adoptar cumplen los requisitos y condiciones necesarias para garantizar la protección del interés superior del menor. En este sentido, se realiza un análisis particular de las personas que se postulan en un proceso de adopción para establecer si éstos cuentan con la idoneidad, física, mental,

²⁴⁶ La mayoría de los conceptos presentados ante la Corte Constitucional coinciden en afirmar que NO existen efectos negativos en la salud, el bienestar, ni en el desarrollo integral de los menores de edad por el hecho de ser adoptados por parejas homosexuales. En este sentido se expresaron los análisis del Ministerio de Salud y Protección Social, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, del Departamento de Sociología de la Universidad Nacional de Colombia, del Departamento de Pediatría de la Universidad Nacional de Colombia, de la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Antioquia, de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, del Instituto de Sociología de la Universidad del Valle, del Programa Académico de Sociología de la Universidad del Valle, de la Universidad de los Andes y de la Universidad ICESI. En la misma dirección el documento "*Amicus Curiae*" del Colegio de Abogados de Nueva York, las intervenciones de DeJusticia-Colombia Diversa, la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo. Así como el estándar internacional fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile.

moral²⁴⁷ y social suficientes, que brinde un entorno familiar adecuado y estable a un niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad.

El debate adelantado en este proceso arrojó elementos jurídicos y científicos suficientes para llegar a una decisión que reconociera la igualdad en materia de adopción de las familias conformadas por parejas homosexuales y heterosexuales, tanto en los casos de adopción complementaria como conjunta. El desarrollo riguroso de un test estricto de igualdad hubiese llevado a la conclusión sobre la inexistencia de justificación constitucionalmente admisible para prodigar un trato diferenciado a las parejas heterosexuales frente a las homosexuales.

Contario a ello, la Corte sostuvo en la sentencia, que la medida de exclusión de las parejas del mismo sexo es razonable, dado que: *(i)* las condiciones fácticas de una pareja del mismo sexo son diferentes a las de una integrada por un hombre y una mujer, *(ii)* la adopción conjunta fue concebida como una institución para suplir relaciones de paternidad y maternidad; y, *(iii)* el punto de vista bajo el que fue aprobada la Ley 1098 de 2006 se sustentó en una visión heterosexual de la familia.

A estos aspectos me referiré en la siguiente sección.

(ii) Desconocimiento de la noción sociológica de familia acogida en la sentencia C-577 de 2011.

La segunda razón por la que salvo mi voto en esta sentencia tiene que ver con el desconocimiento de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, que se encuentran constitucionalmente reconocidas y protegidas, tal y como quedó establecido en la sentencia C-577 de 2011, bien sea que se hayan conformado por unión de hecho o se hayan constituido mediante la celebración de un vínculo contractual solemne formalizado ante juez o notario. Esta protección goza en la actualidad de reserva constitucional (Art. 42), y no puede circunscribirse a una dimensión patrimonial o restringirse con fundamento en estereotipos o en preconceptos sociales que terminan alimentando tratos discriminatorios.

En la sentencia se sostiene que las condiciones fácticas de una familia conformada por una pareja del mismo sexo son diferentes a las de una integrada por un hombre y una mujer. Sin lugar a dudas, esta afirmación contradice el concepto sociológico y pluralista de familia adoptado en la sentencia C-577 de 2011. Un análisis del problema planteado bajo este marco, llevaría a la conclusión de que las parejas del mismo sexo también tienen el

²⁴⁷ La jurisprudencia constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones que la idoneidad moral no tiene nada que ver con la orientación sexual de una persona. Al respecto se pueden consultar las sentencias: T-290 de 1995, C-814 de 2001, T-290 de 2005 y C-712 de 2010. En este mismo sentido, la Resolución 3748 del 6 de septiembre de 2010 del ICBF, "por la cual se expide el lineamiento técnico para adopciones en Colombia", determina el alcance del requisito de idoneidad moral y enumera los casos en los que ésta no se encuentra comprobada, no hay referencia alguna a la orientación sexual.

derecho a gozar de la posibilidad de consolidar y desarrollar su estatus de familia constitucionalmente protegido, a través de la adopción conjunta.

