



CONCEPTO 91 DE 2015

(julio 29)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/

MEMORANDO

PARA: Directora de Protección

ASUNTO: Análisis de la Sentencia SU-617 de 2014 en la cual la Honorable Corte Constitucional se refiere a la procedencia de la Adopción por parte de parejas homosexuales, del hijo biológico del compañero (a) permanente.

De manera atenta, la Oficina Asesora Jurídica, en ejercicio de la función consignada en el Decreto 987 de 2012, artículo 6, numeral 8, “Compilar y difundir la normativa y la jurisprudencia, y mantener la unidad doctrinaria en su interpretación, en todos los asuntos de competencia e interés del Instituto”, se permite presentar el análisis correspondiente sobre el tema señalado en el asunto y realizar las recomendaciones pertinentes, en los términos que siguen:

1. Síntesis del caso en concreto

La Corte Constitucional en el marco de la competencia asignada de revisión de fallos de tutela, estudia el fallo de la tutela instaurado por la menor de edad XXX y las señoras XXX,[1] contra la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro (Antioquia), frente al cual se citan los siguientes hechos:

1.1. El día 6 de enero de 2009, XXX presentó solicitud de adopción ante la Defensoría de Familia de Rionegro, para la conformación del vínculo filial paterno entre su hija y su pareja.

1.2. El 9 de febrero de 2009, la Defensoría competente declaró la improcedencia de la petición anterior, por las siguientes razones: (i) la legislación vigente no prevé la adopción por las parejas del mismo sexo. Aunque el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia contempla genéricamente la adopción de los hijos del compañero permanente, la norma debe ser interpretada en el marco constitucional vigente; (ii) el artículo 42 de la Carta Política señala enfáticamente que la familia se constituye por el vínculo natural o jurídico entre un hombre y una mujer. Si bien la jurisprudencia ha reconocido los derechos de las parejas del mismo sexo, también ha sido clara e inequívoca al aclarar que este reconocimiento no se extiende al ámbito familiar;[2] (iii) finalmente, argumenta que no se cumplió con la exigencia temporal prevista en el artículo 68.5 del Código de la Infancia y la Adolescencia, de que la solicitud esté precedida de una convivencia entre el solicitante y el adoptante durante al menos dos años ininterrumpidos.

1.3. Ante esta situación, las accionantes interponen acción de tutela, en la que solicitan al juez de amparo que ordene a las autoridades competentes la autorización para la declaración judicial del vínculo filial entre XXX, por tener esta última la calidad de compañera permanente de XXX, madre biológica de la niña; para tal efecto, invocan la vulneración del derecho a la igualdad, el interés superior del niño, los principios de dignidad humana y pluralismo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

1.4. El Juzgado Primero Penal con Funciones de Conocimiento resolvió la solicitud de tutela, ordenando al ICBF Regional Antioquia, y a la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro, la continuación de los trámites administrativos de adopción, con observancia plena del derecho al debido proceso, el interés superior de la niña y el derecho a la igualdad. Esta decisión fue impugnada por parte de la Defensoría.

1.5 En cumplimiento del fallo, la Defensoría Tercera de Familia de Rionegro, avocó el conocimiento de la solicitud de adopción, y ordenó la realización del estudio de la documentación aportada previamente a la recepción del consentimiento, sin embargo, mediante Resolución No. 116 del 10 de noviembre de 2009, la misma entidad confirmó la decisión de rechazo de la petición de adopción, por el incumplimiento de un requisito esencial previsto en el ordenamiento superior y en la legislación, sobre la existencia de una unión heterosexual entre el padre o madre del menor de edad, y el interesado en la constitución del vínculo filial.

1.6 En segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia el 20 de enero de 2010, resolvió la impugnación propuesta, confirmando el fallo de primera instancia, y aclarando que la orden judicial se encamina a que la Defensoría adelante el trámite de adopción siguiendo los lineamientos del derecho al debido proceso, más no a resolver de fondo la solicitud en determinado sentido.

1.7. Ante la presentación por parte de las accionantes del incidente de desacato, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro, consideró que no se había configurado incumplimiento a lo ordenado en el fallo, por cuanto la entidad accionada ajustó el trámite al debido proceso y aunque no se culminó dicho trámite, fue debido a que la Defensoría consideró que no se habían satisfecho los requerimientos sustantivos para la adopción, por lo que no había lugar a adelantar el trámite en su totalidad.

2. Problema Jurídico

¿La prohibición de que el hijo biológico de uno de los integrantes de una unión homosexual sea adoptado por el otro, implica un déficit de protección que afecta los derechos fundamentales del niño?

3. Consideraciones previas

La sentencia SU-617 de 2014, estudia distintos aspectos referentes al proceso de adopción que serán abordados en el presente documento, tales como, el debido proceso, la inseminación artificial heteróloga, la adopción por consentimiento, entre otros; no obstante es necesario advertir que el objeto principal del análisis a realizar estará dirigido a precisar las consideraciones que la Honorable Corte Constitucional tuvo para resolver el problema jurídico arriba planteado.

Para ello, en primer término, debe decirse que el alcance que tienen las sentencias de unificación de tutela (SU) proferidas bajo la competencia de revisión eventual de los fallos de tutela, si bien en la parte resolutoria son de obligatorio cumplimiento para las partes, respecto de la parte considerativa, esta tiene aplicación erga omnes.

Las razones de lo anterior, tienen fundamento en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que: “la Corte Constitucional designará los tres magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente”.

Al respecto, refiriéndose a la importancia de las sentencias de unificación en materia de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia C-018 de 1993,[3] señaló lo siguiente:

Con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 se busca específicamente unificar las sentencias de revisión de tutela de la Corporación.

Ello por cuanto la jurisprudencia de la Corte debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material (art. 13 de la carta), en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en el tráfico jurídico.”

(...) Tales atributos de la jurisprudencia constitucional requieren de la existencia de un mecanismo de unificación. La revisión de sentencias de tutela por parte de la Corporación es eventual, esto es, no se revisan todas las sentencias sino tan sólo aquellas que sean seleccionadas por tener un carácter paradigmático. Tal carácter tiene dos implicaciones: es obligatorio y es didáctico. Mal haría la Corte en contribuir a la didáctica constitucional mediante sentencias contradictorias, que antes que educar desorientan y crean confusión. Para ello entonces se creó al mecanismo unificador regulado en la norma acusada.

Así mismo, en la referida sentencia, este alto tribunal establece los efectos de los fallos que se dictan en sede de revisión de tutela, de la siguiente manera:

“Ahora bien, la fuerza jurídica de las sentencias de revisión de tutela de la Corte está relacionada con la función que cumple la jurisdicción constitucional en materia de defensa y protección de los derechos fundamentales.

La competencia de revisión eventual y autónoma (CP art. 241.9) depositada en la Corte Constitucional -como cabeza de la jurisdicción constitucional, supremo guardián y máximo Intérprete de la Carta-, hace que el interés principal de las sentencias de revisión no sea resolver el caso específico sino sentar una doctrina cuyo destinatario es el país entero, de forma que la sujeción a ésta por parte de las autoridades y los particulares vaya forjando una cultura de respeto de los derechos fundamentales.

Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Coria

determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución.

La Corte Constitucional ejerce una función democrática primordial al revisar las sentencias de tutela y al fijar con su doctrina los valores políticos acogidos por el constituyente, de forma que los derechos fundamentales sean actualizados constantemente y se racionalice la solución de los conflictos sociales.

La jurisdicción constitucional, por medio de su jurisprudencia y su doctrina, es un importante mecanismo de integración política y social. Las decisiones de tutela de la Corte Constitucional, se reitera, no se limitan a resolver el conflicto particular sino que tienen un efecto pedagógico que afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social y la regulación de la vida en comunidad. La jurisprudencia constitucional de derechos fundamentales cumple así una triple función legitimadora: es marco de referencia para las autoridades y los particulares, asegura la efectividad de los derechos, principios y deberes consagrados en la Constitución y genera el consenso social indispensable para la convivencia pacífica. En este contexto y no en otro es que debe entenderse la fuerza jurídica de las sentencias de revisión que profiere la Corte Constitucional”. (Negrillas fuera de texto).

En ese sentido, se puede concluir que, las sentencias de unificación dictadas en sede de revisión de tutela por la Corte Constitucional, si bien en la parte resolutive solo obliga a las partes, frente a la parte dogmática como estudio, análisis e interpretación de derechos fundamentales, trasciende a situaciones similares que requieran igual tratamiento.

Dicho lo anterior, ya en lo referente a la estructura de la presente sentencia, la Corte Constitucional empieza por abordar las cuestiones formales de procedencia de la acción de tutela tales como la inmediatez, la relevancia constitucional del asunto, la subsidiariedad frente a los recursos judiciales ordinarios y la competencia de la Corte para revisar las decisiones de instancia.

Seguidamente, el alto tribunal emprende el análisis de fondo con el objeto de evaluar materialmente la decisión de la Defensoría de Familia que declaró la improcedencia de la solicitud de adopción, resolviendo principalmente las siguientes cuestiones:

(i) Si existió vulneración del derecho al debido proceso por parte de la autoridad administrativa.

(ii) Si la circunstancia de que un niño que haya sido el resultado del procedimiento de inseminación con donante conocido, descarta automáticamente la adopción, y si en este caso, hace inviable la pretensión de las accionantes en el presente proceso.

(iii) Si se presenta la existencia de una “vía de hecho”, por parte de la Defensoría, al desconocer que la legislación vigente admite la adopción por consentimiento por el compañero permanente del padre o madre del menor de edad, sin circunscribir expresamente esta figura a las parejas heterosexuales, y en este sentido, si la decisión de la autoridad quebrantó directa y abiertamente el ordenamiento legal, y en particular, el artículo 68.5 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

(iv) Se define si la medida cuestionada es contraria a los derechos constitucionales, tanto de la pareja interesada en la filiación, como de la menor de edad.

A continuación se analizan cada una de las situaciones planteadas.

4. Consideraciones de la Corte Constitucional

4.1. Frente a la vulneración del derecho al debido proceso

Según las accionantes, las irregularidades en que incurrió la autoridad administrativa son: (i) No agotar por completo el procedimiento administrativo, en particular, declarando su improcedencia sin efectuar el estudio de idoneidad física, mental, moral y social de la solicitante, y no recibió el consentimiento de XXX; (ii) la decisión se basó en una errónea valoración del material probatorio, debido a que se contabilizaron los dos años de convivencia de las accionantes desde la suscripción de la escritura pública de declaración de convivencia, y no desde el momento de la iniciación de la relación, declarada en dicho documento; (iii) la improcedencia fue decretada por la Defensoría de Familia y no por el Comité de Adopciones del ICBF; (iv) dicha determinación consta en un simple comunicado, y no en un auténtico acto administrativo dotado de formalidades legales y susceptible de ser controvertido en la vía gubernativa y judicialmente.

4.1.1. De la terminación anticipada del trámite administrativo de adopción

Frente a este aspecto la Corte considera que el procedimiento administrativo de adopción por consentimiento puede concluir anticipadamente cuando se verifica la inobservancia de uno o más de los presupuestos legales y constitucionales, incluso, si no se ha efectuado el estudio de idoneidad del adoptante, ni la recepción del consentimiento por parte del padre o madre del menor de edad.

En este sentido señala la Corte que los Lineamientos Técnicos del Programa de Adopciones[4] que se encontraban vigentes cuando se resolvió la solicitud de las accionantes, establecían varias etapas: acercamiento al programa, preparación de los interesados, recepción y valoración de

documentos, evaluación de las familias, remisión de la solicitud al Comité de Adopciones, y finalmente su aprobación o rechazo. Según dichos lineamientos, cada etapa subsiguiente solo opera cuando se ha agotado satisfactoriamente la anterior.

Según la Corte, este procedimiento se encuentra acorde con el principio de economía, pues no tiene sentido adelantar todo el trámite, cuando previamente y de antemano se tiene certeza sobre la imposibilidad jurídica de la adopción.

Es así como, la Corte determina que conforme con la normativa, las Defensorías de Familia están facultadas para declarar la improcedencia de la adopción por incumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales, sin que sea forzoso en todos los casos, realizar la evaluación mental, moral y social del solicitante de la relación paterno-filial o recibir el consentimiento del padre o madre del menor de edad.

Al respecto, es necesario señalar que si bien en el caso particular, la Corte Constitucional se refiere a los Lineamientos Técnicos del Programa de Adopciones que para ese entonces se encontraban vigentes, (Resoluciones 1641 de 2006 y 2310 de 2007), las consideraciones, análisis y conclusiones realizadas en este aparte, son perfectamente aplicables al Lineamiento que actualmente se encuentra vigente, teniendo en cuenta que el mismo también se organiza en etapas subsecuentes que concluyen en la adopción, y que no sería razonable que en todos los casos se adelante el trámite de adopción, cuando el defensor de familia razonadamente concluye la imposibilidad jurídica de la adopción al momento del análisis de los requisitos legales.

4.1.2. Contabilización de tiempo de convivencia entre los compañeros permanentes.

Según lo manifestado por las accionantes en el presente caso se dio una valoración indebida del material probatorio allegado al expediente, en particular, respecto de la escritura pública de declaración de convivencia, pues la Defensoría de Familia concluyó erróneamente que no se había cumplido el requisito de la convivencia ininterrumpida entre XXX durante dos años, tomando como fecha de inicio de la convivencia la fecha de suscripción de la escritura pública de declaración marital (15 de marzo de 2008), y no aquella que fue manifestada por las partes como momento en el que efectivamente se dio inicio a la convivencia (1 de julio de 2005).

Para resolver este cuestionamiento, la Corte se refiere a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 “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”; lo que en palabras de esta Corporación significa que la unión marital se configura cuando un hombre y una mujer se unen y hacen comunidad de vida, de manera permanente y singular.[5] Frente a esta norma se señala que si bien en principio fue destinado para uniones heterosexuales,

podría ser aplicable a las uniones homosexuales en todos aquellos eventos en los cuales la jurisprudencia ha establecido que por extensión, éstas quedan comprendidas dentro de las medidas de protección previstas para las parejas heterosexuales.

Ahora bien, el artículo 2 de la ley 97 <sic, es 979> de 2005 determina que la existencia de tales uniones maritales de hecho se acredita mediante escritura pública suscrita ante notario por ambos compañeros, por acta de conciliación firmada por éstos, o por declaración judicial. Estos instrumentos jurídicos tienen un carácter declarativo y no constitutivo, pues por propia definición legal, ésta se perfecciona cuando las personas hacen comunidad de vida permanente y singular, y no cuando tal situación es declarada mediante alguno de los tres mecanismos señalados.

No obstante lo anterior, el artículo 124 del Código de la Infancia y la Adolescencia, contiene una regla especial en materia de adopción, pues para este efecto, la fecha de referencia para la contabilización de los dos años de convivencia ininterrumpida entre los compañeros no es la fecha por ellos declarada en el instrumento, sino aquella en que se suscribe el instrumento jurídico.[6]

Esta regla especial a criterio de la Corte, limita razonablemente el principio de buena fe, para garantizar el interés superior del niño, pretendiendo evitar que dos personas declaren un tiempo de convivencia mayor al real, por otro lado, dicha declaración resulta la expresión formal de un compromiso entre sus miembros, que para el caso de la adopción resulta importante, pues dicha manifestación formal, oficial y pública de la voluntad de conformar una pareja estable, denota la intención de sus miembros de compartir sus vidas de una forma estable.

Es así como, la Corte concluye que en materia de adopción, sin perjuicio de los demás medios a través de los cuales puede probarse la convivencia extramatrimonial,[7] para el caso de la inscripción de la declaración de convivencia, el tiempo de convivencia entre compañeros permanentes se calcula a partir del día en que se suscribe la escritura pública que declara la unión.

4.1.3. Órgano encargado de decidir la improcedencia de la solicitud de adopción

Según las accionantes y el juez de primera Instancia el acto administrativo que termina anticipadamente el proceso administrativo de adopción debía ser resuelto por el Comité de Adopciones y no por la Defensoría de Familia quien era incompetente para suscribirlo.

Al respecto, señala la Corte que los Lineamientos Técnicos del Programa de Adopción aplicables al presente caso, comprenden unas etapas básicas, (i) en la primera se recibe y avala la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos de la adopción, ante la Defensoría de Familia, en caso de encontrarlos satisfechos esta autoridad da el visto bueno y ordena la

continuación del procedimiento, y en caso negativo, lo concluye anticipadamente mediante la declaratoria de improcedencia de la petición; (ii) luego se procede a la evaluación de la familia del solicitante por un equipo interdisciplinario de profesionales; por último, (iii) el Comité de Adopciones efectúa una evaluación integral del caso, y aprueba o no la petición, para que, en caso afirmativo, se adelante la etapa judicial; esta decisión supone un análisis global que comprende no solo el estudio estrictamente legal, sino también el examen de la valoración psicológica, moral y social de la familia, ejecutada por el equipo técnico.

Así las cosas, se concluye, que en atención a que al Comité de Adopciones le corresponde únicamente determinar la viabilidad de la conformación del vínculo paterno filial, mientras que a las Defensorías de Familia les corresponde previamente la verificación del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales de la adopción, éstas últimas están facultadas plenamente para declarar la improcedencia de la solicitud razonadamente que no se cumple con los requisitos legales necesarios para continuar con el proceso de adopción.

4.1.4. Declaratoria de la improcedencia de la solicitud de adopción mediante cartas informales

Frente a la manifestación por parte de las accionantes y del juez de primera instancia, de que la determinación de la Defensoría de Familia debía constar en un acto administrativo propiamente dicho, y no en una simple carta informal, la cual, no pudo ser controvertida mediante recursos en la vía gubernativa, ni mediante recursos judiciales ordinarios, la Corte señaló que las decisiones de la administración pública relativas a las solicitudes de adopción, independientemente de la forma a través de la cual se materialicen o de la denominación que se les dé, constituyen actos administrativos de carácter particular.

No obstante lo anterior, es necesario recalcar lo dicho por la Corte, en el sentido de que todo acto administrativo de carácter particular, sin perjuicio de los requisitos legales existentes, debe: 1) señalar de manera clara e inequívoca el sentido de la medida adoptada, “sin oscuridades y sin ambigüedades que puedan dar lugar a confusiones; es decir, la decisión debe ser individualizada adecuadamente”; 2) indicar las razones de hecho y de derecho en que sustenta tal determinación para que el destinatario pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa; 3) debe ser notificada según los mecanismos legales, para que el solicitante conozca dicha decisión y así tenga la posibilidad de actuar bien sea impugnándolo ante la misma administración, o por la vía judicial.

Así, la Corte determina que los actos que deniegan las solicitudes de adopción no requieren una formalidad particular, sino únicamente definir claramente el sentido de la decisión, e individualizar su sustento fáctico y normativo.

4.2. La adopción por consentimiento cuando el menor [de edad] es fruto de inseminación artificial heteróloga[8] de donante conocido o determinable.

En el presente caso de los hechos narrados por las accionantes se puede inferir que la mentira de edad XXX fue el resultado de un proceso de inseminación artificial de donante conocido que no ha asumido el rol de la paternidad, ni ha manifestado ningún interés en ello.

Frente a esta situación, la Corte señala que en el derecho positivo no se encuentra una precisión explícita que descarte de plano la adopción por consentimiento cuando el menor de edad es resultado de una inseminación artificial de donante conocido, así como tampoco el deber de agotar la posibilidad de establecer la filiación con el donante en la inseminación artificial heteróloga, como condición para la procedencia de la adopción.

Indica esta Corporación que si bien este procedimiento de reproducción asistida constituye una realidad, el legislador colombiano no ha adoptado una normatividad que en este escenario específico y particular, fije las reglas relativas al estado civil y a la filiación. Aclara que las normas existentes[9] se refieren de manera tangencial, incidental e indirecta a las técnicas de reproducción asistida y tan solo desde el punto de vista de los estándares médicos y sanitarios a los que deben someterse, por lo tanto, existe un vacío normativo, donde no hay una regla especial que establezca la obligación de agotar la posibilidad de conformar el vínculo filial con el donante en la inseminación, como condición para proceder a la adopción.

No obstante este vacío normativo, considera la Corte, que no es viable la aplicación para éstos casos de las reglas generales de la filiación, en virtud de las cuales únicamente se puede conceder la adopción cuando no es posible consolidar la relación de paternidad o maternidad con el padre o la madre biológica. Lo anterior tiene sentido si se tiene en cuenta que la adopción tiene como objeto fundamental sustituir o suplir la inexistencia del vínculo filial con los progenitores, es decir, con los padres biológicos; sostiene la Corte, que las razones de esta inviabilidad son en primer lugar porque esta directriz fue formulada de manera general, haciendo abstracción de las nuevas formas de reproducción asistidas; es decir, la normatividad responde a un contexto empírico dominado por la reproducción natural de la especie, en el cual no se tuvieron en cuenta las problemáticas relacionadas con la filiación y el estado civil de las personas asociadas a estas nuevas técnicas, lo que permite matizar y revitalizar el alcance general de esta exigencia legislativa.

En segundo lugar, para la Corte es un hecho constitucionalmente relevante que cuando un niño nace a partir de un procedimiento de inseminación artificial heteróloga, ni el donante ni la futura mamá, pretenden la conformación de una relación de paternidad entre el niño nacido de tal procedimiento y el donante, sino únicamente viabilizar y materializar los derechos reproductivos de aquella.

Ahora bien, aunque usualmente los protocolos médicos apelan a la exigencia del anonimato y a la reserva de confidencialidad del donante como mecanismo para evitar la aplicación de la legislación común sobre la filiación y el estado civil de las personas, cuando por alguna circunstancia el donante es conocido y expresa renunciar a la paternidad, carece de sentido supeditar la adopción a que el donante reconozca al menor de edad y luego preste su consentimiento para renunciar a la filiación, o a que se agoten todas las posibilidades para individualizar y ubicar al donante, y forzarlo a que reconozca a su hijo biológico. Este procedimiento, según la Corte dejaría en situación de indefensión a los menores de edad y no redundaría en su bienestar, pues implicaría prolongar de manera indefinida la situación de incertidumbre sobre su filiación.

Por lo anterior, la Corte concluye que en los casos de inseminación artificial heteróloga, en los que el donante es determinado pero no ha expresado su deseo o interés en la conformación de la relación de paternidad, el ordenamiento no prevé expresamente la obligación de condicionar la adopción al agotamiento de los trámites para individualizar, ubicar e informar al donante sobre la existencia de su hijo, y para instarlos a conformar el vínculo filial.

4.3. Análisis sobre la decisión administrativa que declaró improcedente la solicitud de adopción por consentimiento con base en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006

Según las accionantes, la Defensoría de Familia incurrió en “vía de hecho” al desconocer que el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia permite la posibilidad de adopción del hijo del compañero permanente, sin establecer dicha disposición, ninguna prohibición expresa para la adopción por parte de parejas del mismo sexo, vulnerándose con ello los derechos constitucionales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la intimidad familiar, y el derecho a la familia.

En efecto, la Corte explica que el numeral 5 del artículo 68 contempla genéricamente la adopción de los hijos del cónyuge o compañero permanente, sin restringirla explícitamente a las parejas heterosexuales, al contrario de lo que sucedía con el Código del Menor anterior, que se refería de manera explícita a las parejas heterosexuales en la adopción conjunta, determinando que podían adoptar “la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres años”.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que el actual Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 68 numeral 5, establece que podrán adoptar “el cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años”; la Corte explica que respecto a dicha disposición normativa pueden darse dos interpretaciones: (i) Puede pensarse que el Código contempla genéricamente la adopción del hijo del compañero permanente, sin referirse explícitamente a parejas heterosexuales, y que por lo

tanto, las decisiones que la avalan o limitan son abiertamente contrarias a derecho; (ii) Dado que esta ley guarda silencio sobre los requisitos y condiciones para tener la condición de compañero permanente, debe apelarse a las reglas generales sobre uniones maritales de Hecho contenidas en la Ley 54 de 1990 que en su artículo 1 dispone: “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 a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

Al respecto, al estudiar la definición de unión marital de hecho establecida en dicha norma, y realizar un análisis de las diferentes sentencias[10] mediante las cuales la Corte ha reconocido en diversos ámbitos efectos previstos en la legislación a las parejas homosexuales, concluye que en ninguna de esas providencias el fundamento de la asimilación normativa ha radicado en la tesis sobre la inconstitucionalidad per se de toda forma de diferenciación normativa entre tales parejas, sino en el déficit de protección que tal distinción ha representado para los miembros de las uniones homosexuales. Así se refirió la Corte:

“En efecto, las decisiones de la Corte en esta materia no se han sustentado en la tesis sobre la necesidad de establecer una equiparación plena y absoluta entre los dos tipos de uniones, independientemente de cualquier diferencia empírica entre unas y otras que pueda tener alguna relevancia constitucional, sino en la consideración de que son inadmisibles aquellas diferenciaciones que se traducen en un déficit de protección de los miembros de tales parejas.”

Lo anterior significa, que, sin ser equiparables en todos los casos, el régimen normativo de las uniones maritales de hecho se extiende a las uniones homosexuales, en las temáticas específicas de cada sentencia, como ha venido pasando, por ejemplo con los efectos civiles de orden patrimonial, afiliación al plan obligatorio de salud, beneficios en seguridad social, entre otros temas.

Ahora bien, en la presente sentencia, teniendo en cuenta que la adopción es por definición una medida de protección integral al niño, niña o adolescente, la Corte señala que se pueden comprometer derechos constitucionales de los niños, cuando el Estado se niega a reconocer jurídicamente las relaciones de afecto y solidaridad, sólidas y estables, entre niños que tienen una única filiación y los compañeros permanentes del mismo sexo de su progenitor, con el que este último comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor de edad, lo que se traduce en un déficit de protección del niño el cual amenaza el goce efectivo de sus derechos.

Así mismo, explica la Corte que debido al reconocimiento del poder de autoconfiguración de la familia, ya que es en su interior en donde se define la forma de vida a seguir, tipo de formación y

educación de los hijos, entre otras cosas, los padres tienen la facultad para determinar las personas que se incorporan al núcleo familiar.

Es así como, dentro de ese marco el padre o la madre de un menor de edad que tiene una única filiación, conforman una unión permanente con otra persona de su mismo sexo, y a partir de esa unión el adulto se inserta a la familia y establece un lazo afectivo con el hijo de su compañero, asumiendo los deberes asociados a la filiación, y expresando un compromiso indefinido e irrevocable con éste; el desconocimiento jurídico de tal relación afecta el goce de los derechos del niño.

Finalmente concluye, que en la hipótesis planteada, en la que confluye la circunstancia de la filiación única, la conformación de una unión permanente del padre o la madre y un tercero del mismo sexo, la inserción de éste en el núcleo familiar, y la conformación de un vínculo afectivo y de solidaridad entre este último y el menor de edad, en el que comparta su crianza, el cuidado y la manutención, y en el que asume el compromiso de hacerlo de manera indefinida e incondicional, la denegación de la adopción con fundamento en el carácter homosexual de la pareja, implica un déficit de protección del niño, niña o adolescente que amenaza gravemente sus derechos.

4.3.1. Caso particular

Frente a la solicitud de las accionantes de que se ordene a la autoridad administrativa autorizar la adopción de XXX por parte de XXX, en primer término la Corte concluye que la entidad accionada no incurrió en ninguna de las falencias procedimentales alegadas por las peticionarias.

Respecto del contenido de la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción, la Corte manifiesta que la determinación de la Defensoría de Familia no constituye una vía de hecho administrativa, pues la decisión se tomó conforme con una interpretación admisible de la legislación vigente a la luz de la cual no resulta viable la adopción por consentimiento cuando el progenitor y el adoptante mantienen una relación distinta a la unión marital de hecho o al matrimonio.[11]

No obstante, la Honorable Corte considera que “la determinación de la entidad de impedir la adopción de XXX por parte de XXX, fundado en el argumento de que ésta última y su progenitora son del mismo sexo, sí puede vulnerar los derechos de las accionantes. (...) Si bien es cierto que a la luz del ordenamiento superior la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado, también es cierto que la propia Carta Política admite, reconoce y protege la diversidad de estructuras familiares, y una barrera normativa como la prevista

legislativamente, es el fondo una forma velada e implícita de sanción a estas formas alternativas de familia”.

De la misma manera, se vulneran los derechos de las accionantes respecto de la autonomía que se reconoce constitucionalmente a las familias, de insertar a su grupo familiar a una tercera persona, que establezca un vínculo firme, sólido y estable con el menor de edad, compartiendo con el progenitor de éste su crianza cuidado y manutención, como sucede en el caso concreto, en el cual el compromiso asumido por XXX ha ido hasta el punto de utilizar diferentes estrategias para intentar convertir lo que hoy son “meros actos de liberalidad”, en auténticos deberes jurídicos que garanticen la protección indefinida e incondicional de la menor de edad.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones la Honorable Corte concede el amparo del derecho de las accionantes a tener una familia en el marco de la autonomía de la voluntad; y del interés superior del niño, y ordena revocar el acto administrativo que declaró la improcedencia de la solicitud de adopción, para que en su lugar se continúe el trámite administrativo previsto legalmente, y sin que la circunstancia de que XXX sean del mismo sexo, se convierta por sí misma en un obstáculo para la conformación del vínculo filial.

5. Conclusiones

De acuerdo con lo anterior, a continuación se enumeran los criterios constitucionales relevantes que establece la Corte Constitucional, para que los mismos sean tenidos en cuenta tanto por la autoridad administrativa, como por las autoridades relacionadas con el proceso de adopción en el ejercicio de sus funciones:

1. Los defensores de familia se encuentran facultados para terminar anticipadamente los trámites de adopción cuando advierten el incumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales.
2. Conforme con el artículo 124 del Código de la Infancia y la Adolescencia, para efectos de calcular el tiempo de convivencia entre compañeros permanentes, el punto de partida es la fecha en que se suscribe la declaración notarial, y no la fecha por ellos consignada como momento de inicio de la relación marital sin perjuicio de los demás medios probatorios que establece el Código de la Infancia y la Adolescencia.
3. El ordenamiento jurídico no exige que los actos administrativos que denieguen una solicitud de adopción estén revestidos de formalidades específicas o tengan una denominación especial, sino que deben individualizar la decisión con sus fundamentos jurídicos y fácticos, y con la debida

notificación a las partes por lo tanto, todo pronunciamiento de la autoridad administrativa es susceptible de controversia tanto por vía gubernativa como judicial.

4. En los casos de adopción por consentimiento cuando el menor de edad es resultado de una inseminación artificial heteróloga de donante conocido, el cual, no ha expresado su deseo o interés en la conformación de la relación de paternidad, no se requiere individualizar, ubicar e informar al donante sobre la existencia de su hijo como requisito condicionante para continuar con el trámite.

5. Teniendo en cuenta el alcance en los efectos de la Sentencia SU-617 de 2014, el numeral 5 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 que establece que podrá adoptar el cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años; debe interpretarse para los casos futuros, de manera extensiva a las uniones de parejas del mismo sexo.

Frente a este último numeral, es importante aclarar que la sentencia objeto de análisis no ha reconocido la existencia de unión marital de hecho entre personas del mismo sexo, sino que se ha limitado a extender los efectos previstos en el numeral 5 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 a las parejas homosexuales, por encontrar un déficit de protección frente a estas últimas y principalmente en beneficio de los derechos fundamentales de los menores de edad, ante la posible desprotección que supone la falta de reconocimiento filial con la pareja de su progenitor cuando esta es del mismo sexo.

Finalmente, se debe señalar que aun cuando no ha sido publicada la sentencia de constitucionalidad C-071 de 2015,[12] mediante comunicado de prensa[13] la Corte indicó que declaró la exequibilidad de los artículos 64, 86 y 68 del Código de la infancia y la Adolescencia y 1o de la Ley 54 de 1990, precisando que las parejas del mismo sexo sólo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente, así lo sustentó la Corte:

“3.4. Con referencia a la adopción complementaria o por consentimiento (núm. 5o del art. 64, art. 66 y núm. 5o del art. 68 de la Ley 1098 de 2006), la Corte sostuvo que cuando el Estado se abstiene de reconocer las relaciones familiares entre niños que tienen una única filiación, y el compañero(a) permanente del mismo sexo de su progenitor, con el(la) que éste último comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor de 18 años, pueden verse comprometidos los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En estos eventos, la falta de reconocimiento jurídico del vínculo familiar, amenaza el derecho constitucional fundamental reconocido en el artículo 44 de la Constitución a no ser separados de su familia. Por lo anterior, la Corte consideró necesario condicionar la exequibilidad de estas normas, 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”.

Como se puede observar, la Corte reitera lo determinado en la Sentencia SU-617-2014, por lo que se debe entender que lo establecido en el numeral 5 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 aplica, de manera extensiva a las uniones conformadas por parejas del mismo sexo.

Atentamente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. Mediante Auto del 4 de octubre de 2010, esta Corporación ordenó mantener en reserva los nombres reales de las accionantes, para asegurar su intimidad y su integridad psíquica y moral.
2. En particular, en la Sentencia C-029 de 2009 se expresó que “al decidir sobre la constitucionalidad de ciertas expresiones que fueron cuestionadas por desconocer los derechos de las personas de un mismo sexo, se determinó que el concepto de familia no era motivo sobre el cual podía pronunciarse la Corte”. En el mismo sentido, la Sentencia C-814 de 2001 afirma la imposibilidad jurídica de autorizar esta forma de adopción.
3. M. P. Alejandro Martínez Caballero
4. Resoluciones 1641 de 2006 y 2310 de 2007
5. La Corte Suprema de Justicia ha sistematizado estos requisitos, de la siguiente manera: i) La existencia de una relación de pareja entre un hombre y una mujer; (ii) no hallarse unidos entre los miembros o integrantes de la relación por un vínculo matrimonial; (iii) la realización de una comunidad de vida permanente y estable; (iv) la realización de una comunidad de vida singular. Al respecto cfr. Las siguientes sentencias: Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, 28 de noviembre de 2012, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda. Exp. 000173-01; Sentencia de

la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, M. P. César Julio Valencia Copete, 10 de junio de 2008. Exp. 2000-00832.

6. (...) Para los fines de la adopción, la convivencia extramatrimonial podrá probarse por cualquiera de los medios siguientes:

(...)

2. Inscripción de la declaración de convivencia que haga la pareja, en la Notaría del lugar del domicilio de la misma, con antelación no menor de dos años.

7. Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 124, Parágrafo único.

8. La doctrina y la legislación en el derecho comparado distingue entre inseminación homóloga e inseminación heteróloga. En aquella el óvulo de la mujer receptora es fecundado con gametos de cónyuge o pareja; en esta última, en cambio, los gametos masculinos provienen de un tercer donante, normalmente desconocida para ella.

9. Ley 9 de 1979, Ley 73 de 1988, Decretos 1546 de 1998 y 2493 de 2004.

10.. Sentencia C-075 de 2007, sobre régimen de sociedades patrimoniales de hecho previsto originalmente para uniones maritales de hecho, se debe aplicar a parejas homosexuales.

Sentencia C-811 de 2007, establece que al Plan Obligatorio de Salud comprende no solo al compañero permanente del afiliado con el que mantenga una unión marital de hecho superior a los dos años, sino también a los compañeros con los que conforme una unión homosexual durante el mismo término.

Sentencia C-336 de 2008, respecto del sistema pensional, en el entendido que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes las parejas del mismo sexo del pensionado fallecido, en los mismos términos de las uniones maritales de hecho.

Sentencia C-798 de 2008, se declara que el delito de inasistencia alimentaria previsto en el artículo 233 de la ley 599 del 2000, comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Sentencia C-029 de 2009, unifica el régimen normativa de ambos tipos de uniones, en una amplia gama de materias, como beneficiarias de la seguridad social en salud y de las prestaciones sociales, el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los servidores públicos y para la contratación estatal, la adquisición y 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, el contenido de los delitos cuyo objeto es la protección de la familia, entre otras.

Sentencia C-577 de 2011, sobre el artículo 113 del Código Civil, que circunscribe el matrimonio a la unión de un hombre y una mujer, y que tácitamente excluye que tal institución pueda estar conformada por dos personas del mismo sexo. En dicho fallo se exhortó al Congreso para que antes del 20 de junio de 2013 regulara de manera integral y sistemática sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

11. En palabras de la Corte Constitucional: En afecto, como el artículo 60 del Código de la Infancia y la Adolescencia estableció un catálogo cerrado de sujetos habilitados para la adopción, y en el caso específico de la adopción por consentimiento, se limitó al cónyuge del padre o madre, o al compañero de éste o de ésta, cuando conforman una unión marital de hecho en los términos del artículo 1 de la Ley 54 de 1995, y como el artículo 42 de la Carta Política establece que “la familia se constituya por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, podría entenderse que la normatividad legal excluye tácitamente a las parejas homosexuales, así como a otra amplia gama de sujetos que no se encuentran vinculados al padre o madre por el matrimonio o por una unión marital de hecho del acceso a la adopción. En otras palabras, la determinación de la Defensoría de Familia no constituye una “vía de hecho administrativa”, como fue sugerido durante el proceso de amparo, pues se atuvo a una interpretación admisible de la legislación vigente. Sentencia SU 617 de 2014.

12. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

13. Comunicado No. 06. Corte Constitucional, Febrero 18 de 2015