Además, en este mismo sentido la decisión mayoritaria, pese a que teóricamente lo sostiene, no es consecuente con la concepción de familia plasmada en el artículo 42 de la Carta en la que ni la heterosexualidad ni la consanguinidad constituyen características que la definan o identifiquen. Y, en esa medida desconoce los elementos que sí identifican, definen y caracterizan a todos los tipos de familia, esto es: los lazos de amor, el respeto y la solidaridad. De manera que, la distinción formulada en la sentencia, en cuanto a la diferencia de las condiciones fácticas de las familias conformadas por parejas homosexuales y las integradas por parejas heterosexuales se basa únicamente en la orientación sexual de sus miembros. Diferencia ésta que resulta inapropiada, a la hora de evaluar el entorno ideal para el desarrollo integral de un menor.

Otra de las justificaciones para negar la adopción conjunta a parejas homosexuales y considerar dicha medida como razonable, fue afirmar que la adopción es una institución que busca suplir relaciones de paternidad y maternidad. Disiento de esta idea, pues como se menciona en la sentencia y en este salvamento de voto, la finalidad de la adopción es garantizar el interés superior del menor, al proveerle una familia que le permita gozar de las condiciones propicias para su desarrollo armónico e integral. Así las cosas, el objetivo constitucionalmente imperioso de la adopción es que un niño, niña o adolescente, en condición de adoptabilidad, pueda vivir en un entorno en el que los lazos de filiación se consoliden con amor, respeto y solidaridad. En otras palabras, las relaciones filiales, sólidas y estables no dependen de la composición de las familias con un claro referente materno y paterno. Por ello, la jurisprudencia constitucional y la sociedad ha reconocido la conformación diversa y plural de las familias, tal y como se evidencia en las familias monoparentales, conformadas por madres o padres cabeza de familia, las familias de crianza, la familia extendida, la familia ensamblada y las familias homoparentales.

En cuanto a la consideración de la Corte en el sentido que la Ley 1098 de 2006 fue aprobada bajo una visión heterosexual de la familia, resulta inaceptable comoquiera que los artículos acusados deben ser analizados bajo una perspectiva constitucional enmarcada en la noción vigente de familia, y esta es la acogida en la sentencia C-577 de 2011 que incluye a las familias homoparentales. Adicional a ello, la decisión mayoritaria introdujo una distinción que las normas demandadas no establecen, en tanto afirmó que la adopción busca suplir las relaciones de maternidad y paternidad. Resulta evidente que esta afirmación está fundada en una interpretación distorsionada de las normas de la Ley 1098, que configuran los requisitos de la adopción en términos neutrales. Muy por el contrario, lo que emerge claramente de las mismas es su carácter neutral frente a la orientación sexual de los adoptantes.

En efecto, a diferencia de la normatividad anterior (Código del Menor), que limitó la adopción a las familias conformadas exclusivamente por un hombre y una mujer, las normas examinadas contemplan una fórmula neutra que no hace alusión a la orientación sexual de los adoptantes y por ende no efectúa exclusiones derivadas de esta condición. Tal interpretación resulta avalada por los antecedentes legislativos reseñados en las consideraciones de la sentencia, según los cuales, si bien algunos congresistas solicitaron que la ley en discusión limitara expresamente la posibilidad de postularse para la adopción a las parejas heterosexuales, la postura mayoritaria no avaló esta propuesta. De ello se puede concluir razonablemente que la decisión del Legislador se orientó deliberadamente hacia una fórmula incluyente que comprendiera a las parejas del mismo sexo como potenciales adoptantes.

Para finalizar, aclaro que mi postura no pretende que cualquier persona con fines altruistas, como lo menciona la sentencia, esté habilitada para construir un vínculo de filiación. Tampoco que se autorice de manera directa la adopción a las parejas homosexuales, sino que estas tengan el derecho a postularse, adelantar el proceso de adopción previsto en la normatividad, y someterse al escrutinio de la autoridad competente para que en cada caso, ésta determine la idoneidad de las personas para asumir la adopción de un menor.

Con fundamento en todo lo expuesto, salvo mi voto a la presente providencia.

Fecha *ut supra*

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado