

SEÑORES

HONORABLES MAGISTRADOS

CORTE CONSTITUCIONAL

SALA PLENA

E.S.D.

ASUNTO: CUMPLIMIENTO REQUISITOS

EXPEDIENTE: D- 10371

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE IVAN
PALACIO PALACIO

SERGIO ESTRADA VÉLEZ, KAREN RAMIREZ ARCILA, ALLAN DAVID RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL, CARLOS ANDRÉS LÓPEZ PINEDA, ALEJANDRO SÁNCHEZ HINCAPIÉ, ELIANA ARANGO RESTREPO, DANIEL BERMÚDEZ HERRERA, JUAN PABLO MORALES CALLE, JUAN JOSÉ ARANGO RUÍZ, DANIEL FELIPE VALENCIA VÁSQUEZ, ANGIE KATHERINE VALDÉS ARROYAVE, ALEJANDRA HINCAPIÉ MONTOYA, CAMILA ANDREA MAZO MEJIA, ciudadanos, identificados como figura al pie de nuestras firmas, nos dirigimos respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional con el objeto de dar cumplimiento en el debido término a los requisitos exigidos en el auto inadmisorio de la acción.

I. INTEGRACION DE LA UNIDAD NORMATIVA

En el auto inadmisorio se ordena, luego de recordar la sentencia C-802 de 2009 por la cual la Corte Constitucional decidió “inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo acerca de las expresiones demandadas de los artículos 68 de la Ley 1098 de 2006 y 1º de la ley 54 de 1990”, la integración de la unidad normativa incorporando el artículo primero del artículo 64 de la Ley 1090 de 2006 y el artículo primero de la Ley 54 de 1990. Se procede, en consecuencia, a la integración de la unidad normativa incorporando a la acción dichos artículos, con la respectiva formulación de los cargos de impugnación bajo los requisitos establecidos en la sentencia C-1052 de 2001 (claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia).

1. LEY 54 DE 1990

(diciembre 28)

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

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

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.

CARGOS Y RAZONES DE LA VIOLACION

El citado artículo primero (aparte) de la Ley 54 de 1990, viola los siguientes artículos de la Constitución

a. Artículo 13

“Art. 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 discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Cuando el artículo 54 hace referencia a que la unión marital de hecho es la formada por un hombre y una mujer, indicando, además, que para todos los efectos civiles se llama compañero o compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital, se viola el artículo 13 de la Constitución Política en la medida que establece un tratamiento discriminatorio en relación a las parejas del mismo sexo que desean convivir en comunidad permanente y singular.

Mediante sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional realizó control de constitucionalidad a apartes del artículo primero y segundo de la ley 54 de 1990. En esa sentencia quedó establecido que las parejas del mismo sexo no constituyen uniones maritales, pero se les otorgó una protección de sus derechos patrimoniales equiparándolas a las uniones maritales de hecho celebradas entre parejas heterosexuales.

Al día de hoy, se evidencia un déficit de protección en la medida que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-577 de 2011, estableció que las parejas del mismo sexo son familia, debiéndose, en consecuencia, reconocer a las parejas homoparentales los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales de las parejas heterosexuales que viven bajo la unión marital de hecho.

A partir del principio de igualdad de trato ante la ley, no existe razón que impida que las parejas del mismo sexo no solo constituyan sociedad patrimonial sino que funden una unión marital que les permita gozar de los derechos extrapatrimoniales consagrados para las parejas que viven en unión libre, como sería el derecho a la adopción.

Según la sentencia C-022 de 1996, la igualdad es un concepto relacional que exige, para su protección, dar respuesta a dos preguntas: igualdad en qué e igualdad frente a quienes. Pues bien, el reconocimiento de los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales de las parejas del mismo sexo ha estado atado a la posibilidad de que constituyan familia (igualdad en qué). Así, en la sentencia C-814 de 2001 se estableció que a las parejas del mismo sexo no se les estaba violando el derecho a la igualdad al momento de adoptar en la medida que su unión no constituía familia de acuerdo a la voluntad del constituyente plasmada en el texto del artículo 42 de la C.P. Señaló la Corte en su momento:

“Por todo ello, se ajusta a la Constitución el que el legislador limite la libertad del juez que decreta la adopción, señalando que la autorización para adoptar solo puede ser concedida a quienes pretenden conformar la familia que el constituyente quiso proteger. Este y no otro es el interés superior del menor, dentro de la axiología determinada por las normas superiores.

22. Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños” (subrayas extratexto).

La igualdad en relación a qué, permite afirmar que las parejas del mismo sexo son iguales a las parejas heterosexuales en relación al derecho de constituir una familia a través del reconocimiento de la unión marital de hecho y a gozar de los derechos extrapatrimoniales que de ella se derivan. De otro lado, si la Corte Constitucional estableció en sentencia C-577 de 2011 que las parejas del mismo sexo constituyen familia, ellas también deben contar, en ejercicio del derecho a la igualdad, con la posibilidad de constituir uniones maritales.

Se debe resaltar que el concepto de familia asumido por la Corte Constitucional en la sentencia C-814 de 2001, ha cambiado en virtud de la sentencia C-577 de 2011, en la cual se asume una idea amplia de familia, independiente de consideraciones de género. Señaló la Corte que en la noción de familia se debe tener en cuenta aspectos materiales como la unión, el afecto, el amor, la solidaridad, más que los formales referidos a la forma de constitución de la familia (matrimonio o cualquier otra forma de configuración). Expresó:

“...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”¹.

Se deduce de lo anterior que al momento de definir la familia, no pueden ser relevantes aspectos como el género sino otros realmente importantes como la voluntad responsable de convivir, auxiliarse mutuamente y asumir responsabilidades recíprocas. Al respecto, señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011:

“Así pues, los efectos jurídicos propios de la familia se generan cuando entre los miembros de la pareja del mismo sexo se percibe el compromiso de forjar una auténtica comunidad de vida basada en el afecto y que, por ejemplo, comporte el propósito de mantener la convivencia mutua, de proporcionarse acompañamiento y ayuda recíprocos o de asumir en común las responsabilidades que atañen a la pareja y a su entorno compartido.

...Así las cosas, superada la exclusión de las uniones homosexuales del concepto de familia constitucionalmente protegida y sabiendo que el carácter permanente de la convivencia fundado en el mutuo afecto hace de ellas un tipo de familia, falta examinar la cuestión principal propuesta en las demandas, cual es la reclamación del derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio entre sí”.

Debe resaltarse que la noción de familia no se puede limitar al reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a acudir a los diversos modos de constitución de la familia sino, también, en relación al derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a tenerla. Así, también hay violación del derecho a la igualdad cuando se impide que un niño pueda ser adoptado por una pareja del mismo sexo a pesar que esa pareja se erige en un medio para la protección eficaz de su derecho fundamental a tener una familia, establecido en el artículo 44 de la C.P.

¹ 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.

Al respecto, señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011: “el derecho a la familia no es una garantía que se predica solo respecto de los cónyuges”², dado que “es también y fundamentalmente el derecho del niño a que realmente exista un hogar, un vínculo personal”³.

La utilización del género como criterio diferenciador al momento de determinar si pueden constituir unión marital de hecho, no solo afecta los derechos de la pareja homosexual a acceder a la constitución de una unión marital de hecho, sino, también se erige en impedimento para que los menores puedan acceder a este tipo de familia, la que goza de igualdad jurídica con la heterosexual y que, además, es idónea para satisfacer el interés prevalente del niño, niña o adolescente.

En conclusión, a la luz del principio de igualdad y del cambio jurisprudencial ocurrido con la sentencia C-577 de 2011, no se puede justificar que, por un lado, se acepte que las parejas homoparentales tengan los derechos patrimoniales de los compañeros permanentes y, por el otro, no se les permita constituir unión marital de hecho y consecuentemente adquirir los derechos extrapatrimoniales. Se hace necesario, así, superar el déficit de protección que ha caracterizado a las uniones de personas del mismo sexo con respecto a las heterosexuales permitiendo que las parejas homoparentales puedan extender su núcleo familiar y servir, a la vez, de medio de protección del derecho fundamental del niño, la niña o el adolescente a acceder a una familia por medio de la institución de la adopción.

b. Violación al artículo 42

“Art. 42. 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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

² Cfr. Sentencia T-941 de 1999.

³ Cfr. Sentencia T-715 de 1999.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

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.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

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.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

El artículo 42 establece la forma en que se constituye la familia a través de vínculos naturales, jurídicos o por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio. En otro momento, las parejas del mismo sexo, según la sentencia C-814 de 2001, no constituían familia. Expresó la Corte en relación al artículo 42:

La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión “*por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*.” Pero si esta interpretación exegética no se considerara suficiente, la

histórica corrobora la conclusión expuesta. En efecto, el estudio de las actas correspondientes a los antecedentes de la norma en la Asamblea Nacional Constituyente, conduce a idéntica respuesta”(subrayas extatexto).

En virtud de lo expuesto, las parejas del mismo sexo, en la medida que no podían constituir uniones maritales de hecho, tampoco les era posible constituir familia. Pero en la actualidad, la Corte Constitucional ha cambiado esa noción de familia señalando que es insostenible defender una noción atada a la heterosexualidad según el texto del artículo 42, pues se “opone a la pluralidad de familias distintas de la heterosexual que, incluso, han hallado protección en sede de tutela, así como a la evolución del concepto de familia y a su carácter maleable, lo que llevó a considerar la variación de la interpretación tradicional del artículo 42 superior, para que responda de mejor modo a la realidad actual”.

La reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional basada en teorías de derecho viviente y atendiendo al pluralismo proclamado en la constitución, reconoció en la sentencia C-577 de 2011 el estatus de familia a las parejas homoparentales. Familia ya no es solo la monogámica y heterosexual, sino que es toda comunidad de vida basada en lazos de amor, solidaridad y afecto, resultante de la voluntad libre de conformarla.

Este amplio concepto de familia esgrimido por la Honorable Corporación pone en evidencia el problema constitucional que entraña el artículo 1 de la ley 54 de 1990, pues regula las uniones maritales de hecho de tal manera que margina a aquellas familias cimentadas en la diversidad y la diferencia, específicamente, de las uniones de personas que bien cumpliendo con la singularidad y la permanencia definida en el artículo 1 de la mencionada ley, no son instituidas como unión marital de hecho, pues no están conformadas por personas de sexo contrario y por ello no cuentan con la protección legislativa de la que disfrutarían al entrar en esta clasificación.

De este modo, la unión marital de hecho debe ser reconocida como una de las formas de constitución de la familia a favor de las parejas del mismo sexo y resulta inconstitucional la omisión del legislador al no consagrar la posibilidad que esas uniones constituyan uniones maritales de hecho.

El avance jurisprudencial en materia de familia hace necesario un examen constitucional del artículo primero de la Ley 54 de 1990, a la luz de los postulados constitucionales actuales, pues no es lo mismo decir que las familias se constituyen por vínculos jurídicos y naturales entre una mujer y un hombre exclusivamente, a decir que la familia se constituye por lazos de afecto, solidaridad y amor que pueden ser establecidos por la simple voluntad de su conformación. Esto último configuró un cambio de precedente jurisprudencial pues ya no solo se protege a la familia compuesta por una pareja heterosexual si no que se extendió la protección a otros tipos de familia.

A la luz de la variación del precedente judicial entorno al concepto de familia, son múltiples los senderos que se abren para el reconocimiento de derechos de las parejas homosexuales que hasta ahora solo habían disfrutado de derechos patrimoniales como resultado de sentencias integradoras. Aquello que en otrora fue el fundamento principal para negar la igualdad en derechos (la protección constitucional a un solo tipo de familia: la monogámica y heterosexual) de parejas homo y heteroparentales, se erige hoy en principal argumento de violación de la igualdad y que exige proteger esa igualdad.

No existe ninguna razón jurídica, de cara al giro jurisprudencial dado por la sentencia C-577 de 2011, que justifique la restricción del concepto de unión marital de hecho a las parejas heterosexuales. No es posible encontrar un argumento que, sin evocar la discriminación, permita sustentar que solo la convivencia singular con vocación de permanencia de parejas heterosexuales merece el amparo constitucional y que no lo merecen las parejas de igual género.

2. LEY 1098 DE 2006

(Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006)

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

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

“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.

CARGOS Y RAZONES DE LA VIOLACION

El citado artículo 64 (aparte) de la Ley 1098 de 2006, viola los siguientes artículos de la Constitución

a. Artículo 13

Cuando el artículo 64 señala como efectos de la adopción que el adoptante y el adoptivo adquieren los derechos de padre, madre o hijo,

está violando el derecho a la igualdad de dos maneras. De acuerdo a la primera, está limitando la posibilidad de que parejas del mismo sexo adopten en la medida que los efectos derivados de la adopción los circunscribe a la condición de padre o madre, esto es, en relación a la pareja heterosexual, omitiendo por lo tanto la posibilidad de que las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo puedan acceder a los derechos y deberes que por la condición de padres o madres adoptantes se adquieren en virtud del parentesco civil.

No se puede perder de vista que la adopción debe ser vista en un doble sentido, como mecanismo de protección del derecho de los menores y como derecho de los adoptantes a tener una familia (sean estos homosexuales o heterosexuales). Ella refleja dos hipótesis fácticas diversas que comparten unos mismos supuestos normativos por lo que la violación a la igualdad debe ser vista desde ambas perspectivas.

El uso de la expresión padre o madre en el artículo demandado (aparte), está indicando que los efectos de la adopción se producen solo si se trata de una pareja heterosexual, desconociendo los derechos extrapatrimoniales que en ejercicio del derecho a la igualdad tienen las parejas del mismo sexo en atención a que constituyen familia según lo señala la sentencia C-577 de 2011. No se puede permitir bajo el principio de igualdad, que los efectos de la adopción estén condicionados por una categoría sospechosa como es la condición de género de los adoptantes. Así, al no existir una distinción razonable en la cual se permita hacer un trato diferenciado en la institución de la adopción entre una pareja heterosexual y otra homosexual, el derecho a la igualdad se ve vulnerado.

De acuerdo a la segunda, y en virtud del mismo carácter relacional del derecho a la igualdad, cuando el artículo demandado señala que la adopción genera como efecto la adquisición de la condición de hijo frente al padre o la madre, no solo está violando el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, sino que está supeditando la posibilidad de adopción del niño a la condición de género de sus padres (padre o madre). Si la adopción es el principal mecanismo de protección del derecho fundamental del menor a tener una familia, no se puede aceptar como coherente con la Constitución Política que el ejercicio o la protección eficaz de ese derecho dependa del género de los adoptantes.

Si la Corte Constitucional estableció que la conformación de la familia no depende de un concepto estrecho atado a la heterosexualidad, los efectos de la adopción establecidos en el artículo demandado (aparte) referidos al surgimiento de la condición de padre o madre, representa un desconocimiento de la posibilidad de que el adoptivo tenga dos madres o dos padres, esto es, que la pareja del mismo sexo pueda adoptar. Se debe resaltar que al mismo tiempo que se infringe el derecho de la pareja del mismo sexo a adoptar, se está afectando el derecho a la igualdad del niño en tanto que los niños podrían ser adoptados por parejas heterosexuales pero no por parejas homosexuales, cuando lo que interesa es la protección del interés prevalente del niño representado en su derecho fundamental a tener una familia.

Todos los niños en condiciones de adoptabilidad por parte de parejas hetero o homosexuales (igualdad entre quienes), se encuentran en igualdad de condiciones en relación al derecho a tener una familia (igualdad en qué), pero no existe en el ordenamiento jurídico criterio alguno que justifique de manera razonable el reconocimiento para unos del derecho a tener una familia y la negación para otros de poder acceder a ella a través de una pareja homoparental.

Para determinar la inexistencia de un criterio razonable de diferenciación se va a acudir a un test de proporcionalidad que se debe desarrollar teniendo presente que el interés objeto de protección es el derecho fundamental de los niños a tener una familia, derecho prevalente sobre los derechos de los demás. Miremos:

1. Idoneidad o adecuación. ¿Es adecuada la adopción por parejas del mismo sexo para proteger el derecho de los niños a tener una familia?

A través del juicio de idoneidad se analiza que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Será legítimo cuando tal actuación no esté prohibida explícita o implícitamente por la Constitución” (Sentencia T-1023 de 2010). Se debe buscar, según dicha noción, que todo medio esté dirigido a la promoción del derecho o garantía constitucional.

Si, de un lado, la adopción es conocida como la principal medida de protección del interés prevalente del menor en condiciones de orfandad⁴ en tanto que le permite al niño, a la niña o al adolescente acceder a la protección eficaz de su derecho fundamental a tener una familia, y, de otro, si las parejas del mismo sexo constituyen familia de acuerdo a lo declarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, es claro que la implementación de la adopción en parejas del mismo sexo se erige en un medio legítimo, constitucional, para la promoción de ese derecho fundamental.

No se puede afirmar que limitar la adopción de niños, niñas o adolescentes sea una medida adecuada y coherente con el interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia. La adopción, sea por parte de parejas de diverso o de igual sexo, se erige en un medio adecuado para la protección de ese derecho fundamental.

2. Necesidad. A través del juicio de necesidad se busca determinar que *“toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a la consecución del objetivo propuesto. Esta fase del test implica la comparación entre la medida que limita el respectivo derecho fundamental y otros medios alternativos. Sobre este tipo de medios existen dos exigencias: si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida restrictiva para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor”* (Sentencia T-1023 de 2010).

Tanto la adecuación como la necesidad son juicios fácticos. Buscan analizar los medios en relación a los fines. La evaluación de la necesidad ayuda a determinar que entre los medios adecuados se puede optar por uno que promueva el derecho fundamental afectado. Si se trata de promover el derecho fundamental del niño a tener una familia, la adopción, sin consideración al sexo de los padres, se erige en uno de sus principales medios de protección. Si la Ley 1098 de 2006 señala que la adopción es, por excelencia, una medida de protección del menor, se

⁴ Ley 1098 de 2006. Art. 61. 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.

debe imponer la posibilidad de que las parejas del mismo sexo sirvan de medio para la promoción eficaz de ese derecho.

3. **Proporcionalidad en sentido estricto.** Se entiende por este subprincipio la necesidad de determinar que con la medida que se determine como adecuada y necesaria, no se está infringiendo derechos y principios de mayor peso. Para este caso, en tanto que no existe algún sacrificio de otro (s) principio (s) o derecho (s) constitucional (es) y a que se busca proteger el interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia, la medida es proporcional en sentido estricto.

En conclusión, las parejas del mismo sexo pueden adoptar en la medida que es un medio adecuado y necesario de protección del derecho fundamental del niño, la niña o el adolescente a tener una familia y no viola ningún otro principio o derecho de mayor peso o importancia.

b. Violación del artículo 42 de la C.P.

Cuando el artículo demandado afirma entre los efectos de la adopción que los adoptantes adquieren derechos y obligaciones de padre o madre, está desconociendo que parejas del mismo sexo constituyen familia y, en consecuencia, que es necesario extender los derechos extrapatrimoniales otorgados a los heterosexuales, a las parejas del mismo sexo que constituyen familia.

Si la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-075 de 2007 que “la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución”, de igual manera se debe estimar que la desprotección en el ámbito extrapatrimonial aparea las mismas consecuencias, máxime cuando se tiene claro que las parejas del mismo sexo constituyen familia.

Señaló la Corte Constitucional en esa misma sentencia:

“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 jurídico 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...se reitera, mantener ese régimen de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales e ignorar la realidad constituida por las parejas homosexuales, resulta discriminatorio”.

Precisamente, la razón para el tratamiento igualitario es reconocida por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“...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”.

En ese mismo orden de ideas, si las parejas del mismo sexo son familia, no hay razón que impida que los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales reconocidos a las parejas del mismo sexo, sean otorgados a las parejas del mismo sexo.

Con la expedición de la sentencia C-577 de 2011, el concepto de familia en el ordenamiento jurídico colombiano es interpretado por la jurisdicción constitucional de manera amplia y no restringida puesto que

ya no comprende solamente la pareja heterosexual y monogámica, sino, también otros tipos de familia, entre ellos, aquella conformada por las parejas del mismo sexo, por lo que ambos tipos de parejas deben contar con los mismo derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Por lo anterior, la norma demandada vulnera el derecho fundamental de los menores a tener una familia, pues impide que en la hipótesis en que un menor pueda ser adoptado por una pareja homosexual, no se extienden los efectos jurídicos propios de la figura de la adopción a las parejas homoparentales, limitando el derecho fundamental que consagra el artículo 42 superior.

c. Violación del artículo 44 de la C.P.

Cuando el artículo 64 (aparte) indica que entre los efectos de la adopción está la adquisición del adoptivo de la condición de hijo respecto del padre o madre, está indicando que ese menor no puede ser adoptado por parejas del mismo sexo infringiendo así el derecho fundamental a tener una familia consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política.

No se debe olvidar que el interés prevalente del menor está representado en su derecho fundamental a tener una familia, derecho que es prevalente sobre los derechos de los demás y que el mecanismo de protección más importante es la adopción.

Reconocer que las parejas del mismo sexo son familia y, al mismo tiempo, negar la posibilidad de que puedan facilitar el ejercicio eficaz del derecho fundamental de los niños a tener una familia (Art. 44 C.P.), conduciría a afirmar que esas parejas constituyen una categoría especial de familia a la que no pueden acceder los niños, las niñas y adolescentes en condiciones de adoptabilidad, afirmación que va en contra de la constitución en la medida que no existe razón jurídica alguna que le impida al menor tener una familia homoparental.

II. DEMANDA EN CONTRA DE INTERPRETACIÓN INCONSTITUCIONAL REALIZADA POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

Se inadmite la acción con fundamento en la siguiente razón:

“4.3. Por último, en el expediente D-10371 se demanda la interpretación inconstitucional realizada por autoridades administrativas. En cuanto a esta acusación debe recordarse que si bien es cierto que excepcionalmente la Corte ha aceptado la demandas contra interpretaciones, también lo es que ellas deben ser de naturaleza “judicial”, lo que no ocurre en el asunto bajo examen o por lo menos no se acredita de manera clara, cierta específica, pertinente y suficiente”.

Se observa que la inadmisión obedece a que la acción debe dirigirse en contra de interpretación inconstitucional judicial y no administrativa. A continuación se exponen las siguientes razones que obligan a insistir en la presentación de la acción con el fin de controlar las interpretaciones inconstitucionales de la ley realizadas de manera generalizada por autoridad administrativa:

1. Autorización por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-802 de 2008.

En la acción se manifestó que el control constitucional no se puede reducir a ser mecanismo de preservación del texto de la Constitución. Debe velar, además, por la eficacia de las decisiones que de él se deriven. La eficacia en el ejercicio del control constitucional exige ir más allá del control a la norma creada por el legislador a través de la eliminación de su enunciado, de su aclaración o complementación. Debe procurar porque todos los servidores públicos, funcionarios administrativos y jurisdiccionales, acaten lo dispuesto por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Así lo ha manifestado claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-802 de 2008:

“De esta manera, el control frente a las interpretaciones de normas con fuerza material de ley, es válido en la medida en que su objetivo es hacer compatible la labor de los operadores jurídicos (judiciales o administrativos) con los valores, principios, derechos y garantías que subyacen en la Carta Política”. (Subrayas extratexto).

Pobre favor hace a la teoría del derecho viviente, que exige el paso del derecho de los textos al derecho en acción, un control constitucional al que le sea indiferente el no acatamiento de las decisiones de la Corte Constitucional por parte de los restantes órganos del poder público. No solo afecta ese derecho viviente sino que infringe el mismo principio de la primacía constitucional, en la medida que el control se limita al legislador y no a aquellas interpretaciones realizadas por los jueces o por autoridades del orden administrativo que igualmente, deben dar aplicación a los mandatos constitucionales y a las decisiones que adopte esa alta corporación. Si la Corte Constitucional es el órgano de cierre del ordenamiento jurídico, sus decisiones vinculan a todos los operadores jurídicos, no solo a los jurisdiccionales.

Se puede inferir que fue, pues, la misma autorización de la Corte Constitucional para demandar interpretaciones inconstitucionales generalizadas realizadas por órganos administrativos la que legitimó el cargo de impugnación presentado en esta acción.

2. Fuerza vinculante del precedente de la Corte Constitucional frente a funcionarios administrativos. Sentencia C-816 de 2011.

Mediante sentencia C-816 de 2011, la Corte Constitucional realizó control de constitucionalidad del artículo 102 (parcial) de la ley 1437 de 2011, por el cual se estableció la extensión de los efectos de las sentencias de sala plena del Consejo de Estado a terceros que acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. El texto demandado e integrado por la Corte para el desarrollo del control constitucional fue el siguiente:

ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un

derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

(...)

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Entre los problemas a resolver, destacó la Corte si los apartes demandados vulneran por omisión legislativa relativa el principio de supremacía de la Constitución (CP, art 4) y las competencias de la Corte Constitucional (CP, art 241), al desconocer la condición prevalente de la norma y la jurisprudencia constitucionales. Señaló que además del sometimiento de los jueces y funcionarios administrativos a la ley y a la Constitución, deben respeto al principio de igualdad que debe ser acatado en el ámbito de la esfera pública como en los procesos judiciales. Expresó:

“En otras palabras, el deber de las autoridades de trato igualitario a las personas emana de la obligación general de acatamiento de la Constitución y la ley, inscrito en la noción de Estado de Derecho. De este modo, desde el momento en que las autoridades administrativas juran el cumplimiento de la Constitución y de la ley -actos de legislación-, se encuentran obligados a la garantía de la igualdad legal de todos los ciudadanos, tanto en el ámbito de la administración pública como en la esfera de los procesos judiciales...

...El ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del estado constitucional de derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección debidos a los ciudadanos, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados, la buena fe y la coherencia del orden jurídico. Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas.

Y afirma:

“Precisamente, tanto (i) la *extensión administrativa de las sentencias de unificación* -ordenada en la norma legal demandada- como (ii) la *fuerza de los precedentes judiciales*, son mecanismos puestos a disposición de los jueces y la administración, para concretar la igualdad de trato que unos y otros deben a las personas. Una mirada a ellos resulta ilustrativa para el examen de la tensión que puede darse entre el deber de adjudicación igualitaria de los derechos mediante la extensión de la jurisprudencia o la aplicación del precedente judicial, y a través del carácter auxiliar de tal jurisprudencia.

...En efecto, un estado de derecho se edifica sobre la obligatoriedad de las decisiones de los jueces, quedando los restantes servidores de otras ramas del poder atados a sus providencias y, aún más, compelidos a realizar su cumplimiento. De este modo, los autos y sentencias judiciales en firme que deciden un caso concreto, son indiscutibles para la administración”.

Y en relación a la fuerza vinculante de las decisiones jurisdiccionales de los órganos de cierre para las autoridades administrativas, expresó:

También las autoridades administrativas son sujetos de estos mandatos superiores y, en consecuencia, puede el Legislador extender a sus actuaciones el valor vinculante de la jurisprudencia emanada de las altas cortes jurisdiccionales, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional. La sentencia C-539 de 2011⁵ hizo un recuento de las reglas jurisprudenciales relacionadas específicamente con la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución, a la ley y a la jurisprudencia dictada por las Altas Cortes; allí se reafirmó el sometimiento de toda autoridad pública al imperio de la Constitución y la ley -CP, 230- y, también el deber de respeto por el precedente judicial emanado de los órganos judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones, basado en la prevalencia de la

⁵ Sesión de la Corte Constitucional, de 6 de julio de 2011. En ella se examinó la Ley 1395/11, artículo 14, en el marco de una legislación de descongestión judicial, dispuso que las autoridades “*tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos*”. Los temas de aplicación de tal regla son determinados asuntos laborales, de responsabilidad extracontractual de la administración o tributarios y aduaneros.

Constitución, como norma de normas, y en la igualdad de todos ante la ley como parámetro de actuación de las autoridades, el debido proceso y el principio de legalidad. Dice así el aparte referido de la sentencia:

“La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa -art. 29, 121 y 122 Superiores-, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v) las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P”.
(Subrayas fuera del original)

Con fundamento en los anteriores argumentos y en el deber de proteger la confianza legítima, la seguridad jurídica y la igualdad, la Corte Constitucional señala la obligatoriedad del precedente emitido por esa corporación en el ejercicio de la función administrativa, declarando la constitucionalidad condicionada de la norma demandada “entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”.

A modo de conclusión, es claro que las autoridades administrativas están obligadas por los precedentes establecidos por los órganos judiciales de cierre, en especial, por la Corte Constitucional en virtud del principio de primacía constitucional, de la igualdad de trato ante la ley, de la confianza legítima y de la seguridad jurídica. Así, no tendría justificación alguna que la Corte

Constitucional precise una interpretación en relación a la noción de familia en la sentencia C-577 de 2011 y, seguidamente, la autoridad administrativa determine un sentido no solo distinto sino contrario al establecido por el órgano de cierre en lo constitucional.

3. Existencia de interpretaciones generalizadas de la ley realizadas por el I.C.B.F. al margen de la Constitución y el precedente Constitucional.

Relacionado con la fuerza vinculante del precedente constitucional analizada en el numeral anterior, se encuentra el deber de velar por la aplicación eficaz de las interpretaciones adoptadas por la Corte Constitucional como órgano de cierre del sistema. Precisamente, uno de los más importantes logros alcanzado por la Corte Constitucional en relación al sistema de control constitucional, es el referido a la posibilidad de que esa alta corporación no solo desarrolle el control constitucional a partir de la confrontación entre los enunciados normativos o sus sentidos con el texto de la Constitución y el bloque de normas constitucionales, sino que el mismo se pueda extender a aquellas interpretaciones generalizadas que realizan las entidades del Estado que representan una violación de normas constitucionales. Es una de las más significativas expresiones del denominado derecho viviente.

Para justificar la necesidad del control a interpretaciones generalizadas de servidores públicos, se hizo mención en la acción a las siguientes pruebas que son lo suficientemente ilustrativas de una línea argumentativa generalizada asumida por el ICBF en relación al artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y al artículo 42 de la Constitución Política, que no es coherente con la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ni con la noción actual de familia adoptada por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 2011:

- A. Respuesta del ICBF a acción de tutela presentada por el ciudadano norteamericano Chandler Burr en la que se indica "...cuando una persona homosexual, sea una mujer o un hombre ó una pareja homosexual decide solicitar una adopción, desde la simple perspectiva exegética y literal de la constitución, no constituyen familia" Subrayas extratexto. (sentencia T-276 de 2012).
- B. Respuesta negativa a solicitud de adopción instaurada por pareja del mismo sexo, proferida por la Defensora Segunda de Familia del ICBF de Rionegro mediante comunicado 051120003800 del 8 de febrero del 2008. Allí se indica como razón de la negativa el hecho de tratarse de

parejas del mismo sexo y porque la legislación colombiana no admite ni consagra la adopción de parejas homosexuales.

- C. Intervención de la Defensora Segunda de Familia en respuesta a acción de tutela instaurada por pareja del mismo sexo de Rionegro (Antioquia) en la que reiteró su negativa a conceder la adopción con fundamento en la sentencia C-814 de 2001, en la que se indicó que las parejas del mismo sexo no constituyen familia.
- D. Intervención del ICBF en el proceso que dio lugar a la sentencia C-802 de 2009. En la que, para el organismo, de acuerdo con el régimen constitucional vigente a la fecha de su intervención en la demanda:

“... otorgarle a una pareja homosexual la posibilidad de adoptar a un menor resultaría contrario al derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella.”

Además, ubicando como fuente argumentativa la sentencia C-814 de 2001, afirmó:

“... lo anterior no comporta una violación del derecho a la igualdad de los integrantes de las parejas homosexuales, puesto que tal como se puso de presente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-814 de 2001, ellas no se enmarcan dentro del concepto constitucional de familia. Por lo tanto, en aquellos eventos en que se presentaren conflictos entre los derechos a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de las parejas homosexuales y los derechos de los niños a formar parte de una familia protegida por la Carta Política, los mismos tiene clara resolución a la luz del artículo 44 Superior, el cual señala la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás”

- E. Concepto jurídico 18006 de 2011 elaborado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el que se resalta a modo de conclusión:

“... el matrimonio entre parejas del mismo sexo no existe en Colombia, se equiparó el régimen de protección patrimonial de la unión marital de hecho de las parejas heterosexuales a las parejas homosexuales por parte de la

Corte Constitucional, quiere decir esto, 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 y ii) no se encuentra aprobada la adopción en Colombia para parejas del mismo sexo.”

F. Respuesta a derecho de Petición presentada por esta clínica de fecha mayo 27 de 2013 (Se adjuntó a la acción). Es necesario resaltar que el ICBF no solo no dio respuesta a varios de los interrogantes de gran importancia social y, en especial, en relación a la protección de los niños, niñas y adolescentes, sino que va en contra de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011. El ICBF afirma:

“De la mencionada norma constitucional se concluye que la familia, en tanto núcleo fundamental y básico de la sociedad, constituida por vínculos naturales o jurídicos, tiene como sujetos predeterminados: “un hombre y una mujer.

Desconoce así el ICBF, la noción de familia homoparental reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011. La situación es mucho más grave cuando en esa misma respuesta dicha entidad vincula la noción de familia con el matrimonio para afirmar que ambas se constituyen a partir de una pareja heterosexual:

“La estructuración del concepto de familia desde la Constitución (art. 42), tiene su configuración social, a partir de una célula social, como en la gran mayoría de países del mundo, que la familia y el matrimonio de donde deriva, se constituyen a partir de una pareja heterosexual. Cualquier interpretación en sentido contrario desconocería la configuración de las instituciones del matrimonio y de la familia en la Carta Política, por lo que para darles un entendimiento distinto al aquí expuesto, sería necesario el cambio de la Constitución en esta materia” (Subrayas ajenas al texto).

Igual reproche merece la vinculación necesaria a modo de “causa y efecto” entre los conceptos de familia y matrimonio:

“Es requisito indispensable la conformación de la familia en los términos señalados en la Constitución Política, esta a su vez establece una relación de causa a efecto entre las dos instituciones: La Familia y el Matrimonio, indicando desde su literalidad, que la primera se constituye por vínculos naturales o jurídicos, precisando en el predicado final del inciso primero del artículo 42 Supremo, que los vínculos naturales u (sic) jurídicos que la constituyen son el matrimonio, cuyos fines el legislador hace coincidir con los de la familia, o la voluntad de conformarla, por unos, se resalta, sujetos expresamente indicados: “un hombre y una mujer”.

G. Respuesta a derecho de Petición presentada por esta clínica de agosto del año 2013 (Se adjuntó a la acción). En la respuesta, al igual que en la petición anteriormente analizada, se defiende una noción de familia totalmente distinta a la reconocida por la Corte Constitucional. Expresó el ICBF:

“...(c)onsideramos necesario reiterar el contenido del oficio radicado bajo el número 42912 del 10 de julio del 2013, en sentido que a la fecha la Constitución Política consagra que la familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer...Varios elementos se desprende de esta definición: - Los sujetos: Un hombre y una mujer”

El I.C.B.F. insiste en esa noción de familia heterosexual en los siguientes términos interpretando el artículo 42 de la C.P.:

“De la mencionada norma constitucional se concluye que la familia, en tanto núcleo fundamental y básico de la sociedad, constituida por vínculos naturales o jurídicos, tiene como sujetos predeterminados: “un hombre y una mujer”.

Del estudio de la respuesta a esta segunda petición, se pueden formular las mismas conclusiones formuladas frente a la primera petición: si bien el ICBF es el órgano que asume de manera principal la protección de los niños, niñas y adolescentes, desconoce sus derechos al defender una noción de familia distinta a la indicada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011. En esta segunda respuesta se mantiene una noción de familia que no corresponde a la reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, lo que representa un desconocimiento del precedente judicial.

Se debe insistir en que la Constitución impera sobre todos los poderes públicos y limita todas sus actuaciones. Por lo que el control de las interpretaciones inconstitucionales imprecado en la acción, se ciñó a los requisitos exigidos por el Auto A-196 de 2005⁶ y a los establecidos en la sentencia C-802 de 2008 (claridad, certeza y especificidad, pertinencia, suficiencia).

La Corte Constitucional debe procurar porque todo operador judicial o administrativo interprete la ley y la Constitución de manera coherente con sus mandatos y con la interpretación fijada por ese órgano de cierre, respetando, eso sí, las competencias otorgadas por el ordenamiento a los demás órganos jurisdiccionales para el control de otro tipo de normas como los decretos, resoluciones, etc. Lo importante, como lo dice la Corte en Auto A-196 de 2005, es que esa interpretación “entrañe un verdadero problema constitucional”, que en el caso sometido a estudio se concreta en la protección del derecho interés primordial del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia, derecho que prevalece sobre los derechos de los demás.

En conclusión, pobre favor hace a la teoría del derecho viviente, que exige el paso del derecho de los textos al derecho en acción, un control constitucional al que le sea indiferente el no acatamiento de las decisiones de la Corte Constitucional por parte de los restantes órganos del poder público. No solo afecta ese derecho viviente sino que infringe el mismo principio de la primacía constitucional, en la medida que el control se limita al legislador y no a aquellas interpretaciones realizadas por los jueces o por autoridades del orden administrativo que igualmente deben dar aplicación a los mandatos

⁶ A. Una decisión de la Corte Constitucional que defina el sentido de la norma. B. Una interpretación generalizada o consistente de la norma declarada constitucional por parte de una autoridad judicial en un sentido contrario al establecido por la Corte Constitucional. C. Relevancia constitucional en el entendido de que no basta que el sentido sea diverso sino que debe representar la infracción de las garantías constitucionales que pretende proteger la Corte Constitucional.

constitucionales y a las decisiones que adopte esa alta corporación. El mismo desconocimiento de la constitución que puede hacer el juez al momento de aplicarla, es el desconocimiento que puede hacer el funcionario administrativo al momento de interpretar la ley.

4. **Argumento lógico.** Las mismas razones que existen para controlar las interpretaciones de la ley realizadas de manera generalizada por los jueces, se pueden extender a las interpretaciones de la ley realizadas por los funcionarios administrativos.

Mediante Auto A- 103 de 2005, la Corte Constitucional señaló los requisitos para controlar las interpretaciones generalizadas realizadas de la ley: a. Una decisión de la Corte que defina el sentido de la norma; b. Una interpretación generalizada; c. Que sea un asunto de relevancia constitucional, requisitos todos que se explicaron en la acción. Se lee en ese auto: “las demandas sobre interpretaciones jurídicas deben sugerir por lo menos, que las acusaciones se dirijan contra normas jurídicas legales, esto es derivadas de interpretaciones de uno o varios textos legales que no obstante esa relación, sean consideradas como inconstitucionales”. El problema está si el control se puede extender a las interpretaciones generalizadas realizadas por funcionarios administrativos.

En ese mismo auto señaló la alta corporación que no era competente para realizar el control de interpretaciones de decretos realizada por los jueces, en atención a que la Corte Constitucional le está asignada la competencia del control constitucional de normas con rango de ley. Si la razón de no controlar interpretaciones de normas con rango inferior a la ley recae en la no invasión de órbitas competenciales, contrario sensu, a la Corte le corresponde velar por aquellas interpretaciones de la ley, y con mayor razón de la misma Constitución, realizadas por autoridades administrativas que desconozcan el sentido fijado por el órgano de cierre en lo constitucional.

La razón que existe para que la Corte Constitucional no controle las interpretaciones de decretos realizada por los jueces (no es de competencia de la Corte controlar normas de rango inferior a la ley), no se presenta frente al control que debe realizar la Corte a interpretaciones que los funcionarios administrativos realizan de la ley y de artículos de la Constitución Política cuyo sentido ya fue definido por ese órgano de cierre.

La acusación se dirige, como se demostró en la acción, frente a la interpretación que el I.C.B.F hace del artículo 68 y del artículo 42 de la Constitución Política que le lleva a concluir que las parejas del mismo sexo no son familia, en sentido contrario al fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011,

en la que se indica que si constituyen familia. Se advierte como la interpretación que se ataca en esta oportunidad recae sobre normas de naturaleza legal (Art. 68 Ley 1098 de 2006 y Art. 113 del Código Civil) y constitucional (Art. 42 C.P.), que incorporan un problema de carácter constitucional referido a la noción de familia que debe ser objeto de protección por parte de toda autoridad administrativa y jurisdiccional.

Recuérdese que esa alta Corporación, mediante sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó, interpretando el artículo 42 de la Constitución Política, que las parejas del mismo sexo constituyen familia. La Corte Constitucional define la familia en sentido amplio señalando que es una “comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”⁷. Igualmente resalta la Corte Constitucional, en apoyo en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la noción de familia se debe tener en cuenta aspectos materiales como la unión, el afecto, el amor, la solidaridad, más que los formales referidos a la forma de constitución de la familia (matrimonio o cualquier otra forma de configuración).

“...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”⁸.

⁷ *Ibidem*.

⁸ 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.

Se infiere con claridad que al momento de definir la familia no puede ser tenido en cuenta el género de las personas que intervienen en su configuración. Esto se confirma con las siguientes palabras:

“Así pues, los efectos jurídicos propios de la familia se generan cuando entre los miembros de la pareja del mismo sexo se percibe el compromiso de forjar una auténtica comunidad de vida basada en el afecto y que, por ejemplo, comporte el propósito de mantener la convivencia mutua, de proporcionarse acompañamiento y ayuda recíprocos o de asumir en común las responsabilidades que atañen a la pareja y a su entorno compartido.

...Así las cosas, superada la exclusión de las uniones homosexuales del concepto de familia constitucionalmente protegida y sabiendo que el carácter permanente de la convivencia fundado en el mutuo afecto hace de ellas un tipo de familia, falta examinar la cuestión principal propuesta en las demandas, cual es la reclamación del derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio entre sí”.

Si para la Corte Constitucional las parejas del mismo sexo constituyen familia, no se entiende como el I.C.B.F., como máxima autoridad administrativa encargada de la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, asume una idea de familia vinculada a la heterosexualidad de la pareja.

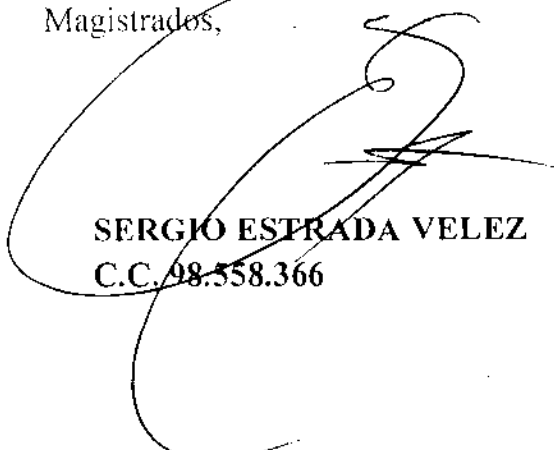
A modo de conclusión, se puede señalar que el juicio de inconstitucionalidad de las interpretaciones generales de la ley se debe extender, en atención a la naturaleza del control constitucional, al deber de protección de la integridad y primacía constitucional, a la necesidad de corregir una realidad que refleja el desconocimiento de los mandatos constitucionales por parte de la principal entidad administrativa encargada de la protección de los niños, las niñas y los adolescentes (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) y al carácter vinculante del precedente judicial, a las interpretaciones generalizadas de la ley realizadas por servidores públicos del orden jurisdiccional o administrativo. Lo importante es que, como bien lo recuerda la Corte, no se invada “la esfera de autonomía reservada a otras autoridades” y que “la

controversia trascienda el ámbito estrictamente legal y adquiera relevancia constitucional”⁹.

Los accionantes debemos insistir, de la manera más respetuosa y con fundamento en las razones expuestas, en la necesidad de ejercer un control constitucional a las interpretaciones generalizadas de la ley realizadas por autoridades administrativas, tema que por su trascendencia constitucional debe ser considerado en el debate al que se someta la acción y no como requisito de admisibilidad. Los accionantes solicitamos se de aplicación al principio *in dubio pro actore* a efectos de que el tema referido al control por interpretación generalizada de la ley realizada por funcionarios administrativos, sea analizado, dada su importancia, al momento de la decisión y no con la admisión. No obstante, con el objeto de no obstaculizar la admisión de la acción y en la medida que existen otros cargos genéricos de impugnación (violación del derecho a la igualdad de los niños huérfanos que pueden ser adoptados por parejas heterosexuales frente a aquellos que no pueden ser adoptados por parejas homosexuales, violación del derecho a la igualdad de las parejas homosexuales en relación a la facultad para adoptar y, finalmente, la existencia de una omisión legislativa), manifestamos que de no ser aceptadas las razones expuestas, renunciámos al cargo de impugnación referido al control de interpretaciones inconstitucionales generalizadas de la ley realizadas por autoridades administrativas.

Finalmente, en relación a la presentación personal de la demanda, la ciudadana CAMILA ANDREA MAZO MEJIA realiza la respectiva presentación personal.

No siendo otro el objeto de la presente, nos suscribimos de los Honorables Magistrados,

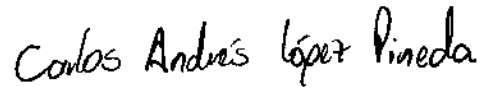


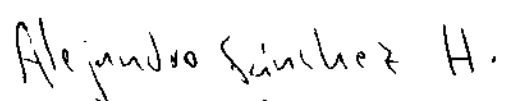
SERGIO ESTRADA VELEZ
C.C. 98.558.366

Karen Ramírez Arcila.
KAREN RAMÍREZ ARCILA
C.C. 1.152.189.396

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-426 de 2002. Ver también la sentencia C-1436 de 2000.


ALLAN RODRIGUEZ ARISTIZÁBAL
C.C. 1.152.436.962


CARLOS LÓPEZ PINEDA
C.C. 1.088.282.339


ALEJANDRO SÁNCHEZ HINCAPIÉ
C.C. 1.152.446.224

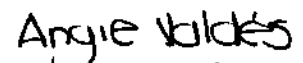
ELIANA ÁRANGO
RESTREPO
C.C. 1.039.457.292

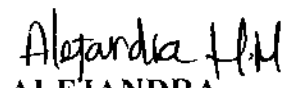

DANIEL BERMÚDEZ HERRERA
C.C.1.037.625.764

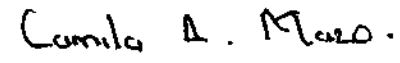

JUAN PABLO MORALES
CALLE
C.C. 1.088.300.556


JUAN JOSÉ ARANGO RUÍZ
C.C. 1.152.202.348


DANIEL VALENCIA
VÁSQUEZ
C.C. 1.042.771.599


ANGIE VALDÉS ARROYAVE
C.C. 1.152.448.818


ALEJANDRA HINCAPIÉ
MONTAYA
C.C. 1.047.970.201


CAMILA ANDREA MAZO MEJIA
C.C. 1.035.229.063

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
DE COLOMBIA

D-10371
OK



ASUNTO: PRESENTACIÓN ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

ARTÍCULOS DEMANDADOS: ARTICULOS 64, 66 Y 68 EN SUS NUMERALES 3 Y 5 DE LA LEY 1098 DE 2006 CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (APARTES) Y EN CONTRA DE LA INTERPRETACIÓN INCONSTITUCIONAL REALIZADA POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (AUTO A-196 de 2005, SENTENCIAS C-802 DE 2008 Y C-842 DE 2010)

La Clínica Jurídica en Teoría General del Derecho de la Universidad de Medellín tiene como unos de sus principales objetivos proponer soluciones a problemas sociales que ayuden a la promoción de los principios democráticos y al fortalecimiento de los derechos fundamentales. Con fundamento en él, se permite instaurar la presente acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 64, 66 y 68 en sus numerales 3 y 5 de la Ley 1098 de 2006 código de la infancia y la adolescencia (apartes) y en contra de la interpretación inconstitucional realizada por autoridades administrativas (auto A-196 de 2005, sentencias C-802 de 2008 y C-842 de 2010).

Es de público conocimiento la admisión mediante auto de julio once del cursante año (expediente D-10315) de acción de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas en contra de los enunciados acá acusados. Ello exige enunciar brevemente las razones que motivan la presentación de esta nueva acción, las que se podrían sintetizar en su carácter complementario y en su pertinencia en relación a la protección integral del orden jurídico y el amparo eficaz de los derechos fundamentales. Son ellas:

1. El accionante hace mención al inicio de su acción a la cosa juzgada para advertir con ello que solo existe una cosa juzgada relativa que no impide la nueva revisión de la normativa acusada, y que es necesario cambiar el precedente judicial en atención a la expedición de la sentencia C-577 de 2011 en la que se adoptó una concepto amplio de familia.

Pues bien, ambos aspectos ya fueron planteados ante la Honorable Corte Constitucional mediante acción presentada por esta misma Clínica Jurídica, en la que se resaltó la imperiosa necesidad de variar el precedente establecido en la sentencia C-814 de 2001, por la cual esa Alta Corporación interpretó la expresión “moral” del artículo 89¹ del Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, y el artículo 90² ib. (apartes).

En esa sentencia C-814 de 2001, la Corte Constitucional expresó claramente que serían dos, entre otros, los problemas que iba a abordar: la posibilidad de que el legislador establezca requisitos de idoneidad moral y la conformidad con la Constitución Política de la adopción en parejas del mismo sexo, lo que significa que la razón de la decisión tendría por objeto el análisis y definición de la posibilidad de adopción para parejas del mismo sexo³.

En la acción presentada en su momento fueron expuestas las razones por las cuales la Corte debía abordar nuevamente el estudio de su decisión en virtud del cambio de las circunstancias sociales y, especialmente, de la existencia de un precedente judicial que incorporó una noción de familia más amplia (sentencia C-577 de 2011).

Esa acción dio lugar a la sentencia C-710 de 2012, en la que esa Alta Corporación expone, básicamente, la imposibilidad de ejercer el control de

¹ Artículo. 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 para suministrar hogar adecuado y estable al 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.”

² 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 ellas, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior

³ “De conformidad con lo expuesta, corresponde a la Corte definir si el legislador puede o no establecer exigencias de carácter moral para efectos de que se conceda un niño en adopción, y si resulta conforme con la Constitución la adopción por parte de homosexuales” (subrayas extratexta)

constitucionalidad con fundamento en tres ideas: la primera, que entre las competencias establecidas en el artículo 241 de la Constitución Política no está consagrada aquella que le permite a la Corte examinar sus propias sentencias⁴ pues su función en controlar solo las disposiciones con rango de ley; la segunda, que frente a las sentencias de constitucionalidad no procede la acción pública en virtud de la cosa juzgada; la tercera, que los cargos carecen de certeza en atención a que están soportados en una interpretación subjetiva de los accionantes incurriendo en una conducta *judici decipiendi intentio*⁵.

En esta nueva acción se demuestra⁶ no solo que la cosa juzgada que ampara la sentencia C-814 de 2001 debe variar sino que ha dado lugar a interpretaciones realizadas por autoridades públicas, en especial por la principal autoridad administrativa (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F.) encargada de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que desconocen el interés prevalente del niño, niña y adolescente concretado en su derecho fundamental a tener una familia.

Lo expuesto justifica la exposición de nuevos argumentos de impugnación como la violación del principio de igualdad, la existencia de una omisión legislativa relativa y el control a interpretaciones generalizadas realizadas por autoridades administrativas.

2. Con el fin de demostrar la necesidad de variar el precedente establecido en la sentencia C-814 de 2001 (inexistencia de cosa juzgada) y la existencia de interpretaciones realizadas por autoridades públicas, en especial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que no solo van en contra de la sentencia C-577 de 2011 sino que niegan la protección del interés prevalente del menor (representado en su derecho fundamental a tener una familia, derecho que es prevalente sobre los derechos de los demás), se presenta esta nueva acción que contiene unos argumentos complementarios a la acción ya admitida y que demuestran que la interpretación de los accionantes en la acción presentada en la acción que dió lugar a la sentencia C-710, no era subjetiva ni quería llevar a un *error in judicando*,

⁴ “Por tanto, la Corte Constitucional no es competente para conocer sobre la presunta inconstitucionalidad de sus propios fallos cuando es demandada en sede de acción pública de inconstitucionalidad. La Corte solamente es competente para ocuparse de disposiciones con rango legal”.

⁵ Inducir al juez al error.

⁶ Tercer cargo general enunciado como “EXISTENCIA DE UNA INTERPRETACIÓN INCONSTITUCIONAL GENERALIZADA EN EL SECTOR ADMINISTRATIVO (AUTO 196 DE 2005, SENTENCIAS C-802 de 2008 y C-842 DE 2010). Control constitucional sobre interpretaciones inconstitucionales generalizadas realizadas por servidores públicos”.

3. La acción admitida hace especial énfasis en el derecho de las parejas homosexuales a ser tratadas en igualdad de condiciones. Frente a ello no hay objeción alguna, pero no hace detallada mención al interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia, el que se considera debe ser el principal objeto de protección por ser un derecho prevalente sobre los derechos de los demás⁷.

La presente acción resalta, así, una razón de mayor peso por mandato de la misma Constitución Política: el derecho fundamental de los niños a tener una familia, derecho que no solo ya está reconocido de manera expresa por la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad, sino que es prevalente sobre los derechos de los demás.

4. La acción presentada y admitida no posee un análisis detallado en relación a la adopción como principal mecanismo de protección de los niños, niñas y adolescentes. Este mecanismo no puede verse como el medio de protección de la igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales sino, en coherencia con el mismo texto constitucional y con el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, como el principal mecanismo de protección del derecho del niño, niña y adolescente a tener una familia.
5. La acción admitida omite hacer mención a importantes cargos de impugnación soportados en normas del bloque de constitucionalidad que buscan proteger los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La presente acción propone la inconstitucionalidad con fundamento en otras importantes normas de *ius cogens* en las que se reconoce claramente la obligación de respetar el derecho de los niños a tener una familia, la imposibilidad de discriminación de los niños en razón al sexo de los padres, la obligación de procurar por la protección del interés prevalente de los niños, etc. Son ellas:

Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991 (inciso 6 y 7)⁸; Art. 2º. Convención sobre los derechos del niño adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991⁹; Art. 3º

⁷ “Art. 44... Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”

⁸ Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, (subrayas fuera de texto).

⁹ “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. (subrayas ajenas al texto). 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o

Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991¹⁰; art. 21 Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991¹¹; Art. 10 Pacto Internacional de derechos económicos, Sociales y Culturales, Ley 74 de 1968¹²; Convención Americana sobre derechos humanos. Ley 76 de 1992, Art. 19¹³; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado el 29 de octubre de 1969 Artículo 24¹⁴

6. La acción admitida no hace mención al problema del control constitucional a interpretaciones inconstitucionales realizadas de manera generalizada por funcionarios administrativos.

La presente acción demuestra en detalle, con apoyo en varias razones entre las que se destacan respuestas dadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a derechos de petición presentados en desarrollo de la investigación realizada por esta Clínica Jurídica previa a la presentación de esta acción, que una cosa es lo que ese Instituto dice hacer y otra muy distinta lo que efectivamente hace. Se prueba, por ejemplo, la manera como el Instituto desconoce, con apoyo en la ya mencionada sentencia C-814 de 2001, el precedente constitucional en relación a la noción de familia

castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares" (subrayas ajenas al texto).

¹⁰ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (subrayas ajenas al texto). 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (subrayas ajenas al texto).

¹¹ Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial. (subrayas ajenas al texto).

¹² "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. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (subrayas ajenas al texto).

¹³ "Artículo 19. Derechos del Niño Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. (subrayas ajenas al texto).

¹⁴ "1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado" (subrayas ajenas al texto).

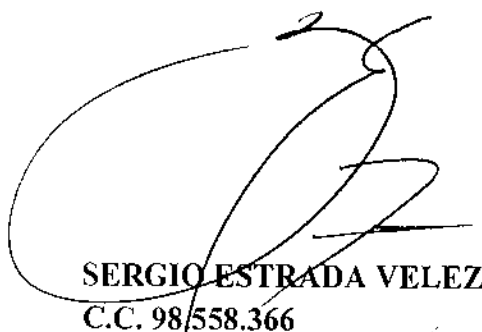
establecido por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-577 de 2011.

Lo expuesto demuestra con suficiencia las razones que motivan la presentación de la presente acción: su pertinencia y el carácter claramente complementario en relación a la acción admitida por la Corte Constitucional en julio 11 de 2014.

Es importante exponer la estructura de la acción. Los argumentos expuestos, que fueron formulados teniendo presente los requisitos que deben reunir los cargos de impugnación establecidos en la sentencia C-1052 de 2001 (*razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*), se dividen en cargos generales y específicos. En aquellos se exponen, teniendo siempre presente el interés prevalente del menor, tres cargos: a. La violación del derecho a la igualdad desde dos perspectivas: violación del interés prevalente del niño, niña y adolescente a tener una familia, al margen que sea homoparental, derecho que si poseen los niños en relación a las parejas heterosexuales, y violación de la igualdad cuando se omite la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan adoptar; configuración de una omisión legislativa relativa y la existencia de una interpretación inconstitucional generalizada en el sector administrativo que desconoce el precedente judicial y viola los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Seguidamente, se formulan unos cargos específicos tomando para ello cada uno de los artículos demandados para confrontarlos con los cargos de impugnación. Al finalizar se formula, respetando ante todo la potestad de la Corte Constitucional de adoptar la decisión que mejor corresponda al control requerido, la expedición de una sentencia integrativa que supere el déficit de regulación normativa, demostrando que una sentencia exhortativa, ante la evidente inactividad del Congreso de la República, no sería el medio de protección eficaz de los derechos fundamentales de los niños, niñas, adolescentes y de las parejas del mismo sexo. Se finaliza la acción haciendo mención a la competencia de esa Honorable Alta Corporación.

No siendo otro el objeto de la presente, no suscribimos con el debido respeto.



SERGIO ESTRADA VELEZ
C.C. 98/558.366

Karen Ramírez Arcila.
KAREN RAMÍREZ ARCILA
C.C. 1.152.189.396

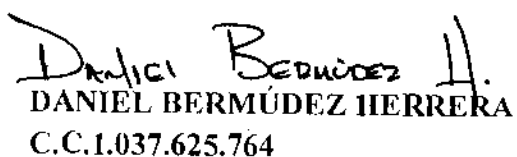


ALLAN RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL
C.C. 1.152.436.962

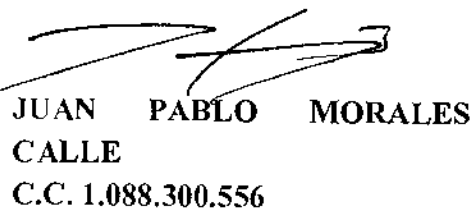
Carlos Andrés López Pineda
CARLOS LÓPEZ PINEDA
C.C. 1.088.282.339

Alejandro Sánchez H.
ALEJANDRO SÁNCHEZ HINCAPIÉ
C.C. 1.152.446.224

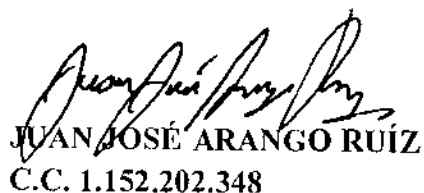
Eliana Arango Rpo.
ELIANA ARANGO RESTREPO
C.C. 1.039.457.292



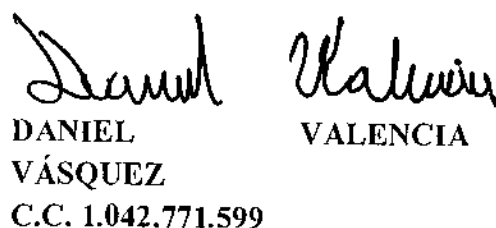
DANIEL BERMÚDEZ HERRERA
C.C.1.037.625.764



JUAN PABLO MORALES
CALLE
C.C. 1.088.300.556



JUAN JOSÉ ARANGO RUÍZ
C.C. 1.152.202.348



DANIEL VÁSQUEZ
VALENCIA
C.C. 1.042.771.599

Angie Valdés
ANGIE VALDÉS ARROYAVE
C.C. 1.152.448.818

Alejandra H.H.
ALEJANDRA HINCAPIÉ
MONTAYA
C.C. 1.047.970.201

CAMILA ANDREA MAZO MEJIA
C.C. 1.035.229.063

SEÑORES

HONORABLES MAGISTRADOS

CORTE CONSTITUCIONAL

SALA PLENA

E.S.D.

ASUNTO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DE LOS ARTICULOS 64, 66 Y 68 EN SUS NUMERALES 3 Y 5 DE LA LEY 1098 DE 2006 CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (APARTES) Y EN CONTRA DE LA INTERPRETACIÓN INCONSTITUCIONAL REALIZADA POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (AUTO A-196 de 2005, SENTENCIAS C-802 DE 2008 Y C-842 DE 2010).

SERGIO ESTRADA VÉLEZ, KAREN RAMIREZ ARCILA, ALLAN DAVID RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL, CARLOS ANDRÉS LÓPEZ PINEDA, ALEJANDRO SÁNCHEZ HINCAPIÉ, ELIANA ARANGO RESTREPO, DANIEL BERMÚDEZ HERRERA, JUAN PABLO MORALES CALLE, JUAN JOSÉ ARANGO RUÍZ, DANIEL FELIPE VALENCIA VÁSQUEZ, ANGIE KATHERINE VALDÉS ARROYAVE, ALEJANDRA HINCAPIÉ MONTOYA, CAMILA ANDREA MAZO MEJIA, ciudadanos, identificados como figura al pie de nuestras firmas, nos dirigimos respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional con el objeto de presentar demanda de inconstitucionalidad de conformidad con el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, en defensa del orden jurídico.

1. ENUNCIADOS JURÍDICOS ACUSADOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Se procede a resaltar los apartes de los enunciados jurídicos objeto del reproche constitucional:

LEY 1098 DE 2006

(noviembre 8)

Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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 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. 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 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.

2. CARGOS DE LA VIOLACIÓN Y RAZONES COMUNES Y ESPECÍFICAS QUE SOPORTAN LA VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCION Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

2.1. CARGOS DE LA VIOLACIÓN

Todos los enunciados resaltados en los respectivos artículos 64, 66 y 68 numerales 3 y 5, violan los siguientes artículos de la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad.

De la Constitución Política:

a. Artículo 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 discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

b. Artículo 42.

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. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a ley. Los hijos habidos en

el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. 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. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

c. Artículo 44.

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Del Bloque de Constitucionalidad:

- a. *Preámbulo. Convención sobre los derechos del niño adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991 (inciso 6 y 7) Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,*

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, (subrayas fuera de texto)

b. Art. 2º. Convención sobre los derechos del niño adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. (subrayas ajenas al texto). 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

c. Art. 3º Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (subrayas ajenas al texto). 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (subrayas ajenas al texto).

d. Art. 21 Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial. (subrayas ajenas al texto).

e. Artículo 19 de la Convención Americana sobre derechos humanos. Ley 76 de 1992.

"Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". (Subrayas ajenas al texto).

f. Art. 10 Pacto Internacional de derechos económicos, Sociales y Culturales, Ley 74 de 1968. “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. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (subrayas ajenas al texto).

2.2. RAZONES DE LA VIOLACIÓN COMUNES Y ESPECÍFICAS

2.2.1. RAZONES COMUNES

Todos los artículos demandados (apartes) infringen la Constitución Política y normas del bloque de constitucionalidad de tres maneras: a. violación del derecho a la igualdad; b. Inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa; y, finalmente, c. Se ha presentado una interpretación generalizada inconstitucional que debe ser sometida a control de constitucionalidad. Se procede a exponer las razones.

2.2.1.1 VIOLACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

De acuerdo al artículo 13 de la Constitución Política, todas las personas son iguales ante la ley, deben recibir el mismo trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin

discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, siendo deber del Estado promover las condiciones para que esa igualdad sea real y efectiva.

En el estudio de la inconstitucionalidad de los artículos demandados se debe tener presente que forman parte del régimen de adopción establecido en la Ley 1098 de 2006, institución ésta que posee un doble significado: como mecanismo principal de protección del derecho fundamental y prevalente del menor a tener una familia o como institución a la cual puede acudir una persona con el fin de constituir familia o acrecentar su núcleo familiar incorporando un nuevo integrante con el deseo de consolidar frente a él vínculos de amor, solidaridad y apoyo.

La adopción vista en ese doble sentido, como mecanismo de protección del derecho de los menores y como derecho de los adoptantes a tener una familia (sean estos heterosexuales u homosexuales), refleja dos hipótesis fácticas diversas que comparten unos mismos supuestos normativos y, en atención a que la igualdad es un concepto relacional que implica la comparación entre dos sujetos con el propósito de determinar la existencia o no de razones que justifiquen un tratamiento diferenciado, se procederá a un estudio de las razones de la violación frente a ambos sujetos de derecho (menores y adultos).

El análisis de la inconstitucionalidad en relación a ambos sujetos de protección (menores y adultos) se realizará con apoyo en el test de igualdad desarrollado en la sentencia C-022 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, en el que se indica que la determinación o no de su violación debe estar precedida de la resolución de tres preguntas: ¿Igualdad entre quienes?, ¿Igualdad en qué?, ¿Igualdad con base en qué criterio?

a. La violación de la igualdad por omisión de protección del interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia.

Es necesario iniciar resaltando que el test de igualdad que se debe efectuar es estricto en la medida que el problema hace referencia a la protección de un derecho fundamental (derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia) que, de un lado, reduce sustancialmente la potestad de

configuración a favor del legislador o, como mínimo, exige su intervención inmediata en aras a la protección de los derechos fundamentales. Esta potestad debe ser limitada en tanto lo que está sometido a estudio es la protección eficaz de derechos fundamentales. En otros términos, en la medida que la obligación del Estado es proteger derechos fundamentales de los niños, que son prevalentes sobre los de los demás, el test debe dar cuenta de la existencia o no de razones que fundamenten la violación de la igualdad. Ese test estricto se justifica cuando es la Constitución Política la que le impone al Estado el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (Art. 13 C.P.).

Antes de proceder a realizar un estudio de la violación del principio de igualdad, es necesario recordar, citando *in extensum*, lo que entiende la Corte Constitucional por interés prevalente del menor y su relación con la adopción como mecanismo de protección del mismo:

«5. La relevancia del principio de protección del interés superior del menor en el caso de la adopción.

5.1. Existe en la actualidad un amplio acuerdo en las legislaciones nacionales e internacionales en punto a rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez. Este consenso ha conducido a la incorporación del concepto del *interés superior del menor*¹ como eje central del análisis constitucional y como guía hermenéutica orientadora de las decisiones judiciales que resuelvan conflictos que involucren un menor de edad.

Desde ésta perspectiva, el menor se hace acreedor de un trato preferente ligado a su caracterización jurídica como sujeto de especial protección, de la cual se deriva además la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la

¹ Constitución Política, art. 44; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3-1; Ley de Infancia y Adolescencia, artículos 6º, 8º y 9º. : “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”. || Código del Menor, artículo 22: “La interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor”.

Este concepto se ha desarrollado, entre otras, en las sentencias T-408 de 1995, T-551 de 2006, T-189/03, T-864/05, T-041/96, y T-510/03, las cuales han acogido este parámetro como criterio determinante para el análisis y resolución del caso en el que se involucran los derechos de los niños.

que se halla². Es así que el interés superior del menor posee un contenido de naturaleza *real y relacional*³ atributo que exige una verificación de los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores, a sus familias, así como de las circunstancias concretas en las que frecuentemente se hallan presentes aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad⁴.

5.2. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha decantado unos parámetros generales que contribuyen a establecer criterios definidos para el análisis de situaciones específicas que involucran los derechos de menores. En efecto, se han fijado dos condiciones a verificar: unas de naturaleza *fácticas* y otras de índole *jurídica* , que contribuyen a determinar el grado de bienestar del menor. Dentro de las fácticas se han ubicado “*las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados-*,” y en cuanto a las jurídicas se prevén “*los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-*.”⁵

Respecto de este último criterio, cabe mencionar que el artículo 44 de la Constitución establece la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño y a la niña para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Según esta norma, es obligación de todos garantizar el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a una alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, la recreación, a la libre expresión de su opinión y al desarrollo armónico e integral.

5.3. De otra parte, el constituyente incorporó expresamente al ordenamiento interno los mandatos protectivos de la infancia contenidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y en esa medida, de conformidad con lo que establece el artículo 93 Superior, ha interpretado el alcance de este principio a la luz de diversos instrumentos internacionales.

² Sentencia T-376 de 2010.

³ Sentencia T-408 de 1995. En esta sentencia la Corte decidió conceder el amparo solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, pese a la oposición del padre.

⁴ Sentencia T-376 de 2010.

⁵ Estos criterios fueron establecidos en la Sentencia T-510 de 1993, y se han reiterado en varias oportunidades, recientemente en la sentencia T-376 de 2010.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3-1 que *"en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*; y en el artículo 3-2, establece que *"los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas"*.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que *"todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado"*, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual *"todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"*, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: *"se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición"*.

También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad. Para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación; e igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que *"la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales"*, y que *"todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"*.

Este principio también ha sido consagrado en los artículos 6, 8, y 9 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia.⁶ Dicho principio refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional,⁷ consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.⁸

Así, en cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales e internacionales citadas, la Corte Constitucional ha señalado que “los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores que comprende la garantía de un desarrollo armónico e integral son: i) la prevalencia del interés del menor; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere; iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad.”⁹

5.4. En relación con el derecho a tener una familia, ya sea biológica o a través de la adopción, la Corte también ha examinado la forma como opera el principio de prevalencia del interés superior del menor. De conformidad con esta prerrogativa, los niños, las niñas y

⁶ Ley 1098 de 2006, Artículo 60. 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. || Artículo 80. 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. || Artículo 90. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. || En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

⁷ La Convención sobre Derechos del Niño establece en el artículo 3-2 que “los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley” En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que “los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.” Ver también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

⁸ Sentencia T-510 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Sentencia T-808 de 2006

los adolescentes tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, el cual se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica. En la sentencia T-587 de 1998, la Corte resaltó en qué consiste el derecho a tener una familia en los siguientes términos:

"(...) La vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta".¹⁰

5.5. En el caso de la adopción, la jurisprudencia constitucional ha reconocido esta figura como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor cuya familia no provea las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto: *"se desprende del derecho a tener una familia y no ser separado de ésta que en caso de que la familia natural no le brinde al menor el cuidado que merece procede la adopción como forma de garantizarlo. Así, quienes no son padres biológicos contraen por ministerio de la ley las obligaciones que tiene un padre natural. El hijo a su vez encuentra en este nuevo núcleo no natural a la que de ahora en adelante será su familia, a la cual pertenecerá y de la cual no debe ser separado".¹¹* En el mismo sentido, se ha afirmado que la adopción "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".¹²

¹⁰ En este caso la Corte consideró que le Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el derecho de una menor a tener una familia al negarle a una pareja de padres extranjeros la posibilidad de adoptarla, en razón a que la hija biológica que ellos tienen era de una edad menor, y consideraban que ello podría generar traumatismos. Sentencia T-587 de 1998.

¹¹ Sentencia T-881 de 2001.

¹² Sentencia T-587 de 1998.

De este modo, la adopción es concebida fundamentalmente como una institución establecida en beneficio del menor adoptable y para su protección. Y si bien permite que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, posibilitándoles a ellos el ejercicio de varios derechos como el conformar una familia, el del libre desarrollo de la personalidad, etc., no persigue prioritariamente este objetivo, sino el de proteger al menor de la manera que mejor convenga a sus intereses, aplicando en ello el artículo 44 de la Carta¹³. Esto ha permitido concluir a la Corte que *“dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor,¹⁴ el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables”¹⁵.*

5.6. En suma, el principio del interés superior del menor constituye una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico colombiano, que representa una valiosa guía hermenéutica orientadora de las decisiones judiciales que resuelvan conflictos que involucren a menores de edad. De acuerdo con este principio al menor debe dispensarse un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica como sujeto de especial protección constitucional, en procura de garantizar su desarrollo integral y armónico y su bienestar físico, mental, espiritual y social. La adopción es concebida como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor adoptable, a través de la posibilidad de garantizarle el derecho a tener una familia originada en vínculos civiles, cuando la natural no le brinde el cuidado que su condición de menor reclama»¹⁶ (todas las cursivas propias del texto, todas las negrillas ajenas al texto).

De la anterior cita resulta claro que forma parte del interés prevalente del menor el derecho fundamental a tener una familia y que la adopción es su principal mecanismo de protección. La pregunta a la que se debe

¹³ Sentencia C-802 de 2009.

¹⁴ En ese sentido, 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, en los Planos Nacional e Internacional” establece en el preámbulo que en todo proceso de adopción, el interés superior del menor debe constituir la principal consideración; a su vez, el artículo 14 de esta Declaración establece que al decidir sobre procesos de adopción, se debe procurar la ubicación del menor en el ambiente más apropiado para su desarrollo.

¹⁵ Sentencia C-804 de 2009.

¹⁶ Sentencia C-840 de 2010.

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

No existen condiciones especiales que permitan afirmar que un niño huérfano adoptado por una pareja heterosexual está en condiciones diferentes a aquel niño que va a ser adoptado por una pareja del mismo sexo. Las circunstancias de abandono, la necesidad de afecto, de educación, la carencia de un núcleo familiar, son comunes a todo niño huérfano.

De esta manera, todos los niños huérfanos (igualdad entre quienes) se encuentran en igualdad de condiciones en relación al derecho a tener una familia (igualdad en qué), pero no existe en el ordenamiento jurídico criterio alguno que justifique de manera razonada el reconocimiento para unos del derecho a tener una familia y la omisión para otros de poder acceder a ella a través de una pareja homoparental.

La inexistencia de un criterio razonable de diferenciación se puede confirmar con ayuda del test de proporcionalidad, al que se debe acudir teniendo presente, como quedó claro, que el interés objeto de protección es el derecho fundamental de los niños a tener una familia, derecho prevalente sobre los derechos de los demás. Miremos:

1. Idoneidad o adecuación. ¿Es adecuada la adopción por parejas del mismo sexo para proteger el derecho de los niños a tener una familia?

A través del juicio de idoneidad se analiza que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Será legítimo cuando tal actuación no esté prohibida explícita o implícitamente por la Constitución” (Sentencia T-1023 de 2010). Se debe buscar, según dicha noción, que todo medio esté dirigido a la promoción del derecho o garantía constitucional.

Si la adopción es conocida como la principal medida de protección del interés prevalente del menor en condiciones de orfandad (Ley 1098 de 2006. Art. 61. 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), en tanto que le permite al niño, a la niña o al adolescente acceder a la protección eficaz de su derecho fundamental a tener una familia, y si las parejas del mismo sexo constituyen familia de acuerdo a lo declarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, es claro que la implementación de la adopción en parejas del mismo sexo se erige en un medio legítimo, constitucional, para la promoción de ese derecho fundamental.

Reconocer que las parejas del mismo sexo son familia y, al mismo tiempo, negar la posibilidad de que puedan facilitar el ejercicio eficaz del derecho fundamental de los niños a tener una familia (Art. 44 C.P.), conduciría a afirmar que esas parejas constituyen una categoría especial de familia a la que no pueden acceder los niños, las niñas y adolescentes en condiciones de adoptabilidad, afirmación que va en contra de la constitución en la medida que no existe razón jurídica alguna que le impida al menor tener una familia homoparental.

No se puede afirmar que limitar la adopción de niños, niñas o adolescentes sea una medida adecuada y coherente con el interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia. La adopción, sea por parte de parejas de diverso o de igual sexo, se erige en un medio adecuado para la protección de ese derecho fundamental.

2. Necesidad. A través del juicio de necesidad se busca determinar que *“toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a la consecución del objetivo propuesto. Esta fase del test implica la comparación entre la medida que limita el respectivo derecho fundamental y otros medios alternativos. Sobre este tipo de medios existen dos exigencias: si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida restrictiva para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor”* (Sentencia T-1023 de 2010).

Tanto la adecuación como la necesidad son juicios fácticos. Buscan analizar los medios en relación a los fines. La evaluación de la necesidad ayuda a determinar que entre los medios adecuados se puede optar por uno que promueva el derecho fundamental afectado. Si se trata de promover el derecho fundamental del niño a tener una familia, la adopción, sin consideración al sexo de los padres, se erige en uno de sus principales medios de protección. Si la Ley 1098 de 2006 señala que la adopción es, por excelencia, una medida de protección del menor, se debe imponer la posibilidad de que las parejas del mismo sexo sirvan de medio para la promoción eficaz de ese derecho.

Pertinente para el análisis de la necesidad la investigación titulada *Situación de los derechos de la infancia de niños y niñas que han perdido el cuidado de sus padres o están en riesgo de perderlo*¹⁷, realizada por Aldeas Infantiles S.O.S. Allí se referencia en su página 50 la opinión de los expertos en relación al crecimiento institucionalizado de los niños en condiciones de orfandad. Algunas de ellas son:

- No se les puede restablecer el derecho más importante que tiene un niño que es el de tener una familia. Porque la familia es la que puede proveer estabilidad psicológica, estabilidad afectiva, así el niño tenga todo un equipo interdisciplinario, no tiene una mamá, unos tíos, primos que le den estabilidad”
- “..aquí se mira al niño (aludiendo a las instituciones de protección) como sujeto de atención y se olvida su reconocimiento como niño niña, sujeto social de derecho, como sujeto afectivo, es decir, como persona en un momento de desarrollo que requiere de mucho afecto y los niños van creciendo con ese vacío.
- En las instituciones de protección, los niños y niñas reciben ayuda y atención, pero están privados de tener otras experiencias de socialización fuera de la institución. Muchos de ellos, tiene dificultades para adaptarse ante la uniformidad de la vida cotidiana y pueden sufrir maltratos. Algunos de los efectos y riesgos producto del abandono y de la pérdida de vínculo

¹⁷ En: <http://www.aldeasinfantiles.org.co/getmedia/0a33ba55-5bcc-4edd-8cf0-49af5078060c/situacion-de-derechos-ninos-as-sin-cuidado-de-sus-padres-o-en-riesgo-de-hacerlo.pdf>. Consultado el día 19 de julio del 2014.

familiar en niños y niñas institucionalizados señalados por ellos mismos son:

Sentimiento profundo de soledad

Sentimiento de incompreensión

Aislamiento de la sociedad en general

Desarraigo

Incertidumbre frente a su futuro al no saber quién los va a apoyar, proteger, acompañar.

Rechazo

Afectaciones psicológicas por la muerte de los padres

Baja autoestima.

No se puede dejar de hacer mención a las múltiples causas del aumento de la orfandad en Colombia, entre ellas, el conflicto armado interno. El estudio en comento señala en su página 60 en relación a las causas de los índices de orfandad:

“En un país como Colombia, definido en su Constitución como multicultural y diverso, que vive profundas crisis sociales a causa la pobreza, la inequidad y el conflicto armado; el problema de los niños y las niñas que no están al cuidado de sus padres, es diverso en su origen, en sus formas de presentación y en la respuesta social ante el mismo.

El fenómeno en el país es multicausal, en su origen hay causas estructurales profundas, de orden económico, social, político y cultural con un peso distinto de cada una de ellas según la región, la cultura o el estrato socioeconómico que se analice.

Todas las situaciones de riesgo descritas para que los niños y niñas no estén al cuidado de sus padres se presentan, con mayor o menor importancia, en Colombia. Si bien no es tan crítica la pandemia del VIH-SIDA, si hay importantes problemas de pobreza, desplazamiento, migraciones nacionales e internacionales, desastres naturales y conflicto armado. Igualmente hay altos índices de embarazo en adolescentes, madres solteras, separación de los padres, discapacidad, violencia intrafamiliar, drogadicción, alcoholismo y delincuencia...

...Es también un país con altos índices de violencia contra niños y niñas, empezando por violencia intrafamiliar; donde se dan todas las situaciones de vulneración de los derechos de protección y hay cifras altas de trabajo infantil, trabajo, abuso sexual y explotación sexual y comercial.

El conflicto armado interno y la violencia armada por distintas causas, impacta en forma importante la vida de los niños y niñas generando desplazamiento, orfandad, lesiones físicas, muerte y

múltiples violaciones de derechos. Es particularmente crítica la situación de la población desplazada, donde se presentan todas las condiciones descritas de vulneración de derechos, en una proporción mucho mayor”

Ese estudio fue reportado por la Revista Semana en el mes de agosto del año 2009 bajo el titular *País de huérfanos* indicando en relación a los niños que “su drama es una vergüenza para Colombia”¹⁸. De otro lado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar encontró en su primer censo de niños huérfanos víctimas del conflicto, realizado hasta ahora en solo tres departamentos (Antioquia, Nariño y Casanare), que hay 951 menores en estado de orfandad¹⁹.

Esa dura realidad resultante del conflicto armado interno y otras causas como el narcotráfico y la violencia intrafamiliar, exige limitar juicios de valor en el estudio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la medida que apreciaciones morales o religiosas no pueden tener mayor peso que los imperativos exigidos por el contexto social que se concretan en la necesidad de proteger sus derechos fundamentales. En atención a los altos índices de orfandad, a la obligación de proteger a los niños, al mandato constitucional dirigido a proteger el interés prevalente del menor y a que no se advierte el sacrificio de otros fines constitucionales, la medida es necesaria.

De otro lado, la noción de adopción incorporada en los artículos 53 y 61 de la Ley 1098 de 2006, como principal medida de protección para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no permite advertir el gran compendio de normas que consagran derechos y obligaciones para adoptantes y para adoptivos, contenidas en nuestro ordenamiento jurídico. Resulta pertinente hacer un listado de algunos artículos que regulan las relaciones paterno-filiales, el que ayudará a demostrar que la adopción no solo protege al menor sino que igualmente favorece a los adoptantes en su rol de padres en lo relativo a los derechos y obligaciones que adquieren:

¹⁸ <http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/pais-huerfanos/105840-3>. Visto por última vez en mayo 23 de 2014.

¹⁹ <http://www.elspectador.com/noticias/nacional/colombia-hay-951-menores-huerfanos-conflicto-armado-articulo-407036>

a. Ley 1098 de 2006: Código de Infancia y Adolescencia:

- El desarrollo de los menores en el seno de una familia como finalidad (Art. 1) y su protección por medio de normas sustantivas y procesales como objeto del Código (Art. 2).
- La responsabilidad parental como complemento a la patria potestad y como obligación de cuidado y crianza de los menores durante su formación (Art. 14).
- Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella (Art. 22).
- Obligación de los padres y quienes convivan con el menor de velar por su desarrollo integral (Art. 23).
- El derecho de alimentos como la obligación correlativa de los padres y alimentantes de proveer a los menores con todos los medios para su desarrollo íntegro (Art. 24).
- Derecho a la salud (Art. 27). Se relaciona con la obligación de los padres de afiliarlos a una EPS como beneficiarios, la cual se enunciará más adelante.

b. Ley 100 de 1993

- Los hijos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, siempre que cumplan ciertos requisitos (Art. 47, lit. c).
- Los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes si quien fallece no tenía cónyuge, compañero o compañera permanente, o hijos con derecho (Art. 47, lit. d). En este punto se evidencia las prerrogativas que los padres adoptivos recibirán de parte de sus hijos adoptados.
- Inclusión de los hijos en la pensión familiar en el régimen de ahorro individual con solidaridad (Art. 151B), y en el régimen de prima media con prestación definida (Art. 151C), si estos fueren menores de edad, discapacitados o dependieran económicamente del difunto
- Cobertura familiar del Plan de Salud Obligatorio, en el cual se debe incluir como beneficiarios a los hijos menores, discapacitados o que dependan económicamente, y a los padres no pensionados, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, si dependen económicamente del afiliado (Art. 163).

c. Código Sustantivo del Trabajo

- Los hijos menores pueden adquirir la mitad de la pensión de sobreviviente de su padre o madre durante dos años (Art. 275).
- Los hijos son beneficiarios forzosos del seguro de vida obligatorio colectivo (Art. 293).

d. Ley 50 de 1990: La cual reforma el Código Sustantivo del trabajo

- El trabajador puede retirar las sumas abonadas al fondo de cesantías cuando sea para financiar pagos por concepto de matrícula de los hijos (Art. 102).

e. Ley 21 de 1982: La cual modifica el régimen del Subsidio Familiar

- Los hijos que se tengan a cargo darán derecho a subsidio familiar hasta los 18 años (Art. 27) o hasta los 23 si realiza estudios post-secundarios (Art. 28)

f. Ley 906 de 2004: Código de Procedimiento Penal

- Ninguna persona será obligada ni a declarar ni a denunciar en contra de sí mismo, de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad (aspecto que se reitera en los artículos artículos 8, 68, 282, 303 y 385 del mismo cuerpo normativo y el 33 de la Constitución Política).
- Cuando el funcionario judicial o un pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil tenga interés en la actuación procesal, aquel estará impedido para conocerla (Art. 56).

g. Ley 70 de 1931: Patrimonio de familia inembargable

- Posibilidad de constituir patrimonio de familia inembargable en favor de los hijos (Art. 4)
- El establecimiento del patrimonio de familia se considera extendido no solo al beneficiario sino también a su cónyuge e hijos (Art. 7).
- Necesidad de exigir el consentimiento de la cónyuge o de los hijos en caso de querer enajenar o cancelar el patrimonio de familia (Art. 23)
- Subsistencia del patrimonio de familia luego de la muerte del padre si existen hijos menores (Art. 28).

h. Código Civil

- Sanción por la mala administración de los bienes del hijo (Art. 172).
- Obediencia y respeto de los hijos hacia los padres (Art. 250).
- Obligación del hijo de cuidar a sus padres en la ancianidad, discapacidad o cuando requieran auxilio (Art. 251) y de los ascendientes de estos en caso de no tener quien los ayude (Art. 252).
- Obligación de los abuelos de proveer alimentos cuando los padres del menor no pueden hacerlo (Art. 260)
- Facultad de los padres de vigilar y sancionar la conducta de sus hijos (Art. 262).
- Derecho de los padres de elegir sobre la educación de sus hijos (Art. 264).
- Cesación de los derechos de los padres sobre sus hijos cuando estos han sido abandonados por aquellos (Art. 266).
- La patria potestad como el conjunto de derechos de los padres que les facilitan el cumplimiento de sus deberes (Art. 288).
- Limitación de los padres en la administración de los bienes de sus hijos (Art. 304).
- Los hijos adoptivos (Art. 411, num. 7) y los padres adoptantes (num. 8) como titulares del derecho de alimentos.
- Llamamiento de los hijos adoptivos, en el primer orden hereditario, y de los padres adoptantes, en el segundo, en la sucesión intestada (Art. 1040, 1045, 1046).
- Designación de las legítimas rigurosas a favor de los hijos adoptivos y los padres adoptantes (Art. 1240).

Si el objetivo de nuestro ordenamiento jurídico y de la normativa internacional es la efectiva protección del interés prevalente de los niños, niñas y adolescentes representado en su derecho fundamental a tener una familia, negarles la posibilidad de que sean adoptados por una pareja homosexual implica una violación de los derechos y obligaciones arriba mencionados y una infracción de la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad.

Finalmente, es importante recordar, en aras a la fundamentación del subprincipio de necesidad y a reconocer la adopción para parejas del mismo sexo como medio de protección del derecho fundamental de los niños a tener una familia, lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-531 de 1992:

"Entre los derechos fundamentales de los niños se encuentran los derechos a tener una familia, a no ser separados de ella, al cuidado y al amor que deben merecer. La familia, núcleo fundamental e institución básica de la sociedad (CP arts. 42, 5), ofrece al ser humano un sustento afectivo, psicológico y material indispensable para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la convivencia pacífica (CP arts. 2, 22, 95-4 y 95-6).

El cuidado personal, la derivación del sustento en la medida de las propias capacidades económicas, la educación, el apoyo y el amor, son algunas de las obligaciones de los padres cuyo rango constitucional permite su inmediata exigibilidad en casos de grave incumplimiento que vulnere o amenace los derechos fundamentales del menor. La Constitución y el carácter de orden público de la legislación del menor (Decreto 2737 de 1989, art. 18) sirven de fundamento al principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás y habilitan a cualquier persona para exigir ante la autoridad competente el cumplimiento de las obligaciones que se tengan contraídas con los niños y se sancione a los infractores (CP art. 44)."

Y en la sentencia T-378/95 (M.P. José Gregorio Hernández), se indicó:

"En el caso de los niños, el derecho constitucional preferente que les asiste, consistente en "tener una familia y no ser separados de ella", no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos".

Si existe el derecho de todos los niños a tener una familia, derecho que es fundamental y prevalente sobre los derechos de los demás, y

la adopción en parejas del mismo sexo se constituye en un medio adecuado y necesario para la protección de ese derecho, se impone su reconocimiento en defensa del mencionado derecho fundamental.

Es, pues, claro que la adopción, entendida como medio de protección del derecho a tener una familia, no es un derecho de los adoptantes, sino, también, el principal mecanismo de protección del niño huérfano. Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 “el derecho a la familia no es una garantía que se predica solo respecto de los cónyuges”²⁰, dado que “es también y fundamentalmente el derecho del niño a que realmente exista un hogar, un vínculo personal”²¹.

3. Proporcionalidad en sentido estricto. Se entiende por este subprincipio la necesidad de determinar que con la medida que se determine como adecuada y necesaria, no se está infringiendo derechos y principios de mayor peso. Para este caso, en tanto que no existe algún sacrificio de otro (s) principio (s) o derecho (s) constitucional (es) y a que se busca proteger el interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia, la medida es proporcional en sentido estricto.

Es evidente, pues, la necesidad de proteger los derechos de los niños a tener una familia a través de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Cuando el artículo 64 hace referencia a “cónyuge o compañero permanente”; el 66 a “hijo del cónyuge o compañero permanente”; el artículo 68 en sus numerales 3 y 5 a “conjuntamente los compañeros permanentes...el cónyuge o compañero permanente” (todos pertenecientes a la Ley 1098 de 2006), están aludiendo a un régimen de adopción pensado para parejas heterosexuales, y no contemplan la posibilidad de que el derecho fundamental de los niños a tener una familia se vea protegido a través de una adopción por parte de parejas del mismo sexo.

Se debe resaltar que el ejercicio del derecho fundamental del menor a tener una familia no se puede restringir a una especial forma de familia. Basta que esté institucionalmente reconocida por el Estado

²⁰ Cfr. Sentencia T-941 de 1999.

²¹ Cfr. Sentencia T-715 de 1999.

para que sirva de medio para la satisfacción de ese derecho. Si la Corte Constitucional reconoció que las parejas del mismo sexo constituyen familia, no hay razón lógica ni jurídica que explique una eventual negación del derecho del menor a tenerla.

Precisamente, esa alta Corporación, mediante sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó, interpretando el artículo 42 de la Constitución Política, que las parejas del mismo sexo constituyen familia. Inicialmente, la Corte Constitucional define la familia en sentido amplio señalando que es una “comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”²². Igualmente resalta la Corte Constitucional, en apoyo en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la noción de familia se debe tener en cuenta aspectos materiales como la unión, el afecto, el amor, la solidaridad, más que los formales referidos a la forma de constitución de la familia (matrimonio o cualquier otra forma de configuración).

“...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”²³.

²² *Ibidem*.

²³ Cfr. PABLO SANTOLAYA MACHETTI, “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad”, en JAVIER GARCÍA ROCA y PABLO SANTOLAYA, *La Europa de los derechos...* Págs. 494 y 495.

Se puede inferir con claridad que al momento de definir la familia no puede ser tenido en cuenta el género de las personas que intervienen en su configuración. Esto se confirma con las siguientes palabras:

“Así pues, los efectos jurídicos propios de la familia se generan cuando entre los miembros de la pareja del mismo sexo se percibe el compromiso de forjar una auténtica comunidad de vida basada en el afecto y que, por ejemplo, comporte el propósito de mantener la convivencia mutua, de proporcionarse acompañamiento y ayuda recíprocos o de asumir en común las responsabilidades que atañen a la pareja y a su entorno compartido.

...Así las cosas, superada la exclusión de las uniones homosexuales del concepto de familia constitucionalmente protegida y sabiendo que el carácter permanente de la convivencia fundado en el mutuo afecto hace de ellas un tipo de familia, falta examinar la cuestión principal propuesta en las demandas, cual es la reclamación del derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio entre sí”.

Se debe subrayar el hecho de que para la Corte Constitucional resulta necesario distinguir entre la familia y el matrimonio. Aquella se constituye a partir de la sola voluntad responsable de dos o más personas entre las que existen vínculos de amor, solidaridad, apoyo, etc., mientras que el matrimonio es una de las formas de constitución de la familia establecida para las parejas heterosexuales. Si bien entre el matrimonio y la familia se da una relación de medio a fin, la misma no es necesaria o lógica en la medida que existen otros medios para su conformación. Así, el reconocimiento de la familia homoparental no afecta en nada el matrimonio entendido como una de las formas, entre varias, para su conformación. Expresa:

“Así las cosas, de conformidad con lo constitucionalmente establecido, el matrimonio es la forma de constituir la familia heterosexual, cuando la pareja, integrada por hombre y mujer,

manifiesta su consentimiento y lo celebra, mientras que la voluntad responsable de conformar la familia es la fuente de otro tipo de familias como la unión marital de hecho o la compuesta por una pareja de homosexuales y también se ha indicado que esta interpretación fue anticipada durante un largo lapso en aclaraciones y salvamentos de voto a los cuales se ha hecho referencia

...Finalmente, la Corte considera de interés precisar que a lo anterior no se opone el carácter institucional del matrimonio heterosexual, ya que, fuera de que lo institucional no invalida el contenido de derechos ligados a la materia examinada, según el artículo 5° superior y el propio artículo 42 no es solo la familia surgida del matrimonio celebrado entre heterosexuales la que tiene ese carácter, sino toda familia, motivo por el cual el mandato de protección derivado de la índole institucional de la familia cobija a la integrada por parejas del mismo sexo, lo que, se reitera, no comporta desconocimiento o merma del reconocimiento y de la protección especial que el Constituyente dispuso a favor de la familia heterosexual originada en el matrimonio”

De acuerdo a lo planteado, la Corte Constitucional, concluye en relación con las parejas homoparentales y el concepto de familia:

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

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"²⁴.

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 descendientes²⁵, luego la situación no puede ser distinta en el caso de las personas homosexuales que conforman una unión estable.

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

²⁴ Cfr. Sentencia C-533 de 2000.

²⁵ Cfr. GRACIELA MEDINA, *Uniones de hecho homosexuales*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2001. Pág. 23.

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 prohiado 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” (subrayas ajenas al texto).

De lo expuesto se infiere con claridad que las parejas del mismo sexo son familia y que no existe razón jurídica alguna que impida que los menores puedan acceder a ella. Lo contrario, afirmar que son un tipo de familia al que los menores no pueden acceder, sería imponer un tratamiento diferenciado injustificado.

b. Infracción a la igualdad cuando se omite la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan adoptar.

Como se indicó, el estudio de la adopción debe realizarse desde una perspectiva bifronte: como medio de protección del derecho fundamental del menor a tener una familia o como alternativa a favor de las parejas del mismo sexo a un desarrollo individual pleno a través de su condición de padres. En este segundo sentido, las mismas razones que acompañan a las parejas heterosexuales para adoptar son las que están presentes en las parejas del mismo sexo. La condición de padres o madres de familia no está condicionada al género. Tanto amor, cuidado, apoyo, educación y demás aspectos relacionados con la crianza de un niño, pueden ser suministrados por padres heterosexuales como por padres homosexuales.

Durante la última década, la Honorable Corte Constitucional ha proferido un conjunto de decisiones dirigidas a reconocer, con fundamento en la igualdad, que las parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos de las parejas heterosexuales. Así, mediante sentencia C-075 de 2007, les reconoció su derecho a constituir uniones maritales de hecho; la C-811 de 2007, reconoció el derecho de afiliarse al compañero o compañera permanente del mismo sexo al sistema general de seguridad social; la C-336 de 2008, por medio de la cual se otorgó a la pareja del mismo sexo el derecho a acceder a la sustitución pensional del compañero permanente fallecido; la C-789 de 2008, por medio de la cual se determinó que el tipo penal de inasistencia alimentaria también se aplica cuando la relación de alimentos incumplida vincula a dos compañeros permanentes del mismo sexo; y la C-029 de 2009, donde se declaró la exequibilidad condicionada de un amplio grupo de disposiciones normativas bajo el entendido que su régimen de protección jurídico aplicaba también para las parejas del mismo sexo.

A la luz de las mencionadas sentencias que representan, en su unidad, un creciente reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, no es posible afirmar, en relación a la adopción, su falta de idoneidad para entregar el mismo amor y cuidado que se presume van a entregar las parejas heterosexuales. Así, no existe ninguna razón constitucional que impida que las parejas del mismo sexo puedan

adoptar. Todo lo contrario, en atención a su condición de familia, amparados por su voluntad responsable de conformar vínculos de afecto, es posible afirmar su derecho a acrecentar una familia por medio de la adopción.

Los textos demandados, en la medida que aluden a expresiones como cónyuge o compañero permanente, deben ser sometidos a una profunda revisión constitucional a la luz de los cambios jurisprudenciales en la medida que refieren a una adopción realizada por parejas heterosexuales. En relación a los adoptantes, teniendo en cuenta los nuevos desarrollos sociales y jurisprudenciales, es claro que pueden constituir familia independientemente de su género u orientación sexual. Como bien lo ha señalado la Corte Constitucional en la ya citada sentencia C-577 de 2011, para la constitución de la familia basta la voluntad responsable de convivir bajo vínculos de afecto y solidaridad, los que pueden estar presentes tanto en padres heterosexuales como homosexuales.

Para determinar la existencia o no de un criterio razonable que justifique la omisión legislativa en relación a la no inclusión de las parejas del mismo sexo para adoptar, se puede realizar el siguiente test de igualdad teniendo por finalidad la protección de su derecho a ser padres.

1. Adecuación. ¿Es adecuada la adopción por parejas del mismo sexo para proteger el derecho de su condición de padres de familia?

En virtud de su condición de familia, reconocida por la Corte Constitucional en la pluricitada sentencia C-577 de 2011, las parejas del mismo sexo pueden consolidar dicha familia a partir de la calidad de padres aumentando su núcleo familiar mediante la adopción.

2. Necesidad. Si se trata de proteger el derecho de las parejas del mismo sexo a ser padres, no existe otro medio en el ordenamiento jurídico que permita su satisfacción.

3. Proporcionalidad en sentido estricto. Con la permisión de la adopción para parejas del mismo sexo no se infringe principio o derecho alguno de mayor peso o importancia reconocido por el ordenamiento jurídico.

A modo de conclusión, cuando el artículo 64 hace referencia a “cónyuge o compañero permanente”; el 66 a “hijo del cónyuge o compañero permanente”; el artículo 68 en sus numerales 3 y 5 a “conjuntamente los compañeros permanentes...el cónyuge o compañero permanente” (artículos de la Ley 1098 de 2006), están aludiendo a un régimen de adopción pensado para parejas heterosexuales, y no contemplan la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar a pesar de que constituyen familia, lo que pone en entredicho el deber del Estado de conferir a todas las personas el mismo trato y el de no discriminar por razones de género.

Por lo anteriormente expuesto se puede afirmar que si las parejas del mismo sexo pueden constituir familia, y los menores tienen el derecho fundamental a tenerla, derecho que forma parte de su interés prevalente y que a su vez es superior sobre los derechos de los demás, no existe razón alguna que justifique la imposibilidad de que puedan ser adoptados por parejas del mismo sexo. Todo lo contrario, las parejas del mismo sexo, al ser reconocidas como familia, adquieren la condición de medio idóneo para la protección del interés prevalente del menor representado en su derecho a tener una familia.

Finalmente, se debe tener precisión acerca de que esta acción está dirigida a promover el derecho fundamental de las niñas, niños y adolescentes a tener una familia, que es prevalente sobre los derechos de los demás (art. 44 C.P.). Sin embargo, ello no significa la negación de la existencia de una violación de la igualdad cuando la ley omite la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan adoptar.

2.2.1.2 CONFIGURACIÓN DE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA

Por omisión legislativa ha entendido la Corte Constitucional la presencia de situaciones que exigen un tratamiento igualitario en relación a otras situaciones ya reglamentadas entre las cuales (situación reglamentada y no reglamentada) existe una ratio común determinada por el principio de

igualdad de trato ante la ley. La declaratoria de una omisión legislativa no es nada distinto que un control a una actividad negativa del legislador en la medida que con su omisión no incorporó supuestos de hecho que debieron ser tenidos en cuenta al momento de la expedición de la respectiva normativa.

Es importante resaltar que la omisión legislativa se soporta principalmente en el deber de protección, generalmente, del principio de igualdad en situaciones en las que la existencia de supuestos de hecho similares y razones comunes impone la extensión de la norma a aquellos casos no incluidos por el legislador.

La Corte Constitucional, al referirse a una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa, estableció que *“una norma legal puede resultar violatoria de la Constitución, no solo por la oposición que frente a ella pudiera derivarse de su contenido material, sino por la ausencia de mandatos legales que, en desarrollo del texto superior, serían indispensables para realizar la preceptiva constitucional frente al tema específico”*²⁶.

Ese alto Tribunal ha señalado la necesidad de hacer una diferenciación entre las clases de omisión, esto es, la absoluta y la relativa, entendiendo por las primeras aquellas en las que el Legislador no ha producido norma alguna en relación con la materia que se trate; y en relación a las segundas, se entienden como aquellas en las que sí hay un desarrollo legislativo vigente, pero imperfecto por ausencia de un enfoque concreto sobre algún aspecto específico, no obstante el deber constitucional de desarrollarlo.

De esta manera, la omisión legislativa que puede ser objeto de un control constitucional es sólo la relativa²⁷, dado que mediante éstas el tribunal constitucional puede solucionar dicho problema normativo mediante la expedición de una sentencia integradora o aditiva, en la que declara que la disposición demandada es excusable, siempre y cuando su efecto se entienda extendido a otras situaciones distintas y adicionales a las que la norma expresamente contempló, precisamente a aquellas sobre las cuales se encuentre probada la alegada omisión legislativa.

²⁶ C- 533/12

²⁷ Así lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

En reiterada jurisprudencia, la Honorable Corte Constitucional ha señalado como requisitos para la procedencia de una acción por omisión legislativa, los siguientes:

“ a) que exista una norma sobre la cual se predica; b) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”²⁸.

Se procede a verificar el cumplimiento de cada uno de esos requisitos teniendo presente que en tratándose de un control a las omisiones legislativas, por representar un fuerte límite al órgano legislativo, se debe guardar especial cuidado por el principio de la separación de poderes, (art. 113 de la C.P.), lo que exige asumir una carga argumentativa mayor por lo que se dará cumplimiento a los requisitos establecidos en la sentencia C-1052 de 2011 de *exponer* razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

a. *Que exista una norma sobre la cual se predica la omisión.*

En sentencia C-802 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se resolvió demanda en contra del numeral tercero del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la adolescencia, siendo proferido fallo inhibitorio en atención a que el demandante debió conformar la proposición jurídica completa, siendo esta, según indicación realizada por la misma Corte Constitucional, la integrada por los artículos 64, 66 y 68, numeral 5º del Código de la Infancia y la Adolescencia. Señaló esta alta Corporación:

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-427 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). En la misma dirección pueden consultarse, entre muchas otras, las Sentencias C-041 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-1549 de 2000 M.P. (e) Martha Victoria Sánchez Méndez; C-090 de 2002, C-809 de 2002 y C-509 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett); C-1009 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-1266 de 2005 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-454 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-864 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-209 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-516 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-442 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto), C-260 de 211 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), entre muchas otras.

«3.2. Observa la Corte que, en esta oportunidad, el demandante se limitó a demandar el numeral 3° 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 1° 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 5° 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...

3.4. En este caso, en la medida en que el contenido normativo demandado, relativo a la exclusión de las parejas homosexuales de la posibilidad de ejercer conjuntamente el rol parental, se reproduce parcialmente en las disposiciones que excluyen la posibilidad de que los hijos biológicos de uno de los integrantes de una pareja homosexual sean adoptados por el otro, una eventual declaratoria de inexequibilidad de esa exclusión en el primer caso, resultaría inocua frente a los eventos que quedan cobijados por el segundo, que, presumiblemente, serían los de más frecuente ocurrencia. Además es claro que entre los dos supuestos normativos hay una intrínseca relación de conexidad con el cargo de inconstitucionalidad que ha suscitado el presente proceso. Por esas dos consideraciones cabe señalar que el actor tenía la carga de integrar la proposición jurídica completa, en defecto de lo cual cabría, en principio, que la Corte integrase la unidad normativa, de manera que el

análisis de constitucionalidad se realizase en torno a las disposiciones de la Ley que comportan una exclusión de la posibilidad de que la parejas homosexuales puedan establecer relaciones de filiación de manera conjunta con uno o varios menores, esto es, el numeral 3º del artículo 68, que regula la adopción conjunta entre compañeros permanentes y los artículos 64, 66 y 68 numeral 5º, que regulan la adopción de un menor por el compañero o compañera permanente de su progenitor biológico.

Sin embargo, para la Corte, existen en este caso poderosas razones para no proceder de esa manera, derivadas, tanto de las características del proceso de inconstitucionalidad y de la forma como el mismo está consagrado en la Constitución, como de la complejidad del asunto que se ha planteado, la distinta naturaleza de los aspectos del mismo sobre los que recaería la unidad normativa y la particular sensibilidad social y jurídica que existe en torno a tales aspectos».

Es de esta manera que se señala que el juicio de inconstitucionalidad se dirige en contra de los artículos 64, 66, 68 numerales 3 y 5.

b. Que la omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico.

El tema referido a la adopción puede someterse a un análisis desde dos puntos de vista: como un derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar o como un mecanismo a favor de los niños, niñas y adolescentes dirigido a proteger su interés prevalente representado en su derecho fundamental a tener una familia establecido en el artículo 44 de la Constitución Política.

Ambos temas se encuentran transversalmente unidos a través del concepto de familia: el derecho de las parejas a tener hijos incrementando, cualitativa y cuantitativamente, su núcleo familiar, y el derecho de los niños a acceder a una familia. Si la adopción se entiende como la principal medida de protección del menor y mecanismo que trata de hacer eficaz su garantía constitucional y fundamental a tener una familia, se debe resolver el presente problema constitucional dentro de los criterios de protección del menor y no solo a partir de la protección de las parejas del mismo sexo.

Cuando la ley establece que las parejas heterosexuales pueden adoptar o que uno de los miembros de la pareja puede adoptar al hijo de la otra, está excluyendo estas posibilidades: que las parejas del mismo sexo puedan adoptar hijos y que los niños, las niñas y los adolescentes puedan ejercer eficazmente su derecho a tener una familia sea o no esta homoparental, lo que termina generando, más allá de un tratamiento desigual a las parejas homosexuales frente a las heterosexuales, un preocupante déficit de protección al derecho de los menores a tener una familia.

Si, como se vio en el acápite dedicado a la violación del derecho a la igualdad, en la sentencia C-577 de 2011 se señaló que las parejas del mismo sexo constituyen familia, surge una omisión legislativa en la medida que la ley no contempla actualmente el supuesto de hecho que debe ser incluido en atención a la nueva interpretación constitucional: las parejas del mismo sexo son familia. La inexistencia de ese supuesto infringe en la actualidad el derecho a la igualdad en los dos frentes ya analizados en el cargo primero de esta acción: como el derecho de las parejas del mismo sexo a aumentar cualitativa y cuantitativamente la familia y como el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la protección de su interés prevalente representado en el derecho fundamental a tener una familia.

c) Que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente.

No existe en el ordenamiento jurídico ninguna razón que pueda justificar la imposibilidad de proteger alguna de estas dos importantes situaciones: permitir que las parejas del mismo sexo ejerzan el derecho de adopción o que se le otorgue protección al interés prevalente del menor representado en el derecho fundamental a tener una familia consagrado en el artículo 44 de la C.P.

Todo lo contrario, si se asume la adopción como el principal mecanismo de protección del menor en condiciones de desamparo, su negación no solo representaría una infracción al derecho a la igualdad sino, más grave aún (en atención al carácter prevalente) su derecho a tener una familia.

De afirmarse la existencia de una razón suficiente que justifique un trato desigual, ella debería estar representada por la presencia de motivos que justifiquen un tratamiento diferenciado. Precisamente el

deber de protección del interés prevalente del menor permite afirmar que no existe ninguna razón suficiente en la medida que todos los menores tienen derecho al acceso a una familia, y como las parejas homoparentales constituyen familia y no un tipo especial o de menor categoría en relación a la familia heterosexual, debería imponerse un tratamiento igual.

Se debe señalar que si el análisis se realiza a partir del derecho de las parejas homoparentales a adoptar pueden intervenir un sinnúmero de razones morales, religiosas, psicológicas, etc., dirigidas a demostrar que esas parejas no son iguales a las parejas heterosexuales en relación al tema de la adopción, discusión que no solo pone en un segundo plano el interés prevalente del menor sino que lo lesiona.

Estos accionantes consideran importante realizar, con miras a comprobar la inexistencia de una razón objetiva o suficiente, el siguiente test de proporcionalidad:

Inicialmente, resulta de suma importancia recordar que la adopción es una medida de protección del menor que busca hacer efectivo su derecho fundamental a tener una familia. Es así como todo lo referido a la adopción debe ser interpretado principalmente en clave de protección de los derechos de los niños y no como una facultad a favor de los homosexuales o de las parejas del mismo sexo. En términos simples, es muy distinto el juicio de constitucionalidad de cara a la adopción, si la misma se ve como derecho de los homosexuales, frente a un derecho de los menores a ser incorporados en un núcleo familiar. No será lo mismo analizar la posibilidad de la adopción como derecho de los homosexuales (derecho a adoptar que no es fundamental), al estudio de la adopción como derecho de los menores a tener una familia (el que sin dudas es un derecho fundamental). Allí precisamente radica el interés superior del menor: facilitar el ejercicio efectivo del derecho fundamental a tener una familia.

Frente a estos dos sentidos de la adopción, como medio de protección de las parejas del mismo sexo o como mecanismo excepcional de protección del menor, es importante recordar que la Corte Constitucional hizo énfasis en el segundo indicando que la adopción:

"satisface el derecho constitucional reconocido a todos los niños en el artículo 44 superior, de tener una familia y de no ser separado de ella, en aquellos casos en los cuales sus padres biológicos no pueden hacerse cargo de ellos. Y a través de la incorporación del adoptado a la familia del adoptante, se garantiza también todo el plexo de derechos reconocidos al menor de cuya eficacia el primer responsable es el padre.²⁹ Por eso, la ley define la adopción como una "medida de protección" que se establece en favor del menor³⁰...Las referencias precedentes a la institución de la adopción, y el estudio de su evolución histórica permiten concluir que ante todo ella es, hoy en día, una institución concebida en beneficio del menor adoptable y para su protección"

Precisamente la definición de la adopción como medida de protección del niño demarca el interés prevalente o superior del mismo, frente al que la Corte Constitucional señaló:

"El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

"Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una

²⁹ El artículo 97 del Código del menor prescribe que "Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo."

³⁰ Cf. Idem

caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.

“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”³¹

La adopción debe ser vista, en este orden de ideas, no solo como parte del derecho de los adoptantes al libre desarrollo de la personalidad, sino como un derecho fundamental de los menores. Busca, como lo indica principalmente la Corte “proteger al menor de la manera que mejor convenga a sus intereses, aplicando en ello el artículo 44 de la Carta”. Así, el objeto de protección en el ejercicio de la ponderación debe ser el interés prevalente del menor concretado en su derecho a tener una familia.

Una vez definido el objeto de especial protección (el interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia) y en atención a la importancia y el reconocimiento expreso de la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, es necesario realizar un test estricto de proporcionalidad.

En la sentencia C-814 de 2001, la Corte Constitucional advierte una tensión entre el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad concretado en el derecho de los homosexuales a adoptar y “el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra”. La Corte Constitucional, sin mediar ponderación alguna, resuelve ese conflicto a partir de la literalidad del artículo 44 indicando que la respuesta está en ese mismo artículo, que

³¹ Sentencia T- 408 de 1995. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

consagra “la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás”, decisión que por el paso del tiempo permite poner en tensión otros derechos: el derecho al libre desarrollo de la personalidad con el derecho fundamental del menor a tener una familia o, también, la protección de una forma específica de familia frente al derecho fundamental del menor a tenerla.

Frente a cualquiera de esas tensiones, debe advertirse que el objeto de protección es el derecho fundamental del niño a tener una familia, así se deduce, con un básico rigor interpretativo, del conjunto de normas del ordenamiento jurídico, en especial, de las normas que soportan la inexequibilidad solicitada, y no el libre desarrollo de la personalidad ni su derecho a acceder a alguna forma específica de familia. Es claro que la adopción es una medida de protección en favor del menor y las normas que gobiernan su aplicación deben conducir a aquella interpretación que mejor promueva o haga efectivo el ejercicio de ese derecho fundamental que, por demás, prevalece sobre el derecho de los demás.

La Corte Constitucional es clara en esa sentencia C-814 de 2001, al señalar que la norma demandada referida a la exigencia de la idoneidad moral supera “el juicio estricto de proporcionalidad a que, según la jurisprudencia³², deben someterse las normas que persiguen la defensa de la *moralidad pública*”. Esa alta Corporación resuelve en lacónicos párrafos el test estricto de proporcionalidad:

“...la norma cuya constitucionalidad se examina resulta útil en cuanto garantiza que todos los derechos y deberes a que se acaba de aludir se ejerzan y cumplan dentro de la axiología que defiende la Constitución. En especial, asegura que la educación de los menores adoptados se lleve a cabo de conformidad con los criterios éticos que emanan de la noción de *moral social o moral pública* (objetivo que como se vio, es constitucional al tenor de lo dispuesto por el artículo 67 superior). Además, la norma es necesaria para garantizar dicha educación, que en el supuesto contrario se vería seriamente dificultada. Desde este punto de vista, asegura la prevalencia del derecho a la educación moral (entiéndase según la *moral social*) del menor, frente al derecho de quien pretende adoptar a desarrollar su proyecto de vida de conformidad con su propio juicio moral. La norma

³² Cf. Sentencia C-404 de 1998, antes citada. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz..

cumple así con el mandato superior de prevalencia de los derechos de los niños

Finalmente, en lo concerniente al equilibrio que debe darse entre la restricción de derechos que prevé la norma y el beneficio constitucional obtenido, la Corte encuentra que la limitación del derecho de adoptar impuesta a quienes viven de conformidad con sistemas morales distintos del propuesto por la *moral pública*, aunque significa una restricción fuerte del derecho al libre desarrollo de la personalidad (porque imposibilita llegar a ser padre o madre por la vía de la adopción), es la única manera de garantizar la prevalencia de los objetivos superiores relativos a la finalidad moral de la educación, dada la condición de los padres de ser los primeros y principales educadores de sus hijos. En efecto, debe suponerse que el proyecto de vida de los padres es transmitido a los hijos, quienes “se educan” dentro de ese espacio vital. Desde este punto de vista, la norma es estrictamente proporcionada por contemplar una restricción que se erige en la única manera de lograr un objetivo constitucional”.

Pero a juicio de estos accionantes y con el consabido respeto hacia esa Altísima Corporación, el juicio de proporcionalidad estricto fue insuficiente por las siguientes razones:

1. Analiza la idoneidad moral como útil y necesaria porque garantiza que todos los derechos y deberes sean ejercidos dentro del marco de la Constitución y porque asegura la prevalencia a la educación moral. Pero ninguno de estos aspectos da cuenta de tres problemas cruciales: la adopción de niños por parte de los homosexuales como medida necesaria y útil para proteger el derecho de los menores a tener una familia, la imposibilidad de afirmar, prima facie, la inidoneidad de los homosexuales para adoptar, y la definición de las tensiones entre la moral social y el interés prevalente del menor a tener una familia a través de la adopción por parte de parejas del mismo sexo o padre o madre homosexuales.
2. Condiciona el interés prevalente del menor concretado en el derecho a tener una familia, a la noción de moralidad pública.
3. No indica los criterios para fijar esa moral pública o social que será empleada como parámetro de constitucionalidad.

4. La Corte establece el juicio estricto de proporcionalidad entre estos derechos: el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los pretendientes adoptantes, quienes aspiran a ser padres, y el derecho de los menores a la educación moral.

“Pudiera decirse que en la tensión que se presenta entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los pretendientes adoptantes, quienes aspiran a ser padres, y el derecho de los menores a la educación moral, la Constitución misma se decide por la prevalencia de éste último (Art. 44 de la Constitución Política), y de todos los demás derechos que están ínsitos en la condición de hijo de familia. A juicio de la Corte, la norma acusada garantiza esta prevalencia y en este sentido es un desarrollo constitucional”.

Pero el juicio de proporcionalidad también puede resolverse a partir de la tensión entre el libre desarrollo de la personalidad y el derecho fundamental del menor a tener una familia, tensión que puede ser resuelta a favor del menor a tener una familia de acuerdo a la ponderación entre los derechos en conflicto: el derecho a la constitución de una familia y el derecho fundamental a tenerla.

En síntesis, el tema de la adopción es necesario abordarlo bajo el prisma de los derechos del menor y no bajo la óptica del derecho de los homosexuales a adoptar. Mientras que la adopción de menores por parejas del mismo sexo se estimó inconstitucional de acuerdo a las razones expuestas en la sentencia C-814 de 2001, ello no impide argumentar dicha posibilidad a partir de la reciente sentencia C-577 de 2011 y los derechos fundamentales del menor a tener una familia estable, al amor y a la protección, consagrados en el artículo 44 de la C.P. Luego, si existe esta consagración constitucional y a su vez se señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás ¿no son éstas razones suficientes para sostener que la discusión en torno a la adopción debe procurar por la defensa de ese derecho fundamental del menor y no solo por la defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo?

Por lo expuesto, no es identificable una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión.

d) Que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma.

La carencia de esa razón suficiente, que se traduce en algo más evidente como la violación directa y flagrante de normas constitucionales como el artículo 13, 42 y 44 de la C.P., genera una desigualdad que no encuentra justificación alguna en el ordenamiento jurídico colombiano. No hay duda que las parejas homoparentales deben ser incluidas en las normas demandadas, puesto que al constituir familia son equiparables a una pareja heterosexual que sí está legitimada expresamente por el ordenamiento jurídico para iniciar el proceso de adopción.

Tan cierto es el tratamiento desigual que, tal como se demostrará en el cargo de inconstitucionalidad genérico referido a la inconstitucionalidad de interpretación por violar derechos de los niños, niñas y adolescentes, la principal autoridad administrativa encargada de la protección de los menores (El ICBF), ha interpretado en múltiples ocasiones el artículo 44 de la C.P. confiriendo un sentido muy distinto al establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, señalando, en términos concretos, que como las parejas del mismo sexo no constituyen familia, no pueden adoptar .

La desigualdad, como se demostrará, no se configura solamente frente a las parejas del mismo sexo, sino, principalmente, en relación a los niños, niñas y adolescentes como titulares del derecho a tener una familia.

e) Que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador

La expedición de la sentencia C-577 de 2011, está en sintonía con aquel conjunto de decisiones que buscan proteger las uniones de parejas del mismo sexo. Pero esta sentencia no representó solamente el reconocimiento del *status* de familia a las parejas del mismo sexo sino la posibilidad de que a ella accedan los niños, niñas y adolescentes en condiciones de adoptabilidad en ejercicio de su derecho fundamental a tener una familia.

Basta con formular la pregunta acerca de cuál hubiera sido el deber del legislador de haber tenido conocimiento, al momento de la expedición

de la Ley 1098 de 2006, de que las parejas del mismo sexo constituirían familia. Sin duda, como consecuencia de la incorporación de una noción amplia de familia, hubiera tenido que adicionar los artículos hoy denunciados incorporando un supuesto de hecho que permitiera superar la inconstitucionalidad derivada de un tratamiento desigual.

Bajo los supuestos anteriores, es menester que el órgano legislativo promueva mediante acciones legislativas el derecho de todos los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y con ello, la realización del interés superior de ellos, pero en atención a que la ley no contempla dicho supuesto, se configura claramente la denominada omisión legislativa relativa.

Alguien podrá afirmar, bajo un estricto rigor cronológico, que no hay omisión en atención a que para el año 2008 (año de expedición de la Ley 1098) no existía la noción de familia establecida en la sentencia C-577 de 2011, pero debe ser claro que en el estudio de la omisión, en la medida que es un mecanismo de protección de la primacía constitucional y de sus garantías fundamentales, y no una sanción al órgano legislativo, poca importancia tiene la fecha de expedición de la misma.

En la sentencia C-814 de 2001, la Corte Constitucional analiza: a. Si el único sentido dado al texto de la norma demandada desconoce o no la Constitución y, b. Si lo no dicho por el legislador de turno en relación a la adopción de las parejas del mismo sexo se erige en una omisión legislativa inconstitucional “es decir en el incumplimiento por parte del legislador de la obligación de incluir un determinado contenido normativo en la disposición, circunstancia que llevaría a la Corte a proferir una sentencia integradora, es decir un pronunciamiento en el que se hiciera efectivo directamente el valor normativo de la Carta Política”

En relación a la posible omisión legislativa, expresa:

“La posibilidad de emitir una sentencia integradora por omisión legislativa discriminatoria, de conformidad con los criterios que al respecto ha sentado la jurisprudencia de la Corporación, se da en aquellos casos en los cuales *“... la inexequibilidad derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la*

desigualdad de trato que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo."³³

Frente a esa posible omisión, responde comparando las uniones de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre y la situación de los homosexuales que han vivido en las mismas condiciones. Para la Corte Constitucional, no existe infracción a la igualdad en la medida que se trata de dos hipótesis diferentes:

"...no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener la familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho"

Ello se deriva, como se advirtió, de una interpretación bajo dos directivas: gramatical e histórica, desconociendo la posibilidad de llegar a conclusiones diferentes con el uso de las directivas teleológica y sistemática. Por ello concluye que no existe omisión legislativa, pero no solo eso, sino, además, restringe la posibilidad al legislador de incorporar el derecho del niño a ser adoptado por una pareja de homosexuales. Al respecto señaló:

"...no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.

En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia³⁴, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar".

³³ Sentencia C-555 de 1994 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

³⁴ Vg. Familia poligámica, poliándrica, poliginica.

Y concluye la Corte que no existe violación de los derechos del menor porque “el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege”. Pero, como se ha expresado, la sentencia C-577 de 2011 representó un cambio sustancial en relación a la noción de familia adoptada en la sentencia C-814 de 2001, por lo que debe variar el test de proporcionalidad en la medida que las parejas del mismo sexo son familia y pueden ser consideradas un medio necesario e idóneo para proteger el interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia.

2.2.1.3. EXISTENCIA DE UNA INTERPRETACIÓN INCONSTITUCIONAL GENERALIZADA EN EL SECTOR ADMINISTRATIVO (AUTO 196 DE 2005, SENTENCIAS C-802 de 2008 y C-842 DE 2010). Control constitucional sobre interpretaciones inconstitucionales generalizadas realizadas por servidores públicos.

Uno de los más importantes logros alcanzado por la Corte Constitucional en relación al sistema de control constitucional alcanzado por la Corte Constitucional, es el referido a la posibilidad de que esa alta corporación no solo desarrolle el control constitucional a partir de la confrontación entre los enunciados normativos o sus sentidos con el texto de la Constitución y el bloque de normas constitucionales, sino que el mismo se pueda extender a aquellas interpretaciones generalizadas que realizan las entidades del Estado que representan una violación de normas constitucionales. Es una de las más significativas expresiones del denominado derecho viviente.

El control constitucional no se puede reducir a ser mecanismo de preservación del texto de la Constitución, debe velar, además, por la eficacia de las decisiones que de él se deriven. La eficacia en el ejercicio del control constitucional exige ir más allá del control a la norma creada por el legislador a través de la eliminación de su enunciado, de su aclaración o complementación. Debe procurar porque todos los servidores públicos, funcionarios administrativos y jurisdiccionales, acaten lo dispuesto por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Así lo ha manifestado claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-802 de 2008:

“De esta manera, el control frente a las interpretaciones de normas con fuerza material de ley, es válido en la medida en que su objetivo es hacer compatible la labor de los operadores jurídicos (judiciales o administrativos) con los valores, principios, derechos y garantías que subyacen en la Carta Política”. (Subrayas extratexto).

Se infiere de esa cita tres importantes objetivos del control constitucional frente a interpretaciones de enunciados normativos: extender ese control de enunciados (textos) a un control de normas (sentidos); pasar del control de los textos al control a las normas en acción (comprensión del derecho a partir del contexto), y velar porque las interpretaciones realizadas por todo operador jurídico (administrativo y jurisdiccional), guarden coherencia con la Constitución Política, con sus principios y garantías. Esa noción de control es una de las más importantes manifestaciones del derecho viviente.

Pobre favor hace a la teoría del derecho viviente, que exige el paso del derecho de los textos al derecho en acción, un control constitucional al que le sea indiferente el no acatamiento de las decisiones de la Corte Constitucional por parte de los restantes órganos del poder público. No solo afecta ese derecho viviente sino que infringe el mismo principio de la primacía constitucional, en la medida que el control se limita al legislador y no a aquellas interpretaciones realizadas por los jueces o por autoridades del orden administrativo que igualmente deben dar aplicación a los mandatos constitucionales y a las decisiones que adopte esa alta corporación.

Para evitar la ineficacia del control constitucional, como consecuencia lógica del imperio de la constitución y de la eficacia de las decisiones jurisdiccionales, la Corte Constitucional señaló mediante auto A-196 de 2005, y las sentencias C-802 DE 2008 y C-842 de 2010, la posibilidad de someter al control constitucional las interpretaciones institucionales (generalizadas) que riñan con los contenidos de la Constitución y con las decisiones adoptadas por esa misma corporación.

El control a las interpretaciones judiciales y a las realizadas por entidades del orden administrativo, no es más que una aplicación del principio de primacía constitucional en tanto que la Constitución impera sobre todos los

poderes públicos y limita todas sus actuaciones. Expresó la Corte Constitucional:

«[E]sta Corporación ha venido señalando que, en principio, no le corresponde al juez constitucional resolver aquellos debates suscitados en torno al proceso de aplicación o interpretación de la ley, pues es claro que en estos casos no se trata de cuestionar el contenido literal de la norma impugnada, sino el sentido o alcance que a ésta le haya fijado la autoridad judicial competente. Según lo ha señalado, en tanto es la propia Constitución la que establece una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones, los conflictos jurídicos que surjan como consecuencia del proceso de aplicación de las normas legales han de ser resueltos por los jueces ordinarios y especializados a quien se les asigna dicha función.³⁵

No obstante, también este alto Tribunal ha admitido que por vía de la acción pública de inexequibilidad se puedan resolver los conflictos atinentes a la interpretación de las normas jurídicas, cuando aquellos “están” involucrando un problema de interpretación constitucional”³⁶ y el mismo se origina directamente en el texto o contenido de la disposición impugnada»³⁷ (subrayas extratexto).

Es clara la Corte Constitucional al momento de establecer un control sobre las diversas interpretaciones derivadas del texto de la ley:

“2. Ahora bien, actuando siempre dentro de la misma lógica y respetando la finalidad propia de esta acción, la Corte Constitucional ha admitido -con claras restricciones- que la demanda de inconstitucionalidad puede utilizarse, excepcionalmente, para impugnar interpretaciones judiciales que entrañen la vigencia de disposiciones constitucionales.

En efecto, la Corte ha dicho al respecto que, en circunstancias excepcionales, el control abstracto de inconstitucionalidad puede recaer sobre la interpretación judicial de una norma legal, siempre

³⁵ Cfr., entre otras, las Sentencias C-496/94 y C-081/96.

³⁶ Sentencia C-1436 de 2000, (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

³⁷ Auto 196 de 2005.

y cuando dicha interpretación entrañe un verdadero problema constitucional.

...El hecho de que a un enunciado normativo se le atribuyan distintos contenidos o significados, consecuencia de la existencia de un presunto margen de indeterminación semántica, conlleva a que la escogencia práctica entre sus diversas lecturas trascienda el ámbito de lo estrictamente legal y adquiera relevancia constitucional, en cuanto que sus alternativas de aplicación pueden resultar irrazonables y desconocer los mandatos superiores.

Ciertamente, conforme al criterio hermenéutico fijado por la jurisprudencia de la Corporación, si una preceptiva legal puede ser interpretada en más de un sentido por parte de las autoridades judiciales que tienen a su cargo la aplicación de la ley, y alguna de ellas entra en aparente contradicción con los valores, principios, derechos y garantías que contiene y promueve la Constitución Política, corresponde a la Corte adelantar el respectivo análisis de constitucionalidad con el fin de establecer cuál es la regla normativa que, consultando el espíritu del precepto, en realidad se ajusta o se adecua a la Carta Política³⁸ (Subrayas extratexto)

La interpretación de la Ley 1098 de 2006 encierra un verdadero problema constitucional en la medida que el sentido adoptado por diversas autoridades administrativas (El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la Procuraduría General de la Nación), como se demostrará, no solo va en contravía del sentido fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, sino que infringe importantísimos derechos fundamentales como la igualdad y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia. Por ello se hace necesario acudir a la acción de inconstitucionalidad como mecanismo de control de la primacía constitucional a efectos de que se corrija la interpretación adoptada por las entidades del orden administrativo.

En el auto A-196 de 2005, se consignan los tres elementos que deben ser demostrados al momento de atacar por inconstitucional una interpretación realizada de manera generalizada por algún órgano del poder político³⁹:

³⁸ Auto A-196 de 2005.

³⁹ Señala la Corte Constitucional: "la acción pública de inconstitucionalidad sólo procede frente a interpretaciones consistentes, que demuestren una posición consolidada de la jurisdicción competente, relevantes desde el punto de vista constitucional en la determinación del alcance de una norma"³⁹.

- a. Una decisión de la Corte Constitucional que defina el sentido de la norma.
- b. Una interpretación generalizada o consistente de la norma declarada constitucional por parte de una autoridad judicial en un sentido contrario al establecido por la Corte Constitucional. Para estos accionantes es importante resaltar que las mismas razones (primacía constitucional, derecho viviente, cosa juzgada, etc.) que existen para controlar las interpretaciones judiciales, se imponen a las interpretaciones realizadas por la autoridad administrativa en la medida que de ellas se deriva una interpretación inconstitucional o contraria al sentido fijado por esa misma Corporación.
- c. Relevancia constitucional en el entendido de que no basta que el sentido sea diverso sino que debe representar la infracción de las garantías constitucionales que pretende proteger la Corte Constitucional.

Se procederá a demostrar cada uno de esos requisitos:

a. Decisión de la Corte Constitucional que defina el sentido de la norma entre varios posibles.

Mediante sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional estableció con claridad que las parejas del mismo sexo constituyen familia. Esa decisión no tocó aspectos relacionados con la formalización de la unión ni con el derecho a adoptar, materias frente a las que no se pronunció por no formar parte del objeto de la demanda. No obstante, con esa decisión quedó claro que las parejas homoparentales constituyen familia y que la homosexualidad no debe ser razón para negar derechos derivados de su condición de familia.

El razonamiento es lógico: de la interpretación de la Corte Constitucional, que es vinculante, se confirma que la familia está constituida por un hombre y una mujer, o por una pareja de mujeres, de hombres o, en general, personas unidas por vínculos de afecto y solidaridad. De allí se desprenden dos ideas fundamentales: la primera, la familia no está definida solamente de la manera que lo hace el texto del artículo 42 de la C.P.; la segunda, que si, de un lado, las parejas del

mismo sexo son familia y, de otro, los menores tienen el derecho fundamental a tener una familia según lo establece el artículo 44 de la C.P., el cual hace parte del interés prevalente del menor y que está amparado por las restantes normas del bloque de constitucionalidad, los niños, niñas y adolescentes pueden tener padres homosexuales.

La conclusión es que el menor tiene derecho a tener una familia, configurada ésta de la manera establecida en el ordenamiento jurídico por el mismo texto de la Constitución Política (artículo 42 de la C.P.) o por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-577 de 2011).

No obstante, se reitera, ni el legislador contempló esa posibilidad de adopción para parejas del mismo sexo, ni la interpretación que se hace del artículo 68 por parte del ICBF es coherente con el ordenamiento jurídico en la medida que no solo se aparta del sentido fijado por la Corte Constitucional, sino que conculca garantías constitucionales, tal como se demostrará más adelante.

b. Una interpretación generalizada o consistente de la norma declarada constitucional por parte de una autoridad judicial o administrativa en un sentido contrario al establecido por la Corte Constitucional.

Es claro que quien acusa una norma de inconstitucional por errada interpretación, debe asumir como carga probatoria la demostración de la existencia de una interpretación no solo ajena a la señalada por la Corte Constitucional sino violatoria de derechos constitucionales.

Los siguientes pronunciamientos son lo suficientemente ilustrativos de una línea argumentativa asumida por el ICBF que no es coherente con la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ni con la noción actual de familia que incorpora la homoparental, a pesar que, de otro lado, expresamente ha señalado ese mismo instituto que la orientación sexual “no es un factor a analizar en una solicitud de adopción de una persona o pareja, es decir, no prevé que sea o constituya un requisito para la adopción de un niño, niña o adolescente, lo cual es claro para los profesionales del ICBF que

intervienen en el proceso de adopción en sus diferentes etapas”⁴⁰, línea argumentativa que demuestra igualmente que no hay concordancia entre lo que se afirma que se hace y lo que efectivamente se hace:

1. Respuesta del ICBF a acción de tutela presentada por el ciudadano norteamericano Chandler Burr en la que se indica “...cuando una persona homosexual, sea una mujer o un hombre ó una pareja homosexual decide solicitar una adopción, desde la simple perspectiva exegética y literal de la constitución, no constituyen familia”. (sentencia T-276 de 2012).
2. Respuesta negativa a solicitud de adopción instaurada por pareja del mismo sexo, proferida por la Defensora Segunda de Familia del ICBF de Rionegro mediante comunicado 051120003800 del 8 de febrero del 2008. Allí se indica como razón de la negativa el hecho de tratarse de parejas del mismo sexo y porque la legislación colombiana no admite ni consagra la adopción de parejas homosexuales.
3. Intervención de la Defensora Segunda de Familia en respuesta a acción de tutela instaurada por pareja del mismo sexo de Rionegro (Antioquia) en la que reiteró su negativa a conceder la adopción con fundamento en la sentencia C-814 de 2001, en la que se indicó que las parejas del mismo sexo no constituyen familia.
4. Intervención del ICBF en el proceso que dio lugar a la sentencia C-802 de 2009. En la que, para el organismo, de acuerdo con el régimen constitucional vigente a la fecha de su intervención en la demanda:

“... otorgarle a una pareja homosexual la posibilidad de adoptar a un menor resultaría contrario al derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella.”

Además, ubicando como fuente argumentativa la sentencia C-814 de 2001, afirmó:

“... lo anterior no comporta una violación del derecho a la igualdad de los integrantes de las parejas homosexuales,

⁴⁰ Respuesta a derecho de petición instaurado por este grupo de accionantes de fecha septiembre 9 de 2013, p. 5.

puesto que tal como se puso de presente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-814 de 2001, ellas no se enmarcan dentro del concepto constitucional de familia. Por lo tanto, en aquellos eventos en que se presentaren conflictos entre los derechos a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de las parejas homosexuales y los derechos de los niños a formar parte de una familia protegida por la Carta Política, los mismos tiene clara resolución a la luz del artículo 44 Superior, el cual señala la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás”

5. Concepto jurídico 18006 de 2011 elaborado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el que se resalta a modo de conclusión:

“... el matrimonio entre parejas del mismo sexo no existe en Colombia, se equiparó el régimen de protección patrimonial de la unión marital de hecho de las parejas heterosexuales a las parejas homosexuales por parte de la Corte Constitucional, quiere decir esto, 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 y ii) no se encuentra aprobada la adopción en Colombia para parejas del mismo sexo.”

6. No se puede dejar de mencionar el concepto emitido por la Procuraduría General de la Nación, N° 4726 del 25 de febrero de 2009, en la medida que hace parte del sistema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Afirma en uno de sus apartes:

“Tampoco comparte este Despacho la tesis del accionante, en el sentido de que las parejas convivientes del mismo sexo son, según la jurisprudencia de la Corte, familia”

De igual forma considera la Procuraduría General de la Nación que debido al principio de diferenciación sexual, no es posible concebir a las parejas homosexuales como constituyentes de familia en el ordenamiento jurídico colombiano:

“...bien podría afirmarse que habría una imposibilidad de principio para que las uniones de convivientes de un mismo sexo puedan considerarse como familia, porque no estarían abiertas naturalmente a la vida. Sería iluso afirmar que en esas uniones el criterio de la diferenciación sexual no está presente, porque en las parejas de un mismo sexo puede generarse una relación sexual e incluso una relación amorosa, pero esa relación no está naturalmente ordenada a la conservación de la especie humana”

Finalmente, a modo de conclusión, afirma que el no reconocimiento de las parejas homosexuales como familia no genera, en ninguna medida, un déficit de protección a la luz de la Constitución:

“Tampoco, considera este Despacho, que pueda argumentarse que el no reconocimiento a las parejas convivientes del mismo sexo genere «un déficit de protección inadmisibles a la luz de la Constitución», porque a estas parejas se les ha reconocido para ciertos efectos jurídicos el carácter de relaciones jurídicas relevantes, mas no el carácter de constituir una relación familiar”.

Se debe resaltar que algunas de las interpretaciones realizadas por el ICBF están soportadas en una interpretación que de dicho artículo hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-814 de 2001. Por ello se imponen algunas reflexiones en relación a ella. En esta sentencia la Corte Constitucional expresa claramente que son dos, entre otros, los problemas que va a abordar: la posibilidad que el legislador establezca requisitos de idoneidad moral y la conformidad con la Constitución Política de la adopción para parejas del mismo sexo, lo que significa que en su razón de la decisión sería objeto de análisis y definición la posibilidad de adopción para parejas del mismo sexo. Señaló:

“De conformidad con lo expuesto, corresponde a la Corte definir si el legislador puede o no establecer exigencias de carácter moral para efectos de que se conceda un niño en adopción, y si resulta conforme con la Constitución la

adopción por parte de homosexuales”(subrayas extratexto).

La Corte Constitucional señaló allí que las parejas del mismo sexo no podían adoptar, no en atención a su condición sexual, sino a que esa unión no se ajustaba a la noción de familia establecida en el artículo 42 de la C.P. Ahora, si esa noción de familia varió mediante los argumentos expuestos en la sentencia C-577 de 2011, y actualmente son familia, no tiene soporte constitucional alguno la denegatoria de la adopción para parejas del mismo sexo como parte del derecho fundamental de los menores a tener una familia.

A pesar de la importancia otorgada a la adopción como principal mecanismo de protección del menor⁴¹ que está en condiciones de orfandad, es necesario advertir que en la sentencia C-814 de 2001 se expresaron algunos argumentos que no guardan, al día de hoy, coherencia con el objeto de protección constitucional: el derecho de los niños a tener una familia. Algunos de ellos son:

- La Corte Constitucional definió la familia a partir de una interpretación literal e histórica del art. 42 de la C.P., con un sentido diferente al concepto de familia adoptado en la sentencia C-577 de 2011. Señaló la Corte:

“La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión *“por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*. Pero si esta interpretación exegética no se considerara suficiente, la histórica corrobora la conclusión expuesta. En efecto, el estudio de las actas correspondientes a los antecedentes de la norma en la Asamblea Nacional Constituyente, conduce a idéntica respuesta...

...se ajusta a la Constitución el que el legislador limite la libertad del juez que decreta la adopción, señalando que la autorización para adoptar solo puede ser concedida a

⁴¹ La Corte señaló frente a la adopción: *“satisface el derecho constitucional reconocido a todas los niños en el artículo 44 superior, de tener una familia y de no ser separado de ella”*; *Es “una institución concebida en beneficio del menor adoptable y para su protección”*; *“Es, primordialmente, una medida de protección del menor que no puede ser atendida por sus padres”*; *“En la adopción se debe buscar la protección del interés superior del niño”*.

quienes pretenden conformar la familia que el constituyente quiso proteger. Este y no otro es el interés superior del menor, dentro de la axiología determinada por las normas superiores”. (subrayas extratexto)

“Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege” (subrayas extratexto).

Cuando la Corte Constitucional advierte que va a resolver el tema de la adopción en parejas del mismo sexo y en cumplimiento de ello señala que el constituyente protege solo una forma de familia (la conformada por un hombre y una mujer) y que el interés superior del menor es formar parte de la familia heterosexual definida en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente y reconocida en el texto del artículo 42 de la C.P., está finalmente interpretando que los niños no pueden ser parte de una familia conformada por dos papás o dos mamás. *Mutatis mutandi*, si la noción de familia cambia a través de la sentencia C-577 de 2011 en la que se reconoce la posibilidad de que parejas del mismo sexo constituyan dicho núcleo esencial de la sociedad, la posibilidad que los niños sean adoptados como mecanismo de protección de su derecho fundamental a tener una familia, es una hipótesis que debe ser contemplada por todo servidor público.

- En la sentencia C-814 de 2001, la Corte constitucional no interpretó de manera sistemática instrumentos internacionales del derecho positivo de los derechos humanos que expresamente protegen el interés del menor a tener una familia, adicional al deber de los Estados de generar políticas de no discriminación de sus padres por razones de sexo⁴².

42 a. *Preámbulo Convención sobre los derechos del niño adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991 (inciso 6 y 7) Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y*

medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, (subrayas fuera de texto)

- b. *Art. 2º. Convención sobre los derechos del niño adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.* 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. (subrayas ajenas al texto). 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.
- c. *Art. 3º Convención sobre los derechos del niño, adaptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991* 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (subrayas ajenas al texto). 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (subrayas ajenas al texto).
- d. *Art. 4º. Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.* Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional. (subrayas ajenas al texto).
- e. *Art. 18º. Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991* "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (subrayas ajenas al texto).
- f. *Art. 21 Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.* Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial. (subrayas ajenas al texto).
- g. *Art. 27. Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.* 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
- h. *Art. 39. Convención sobre los derechos del niño, adaptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991* Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño. (subrayas ajenas al texto).
- i. *Art. 10 Pacto Internacional de derechos económicos, Sociales y Culturales, Ley 74 de 1968.* "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

- Como consecuencia de lo anterior, se desconoció el bloque de constitucionalidad.
- La Corte determinó la existencia de una tensión entre el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales y el derecho de los niños a formar parte de la familia “protegida por la constitución”. Expresó:

“Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional. En tal virtud, será declarada su exequibilidad”.

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. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (subrayas ajenas al texto).

- j. *Convención Americana sobre derechos humanos. Ley 76 de 1992, Art. 19. “Artículo 19. Derechos del Niño Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”* (subrayas ajenas al texto).

- k. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado el 29 de octubre de 1969 Artículo 24*

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (subrayas ajenas al texto).

- l. *Art. 1º Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, aprobado mediante la Ley 265 de enero 25 de 1996, que señala como objetivo:*

“establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideraciones al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional”. (subrayas ajenas al texto).

Si la noción de familia establecida en la sentencia C-814 de 2001 (que se deriva de la interpretación literal e histórica del artículo 42 de la C.P.) cambió con la sentencia C-577 de 2011 (parejas del mismo sexo son familia), la tensión entre el derecho de los homosexuales al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad y la integridad moral del menor debe ser resuelta en otros términos: si ahora se reconoce que las parejas del mismo sexo son familia, pueden ser medio idóneo para la protección del derecho de los menores a tener una familia, y en razón del grave desamparo de los niños, también un medio necesario para la protección de ese mismo derecho fundamental.

En síntesis, si uno de los elementos que conforman un razonamiento jurídico cambia, no es posible derivar de las nuevas premisas las mismas conclusiones formuladas bajo la existencia de las premisas anteriores. Concretamente, si las parejas del mismo sexo no podían adoptar en atención a que su unión no se ajustaba a la noción de familia señalada por la Constitución Política (Sentencia C-814 de 2001) y esa misma noción de familia varía en aplicación de otros criterios de interpretación (sentencia C-577 de 2011), que indican que ahora constituyen familia, la conclusión acerca de la posibilidad de que adopten o no debe variar.

Finalmente, de la manera más respetuosa se desea llamar la atención de la Honorable Corte Constitucional frente al hecho de que la acción presentada se dirige a controlar interpretaciones reiteradas de la misma autoridad administrativa que van en contra de los mandatos constitucionales y, en especial, del sentido otorgado por la Corte Constitucional al artículo 42 de la C.P. en la sentencia C-577 de 2011.

c. Relevancia constitucional en el entendido de que no basta que el sentido sea diverso sino que debe representar la infracción de las garantías constitucionales que pretende proteger la Corte Constitucional.

Es necesario advertir a la Honorable Corte Constitucional la necesidad de imponer un control a esas interpretaciones en tanto que si bien es cierto se adoptan en casos particulares frente a los que existen los respectivos mecanismos de control administrativos y jurisdiccionales, su reiteración permite evidenciar una falta de coherencia semántica en el sentido que se

le debe otorgar a las normas que protegen la familia. Ello es consecuencia de un serio y grave problema de incoherencia jurídica que se refleja en un gravísimo desconocimiento del deber de protección de los derechos de los niños en la medida que de un lado se manifiesta que su actuación se ciñe a los parámetros constitucionales pero, de otro, sus funcionarios actúan en contravía de los mismos.

Con el triple propósito de demostrar la relevancia constitucional, la existencia de interpretaciones ajenas a lo ordenado por la Corte Constitucional y de asumir la carga argumentativa exigida para estos casos excepcionalísimos de control constitucional sobre interpretaciones, este grupo de accionantes interpuso dos derechos de petición cuyas respuestas dejan en evidencia que una es la idea que esa entidad tiene del sistema de protección de los derechos del menor y otra muy distinta la que sus funcionarios ponen en práctica generando dos serias contradicciones: la primera, entre lo que dicho Instituto dice hacer y lo que realmente hace; y la segunda, entre lo que ese Instituto interpreta del artículo 42 de la C.P. y lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011. Se procede al estudio de ambas peticiones:

1. **Primera Petición.** Con fecha de mayo 27 de 2013, se presentó derecho de petición de información con el objeto de que el ICBF indicara su posición en relación a los siguientes temas: normativa que aplican en relación a la adopción de parejas del mismo sexo, normas del bloque de constitucionalidad aplicables, posibilidad de que una persona homosexual adopte, la posición del ICBF cuando se entera que un adoptante es homosexual, entre otros.

De la respuesta a esa petición, es necesario resaltar que el ICBF no solo no dio respuesta a varios de los interrogantes de gran importancia social y, en especial, en relación a la protección de los niños, niñas y adolescentes, sino que va en contra de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011.

En la página seis de la respuesta, el ICBF afirma:

“De la mencionada norma constitucional se concluye que la familia, en tanto núcleo fundamental y básico de la sociedad, constituida por vínculos naturales o jurídicos, tiene como sujetos predeterminados: “un hombre y una mujer” (subrayas extratexto)

Desconoce así el ICBF, la noción de familia homoparental reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011.

Pero la situación es mucho más grave cuando dicha entidad vincula la noción de familia con el matrimonio, para afirmar que ambas se constituyen a partir de una pareja heterosexual:

“La estructuración del concepto de familia desde la Constitución (art. 42), tiene su configuración social, a partir de una célula social, como en la gran mayoría de países del mundo, que la familia y el matrimonio de donde deriva, se constituyen a partir de una pareja heterosexual. Cualquier interpretación en sentido contrario desconocería la configuración de las instituciones del matrimonio y de la familia en la Carta Política, por lo que para darles un entendimiento distinto al aquí expuesto, sería necesario el cambio de la Constitución en esta materia” (Subrayas ajenas al texto).

Igual reproche merece la vinculación necesaria a modo de “causa y efecto” entre los conceptos de familia y matrimonio:

“Es requisito indispensable la conformación de la familia en los términos señalados en la Constitución Política, esta a su vez establece una relación de causa a efecto entre las dos instituciones: La Familia y el Matrimonio, indicando desde su literalidad, que la primera se constituye por vínculos naturales o jurídicos, precisando en el predicado final del inciso primero del artículo 42 Supremo, que los vínculos naturales u (sic) jurídicos que la constituyen son el matrimonio, cuyos fines el legislador hace coincidir con los de la familia, o la voluntad de conformarla, por unos, se resalta, sujetos expresamente indicados: “un hombre y una mujer”.

Se puede observar con claridad como el ICBF no solo interpretó literal y exegéticamente el artículo 42 de la C.P. sino que desconoció la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011. El ICBF fusiona arbitrariamente el término de familia con el de matrimonio, debido a que sostiene que el núcleo fundamental y básico de la sociedad es la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos y que tiene como sujetos predeterminados un hombre y una mujer.

De una lectura a la respuesta al derecho de petición, se puede advertir la existencia de una omisión legislativa que dio lugar, como se expuso, a un vacío jurídico. Ello se pone en evidencia cuando señala:

“La Corte Constitucional al reconocer la protección consagrada en la Ley 54 de 1990 a las parejas del mismo sexo, lo hizo limitando su decisión a la constitución de la sociedad patrimonial, no a la existencia como tal de la unión marital de hecho, que de acuerdo con el pronunciamiento de exequibilidad es la conformada por un hombre y una mujer, motivo por el cual no es viable bajo el marco jurídico vigente Constitucional y legal, aplicar a las parejas del mismo sexo lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, pues no se constituyen como cónyuges, ni compañeros permanentes” (Subrayas extratexto).

Se puede concluir del análisis de esta primera petición, que:

- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es el ente gubernamental encargado de la defensa y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre los cuales se encuentran el derecho a crecer en el seno de una familia, pero ese mismo Instituto desconoce la noción de familia adoptada por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 2011, la que bien debía conocer suficientemente no solo por el deber de acatamiento a las sentencias de constitucionalidad (poder vinculante del precedente) sino porque entre la sentencia y la respuesta al derecho de petición existe un período de más de dos años que toman inexcusable el desconocimiento de su contenido.
- No existe ninguna ley en Colombia que prohíba la adopción por parte de una pareja homosexual o una persona soltera con orientación homosexual y que, dado esto, el ICBF no tiene sustento jurídico para negarle el derecho al niño, a la niña o al adolescente a crecer dentro de un núcleo familiar homoparental.
- La adopción, al ser una medida “principal y por excelencia” de protección del interés prevalente del menor, exige que todas las normas que regulan dicha medida sean interpretadas en favor del ejercicio eficaz de su derecho fundamental a crecer en el seno de una familia.

- Que, dado lo anterior, no hay razón suficiente ni necesaria para negar la adopción a parejas del mismo sexo, en cuanto el principio *pro homine* exige que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y en contraposición a la norma o a la interpretación más restringida.
2. **Segunda petición.** A inicios del mes de agosto del año 2013, se presentó una nueva petición con el objeto de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familia I.C.B.F., prohiriera información acerca de la posibilidad que las parejas del mismo sexo puedan adoptar. En la respuesta, al igual que en la petición anteriormente analizada, se defiende una noción de familia totalmente distinta a la reconocida por la Corte Constitucional. Expresó el ICBF:

“...(c) onsideramos necesario reiterar el contenido del oficio radicado bajo el número 42912 del 10 de julio del 2013, en sentido que a la fecha la Constitución Política consagra que la familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer... Varios elementos se desprende de esta definición: - Los sujetos: Un hombre y una mujer”

En esa noción de familia insiste en los siguientes términos luego de interpretar el artículo 42 de la C.P.:

“De la mencionada norma constitucional se concluye que la familia, en tanto núcleo fundamental y básico de la sociedad, constituida por vínculos naturales o jurídicos, tiene como sujetos predeterminados: “un hombre y una mujer”.

Como se advierte con suficiente claridad, en la respuesta suministrada por dicho instituto, se reitera la noción de familia descrita en la petición ya analizada, esto es, mantiene una noción de familia que no corresponde a la reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, lo que representa un desconocimiento del precedente judicial.

Igualmente, el ICBF incurre en el error de unir, tal como ocurrió en la petición anterior, la noción de familia a la de matrimonio, instituciones ambas que si bien están relacionadas no dependen de manera necesaria la una de la otra. Señaló, repitiendo literalmente las palabras usadas en respuesta a la primera petición, lo siguiente:

“La estructuración del concepto de la familia desde la Constitución (Art. 42), tiene su configuración social, a partir de una célula social, como en la gran mayoría de países del mundo, que la familia y el matrimonio de donde deriva, se constituyen a partir de una pareja heterosexual. Cualquier interpretación en sentido contrario desconocería, la configuración de las instituciones del matrimonio y de la familia en la Carta Política, por lo que para darle un entendimiento distinto al aquí expuesto, sería necesario el cambio de la Constitución en esta materia”.

Pero no solo se evidencia la errada relación necesaria entre matrimonio y familia sino que demuestra el absoluto apartamiento de las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011. Ese error, el de fusionar la noción de familia con la de matrimonio, se reitera nuevamente en el párrafo siguiente:

“Es requisito indispensable la conformación de la familia en los términos señalados en la Constitución Política, ésta a su vez establece una relación de causa a efecto entre las dos instituciones: la familia y el matrimonio...”

Además de vincular la noción de familia a la de matrimonio, acude a una directiva de interpretación única y literal para concluir que aquella sólo puede constituirse por la unión entre un hombre y una mujer:

“...que los vínculos naturales u (sic) jurídicos que la constituyen son el matrimonio, cuyos fines el legislador hace coincidir con los de la familia, a la voluntad de conformarla, por unos, se resalta, sujetos expresamente indicados: “un hombre y una mujer”.

La prueba de la pertinencia de esta acción de inconstitucionalidad derivada de una interpretación inconstitucional realizada por el máximo Instituto encargado de la protección de los niños, niñas y adolescentes, se encuentra en el sentido que le otorga a la adopción, en la medida que la asume como un derecho de la parejas del mismo sexo a adoptar y no como el mecanismo excepcional de protección del interés prevalente del menor a gozar de su derecho fundamental a crecer en el seno de una familia.

Aludiendo a la sentencia C-577 de 2011, expresa que en atención a que la Corte Constitucional exhortó al Congreso para que expidiera las normas necesarias que permitieran superar el déficit de protección y ésta corporación no expidió dicha normativa, concluye que las parejas del

mismo sexo no pueden adoptar. Lo anterior lo apoya adicionalmente en la afirmación de la Corte Constitucional en el sentido de que no se pronunció sobre el tema de la adopción en la medida que no se demandó norma concreta “relativa a la prohibición de este tipo de adopciones, ni el debate ha girado alrededor de esta cuestión”.

Un análisis totalmente diferente se debe realizar si se observa el tema en relación no al derecho de las parejas a adoptar sino al derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, interés que debe ser objeto de protección por parte del mismo ICBF por encima de problemas de existencia de vacíos jurídicos.

Del estudio de la respuesta a esta segunda petición, se pueden formular las mismas conclusiones extraídas de la primera: si bien el ICBF es el órgano que asume de manera principal la protección de los niños, niñas y adolescentes, desconoce sus derechos al adoptar una noción de familia distinta a la indicada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011; si bien hay un vacío jurídico en relación a la adopción de parejas del mismo sexo, el tema se debe abordar desde el interés prevalente del menor a crecer en el seno de una familia. De esta manera, toda interpretación debe realizarse en favor del sujeto de protección: los niños, las niñas y los adolescentes.

Se debe señalar que la presente acción en contra de una generalizada interpretación inconstitucional realizada por el ICBF, por ser contraria al sentido establecido por la Corte Constitucional, infringe el ya referido interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia.

De lo expuesto, resulta claro que cuando el ICBF ata o condiciona la posibilidad que parejas del mismo sexo puedan adoptar a la celebración de matrimonio, no solo está confundiendo o fusionando arbitrariamente las nociones de matrimonio y familia sino que está afectando el interés prevalente del menor a ejercer su derecho fundamental a tener una familia. Es claro que las parejas del mismo sexo constituyen familia, distinta es la situación referida a la existencia o no de formas bajo las cuales se pueda constituir la misma. La presencia o no de la institución matrimonial para las parejas del mismo sexo no afecta su condición de familia.

De manera consecuente, la posibilidad de que los menores sean adoptados no depende de si la pareja está o no unida por el matrimonio, sino de su condición de familia. Si la unión con fines de constitución de la familia se condiciona a la institución matrimonial, tal como lo interpreta el ICBF, la misma ley no hubiera otorgado a los compañeros permanentes la posibilidad de adoptar. Debe ser claro que la protección del interés prevalente del menor a través de la adopción no puede estar condicionada a la posibilidad o no de la existencia del matrimonio para las parejas del mismo sexo. Si, de un lado, la unión homoparental constituye familia, esta es un derecho fundamental del menor y, de otro, la adopción es el principal mecanismo de protección del interés prevalente del menor a tener una familia, no se puede señalar que solo pueden ser adoptados a condición del reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo.

El régimen de la adopción debe estar pensado en favor del menor. No se puede entender como un derecho de las parejas del mismo sexo en la medida que lo que se busca es el ejercicio eficaz del derecho a tener una familia, consagrado expresamente en el artículo 44 de la Constitución Política. Analizar la adopción bajo la óptica de los derechos de las parejas del mismo sexo y no desde la perspectiva del derecho del menor, es un ejercicio que afecta sustancialmente cualquier ponderación en la medida que no es igual realizar un test de proporcionalidad con miras a la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo a adoptar (que no es fundamental) que a la luz del derecho fundamental del menor a tener una familia, caso éste en el que se debe acudir a un test estricto de proporcionalidad.

No basta con analizar los requisitos establecidos en el Auto A-196 de 2005 para la presentación de una acción en contra de interpretaciones constitucionales (una decisión de la Corte Constitucional que defina el sentido de la norma, una interpretación generalizada o consistente de la norma declarada constitucional por parte de una autoridad judicial en un sentido contrario al establecido por esa alta magistratura, la relevancia constitucional en el entendido de que no es suficiente que el sentido sea diverso sino que debe representar la infracción de las garantías constitucionales que pretende proteger dicha corporación). Dada la complejidad que encierra este tipo de acciones que, según la sentencia C-802 de 2008, “exigen una mayor profundidad y solidez analítica en la sustentación de los cargos” es necesario satisfacer igualmente los requisitos establecidos en dicha sentencia.

- a. Claridad. Para dar cumplimiento a ese requisito, el “ciudadano debe indicar, de manera suficientemente comprensible, cuál es la interpretación de la disposición acusada que considera contraria a la Constitución, dejando de lado todo tipo de ambigüedades o anfibologías en la identificación de la norma impugnada”.

La interpretación generalizada y consistente asumida por el ICBF y la Procuraduría General de la Nación se demostró a partir de documentos como la respuesta del ICBF a acción de tutela en sentencia T-276 de 2012; respuesta negativa a solicitud de adopción instaurada por pareja del mismo sexo proferida por la Defensora Segunda de Familia del ICBF de Rionegro mediante comunicado 051120003800 del 8 de febrero del 2008, intervención de la Defensora Segunda de Familia en respuesta a acción de tutela instaurada por pareja de lesbianas de Rionegro, intervención del ICBF en el proceso que dio lugar a la sentencia C-802 de 2009, concepto jurídico 18006 de 2011 elaborado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, concepto emitido por la Procuraduría General de la Nación N° 4726 del 25 de febrero de 2009, además del estudio a la respuesta a los dos derechos de petición presentados por estos accionantes, los que se adjuntan a la presente acción.

- b. Certeza. Esta exigencia se desarrolla en tres dimensiones: “Por un lado, (i) debe tratarse de una interpretación que realmente fije un contenido normativo derivado de la disposición impugnada⁴³. Esto significa que la interpretación debe derivarse directamente de la disposición demandada...(ii) no puede considerarse satisfecho el requisito de certeza cuando el reproche de inconstitucionalidad se sustenta en simples “hipótesis hermenéuticas”⁴⁴ que no hallan sustento en una real y cierta interpretación judicial... (iii) no se cumple el requisito de certeza cuando la interpretación no se deriva de normas con fuerza material de ley”.

Se demostró con suficiencia la manera como las disposiciones demandadas, que tienen fuerza material de ley, son interpretadas por la autoridad administrativa con fundamento en un criterio exegético o literalista que conduce a afirmar que en Colombia no se acepta la adopción entre parejas del mismo sexo, sentido que finalmente viola el interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una

⁴³ Corte Constitucional, Sentencias C-426 de 2002 y C-207 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil, C-158 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-158 de 2007, MP. Humberto Sierra Porto.

familia. No se trata, así, de hipótesis hermenéuticas creadas por los accionantes.

- c. Especificidad. Señala la Corte Constitucional: “lo que se exige es que las razones de inconstitucionalidad sean puntuales y recaigan sobre el contenido normativo cuyo alcance específico ha sido fijado por la interpretación acusada, pero no sobre la base de argumentos *“vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales”*”⁴⁵.

Se explicó cómo la interpretación acusada vulneró la Constitución Política de dos maneras: desconoció el derecho fundamental del menor a tener una familia (art. 44 de la C.P.) y negó la noción de familia reconocida a las parejas del mismo sexo en la sentencia C-577 de 2011.

- d. Pertinencia. Dispone la Corte Constitucional “es necesario que el demandante señale cómo y en qué medida la interpretación judicial impugnada plantea al menos un problema de relevancia constitucional, *“y no razones de orden legal, personal, doctrinal o de simple conveniencia”*”.

Este requisito coincide con la tercera exigencia establecida en el auto A-196 de 2005 (Relevancia constitucional en el entendido de que no basta que el sentido sea diverso sino que debe representar la infracción de las garantías constitucionales que pretende proteger la Corte Constitucional). La relevancia está marcada por la violación de derechos fundamentales: el interés prevalente del menor representado en su derecho a tener una familia y el derecho de las parejas del mismo sexo a constituirla, garantías fundamentales que son protegidas por la Constitución Política.

- e. Suficiencia. Por medio de este requisito se exige “en demandas contra interpretaciones judiciales, demostrar que se está ante una posición consistente y reiterada del operador jurídico y no producto de un caso en particular, pues *“una sola decisión judicial en la que se interprete una norma no constituye per se una doctrina del derecho viviente y en caso de serlo debe demostrarse”*”.

Fueron múltiples los ejemplos de la forma en que la autoridad administrativa, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Procuraduría General de la Nación, interpretan, tanto en casos particulares como por la vía de conceptos generales, que la adopción en parejas del mismo sexo no es posible en Colombia, violando con ello, como se ha

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

explicado, el derecho fundamental y prevalente del menor a tener una familia y la igualdad representada en el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar.

De esta manera, se da cumplimiento a los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, además de los exigidos en el Auto A-196 de 2005: una decisión de la Corte Constitucional que defina el sentido de la norma; una interpretación generalizada o consistente de la norma declarada constitucional por parte de una autoridad judicial en un sentido contrario al establecido por la Corte Constitucional; relevancia constitucional en el entendido de que no basta que el sentido sea diverso sino que debe representar la infracción de las garantías constitucionales que pretende proteger esa alta Corporación.

Con lo expuesto en esta acción, se puede concluir que se configura una triple inconstitucionalidad: La primera, la violación del principio de igualdad en un doble sentido: igualdad de los niños, niñas y adolescentes que tienen derecho a ser adoptados por parejas homoparentales frente a los niños que son adoptados por parejas heterosexuales y la igualdad de las parejas del mismo sexo frente a las parejas heterosexuales; la segunda, la omisión legislativa relativa que se configura cuando la ley no regula los casos en los que las parejas del mismo sexo desean adoptar, no solo como derecho que tienen a constituir familia sino, especialmente, como principal medio de protección del derecho del menor a tener una familia partiendo de la base de que la Corte Constitucional incorporó una nueva noción de familia; y, la tercera, cuando las instituciones del orden administrativo interpretan el texto constitucional de tal manera que desconocen el sentido fijado por el máximo órgano de control constitucional.

2.2.2. CARGOS Y RAZONES ESPECÍFICAS.

Además de la formulación de los anteriores cargos generales (violación del principio de igualdad, omisión legislativa y existencia de una interpretación inconstitucional) que son comunes a los artículos acusados por inconstitucionalidad, con apoyo en las sentencias analizadas, en los test de proporcionalidad desarrollados, en el análisis de la normativa interna y el bloque de constitucionalidad, es necesario enunciar los siguientes cargos específicos. Para ello se expresará el artículo constitucional infringido y se indicarán las razones de la violación.

A. ART. 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

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

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

Razones de la violación específicas

Art. 64 Ley 1098 de 2006

- El artículo 64 hace referencia a los efectos jurídicos de la adopción. En su numeral quinto, el artículo no incluye de forma expresa el supuesto de hecho conformado por parejas homoparentales para que los efectos se extiendan también a ellas, a pesar de que la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 2011 reconoció que constituyen familia y, por tanto, medio idóneo para garantizar el interés superior del menor. Excluir las de los efectos a los que alude éste numeral, aun cuando se erigen como familia, constituye a toda luz una violación al derecho a la igualdad.
- Cuando no se regula el hecho que la pareja del padre o madre biológico pueda adoptar, deseando hacerlo, cuando es homosexual, priva al menor de los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales derivados del parentesco civil que se crearían con el padre o madre adoptivo, a pesar que las parejas del mismo sexo fueron reconocidas como familia a través de la Sentencia C-577/11.

Art. 66 Ley 1098 de 2006

- No existe una razón objetiva y suficiente dentro del ordenamiento jurídico colombiano que permita omitir del supuesto fáctico incluido en el artículo (la validez del consentimiento en persona determinada cuando se trata de compañero o cónyuge) a las familias homoparentales (recuérdese que en la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional determinó que éste tipo de uniones constituyen familia), ya que, en caso de permitirse otorgar consentimiento al individuo de una unión homoparental para adoptar al hijo del otro, se protege en igual medida el interés superior del menor. Con ello se

genera, también, una injustificada posición de desigualdad del menor al que no se extienden los derechos que se derivan de la adopción con sujeto determinado cuando es deseado en adopción por la pareja de una relación homoparental.

Art. 68 Ley 1098 de 2006

- No incorporar a las parejas homosexuales dentro de los supuestos de hecho incluidos en los incisos tres y cinco del artículo, a pesar de que jurídicamente constituyen familia según la sentencia C-577 de 2011 y, por tanto, medio idóneo de protección del interés superior del menor tal como se demostró en lo test de proporcionalidad realizados, no responde a una razón objetiva y suficiente dentro del ordenamiento jurídico colombiano. La omisión es el incumplimiento de un deber del legislador de trato igual en cuanto no equipara la capacidad de una familia homoparental para garantizar el interés superior de un menor, a la de una pareja heterosexual.

B. Art. 42 Constitución Política

ARTICULO 42. 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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

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.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

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.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

Razones de la violación específicas

Art. 64 Ley 1098 de 2006

Reza el artículo 42 de la Constitución Política que el Estado garantizará la protección integral a la familia. La no inclusión en el numeral quinto del artículo 64 de la posibilidad de extender los efectos de la adopción en persona determinada a la pareja homosexual del padre o madre biológica, restringe injustificadamente la posibilidad de que tanto el hijo del padre o madre biológico, como su eventual adoptante, puedan ejercer derechos y ser titular de obligaciones como la representación legal, los derechos derivados del régimen de alimentos, aplicación del régimen de compensación familiar, etc.

Art. 66 Ley 1098 de 2006

- El artículo 66 permite que el padre o madre biológico otorgue su consentimiento para dar su hijo en adopción a un adoptante determinado, siempre que sea este su cónyuge o compañero permanente. Partiendo de que

las anteriores uniones gozan del estatus de familia, y que la sentencia C-577 de 2011 reconoció a las parejas homosexuales como constitutivas de tal estatus, se considera inconstitucional que el consentimiento válido con adoptante determinado sea sólo posible para las familias heterosexuales. Además, de acuerdo al test de igualdad propuesto en ésta acción, las uniones homoparentales, al constituir familia, se erigen como medios idóneos para garantizar los derechos del menor.

- Cuando no se consagra la posibilidad de que menor sea adoptado cuando el adoptante es el compañero permanente del mismo sexo de su padre o madre, se impide que acceda a un mecanismo idóneo y principal para proteger su interés superior y su derecho a pertenecer a una familia.

Art. 68 Ley 1098 de 2006

- Es mandato constitucional que el Estado deba garantizar la protección integral de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ya ha otorgado a las uniones homoparentales el estatus de familia y, por tanto, al no estar incluidas en los supuestos fácticos de los numerales 3 y 5 del artículo 68, que determina quienes pueden adoptar, se las excluye de la posibilidad de acceder al trámite de la adopción, de hacer efectivo su derecho a ser padres como parte del libre desarrollo de la personalidad y acrecentar su núcleo familiar, como sí lo puede hacer una pareja heterosexual.
- Del mismo modo, la no inclusión del mencionado supuesto de hecho contribuye a mantener la clara situación de desprotección de los menores en estado de orfandad, pues a pesar de que sus derechos son de interés preferente dentro del ordenamiento jurídico colombiano se les niega la posibilidad de encontrar amparo a su interés superior dentro de una familia homoparental. No hay razones suficientes que expliquen la omisión del citado supuesto de hecho.

C. Art. 44 Constitución Política:

“Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y

nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."

Razones de la violación específicas

Art. 64. Ley 1098 de 2006

Respecto a este numeral debe aclararse que frente a los efectos jurídicos que produce la adopción existe una excepción consistente en que no se extinguen los vínculos de consanguinidad entre el adoptivo y su padre o madre biológica, sino que estos permanecen. Lo anterior permite identificar la omisión legislativa que existe frente a la posibilidad de adoptar por parte de la pareja del mismo sexo del padre o de la madre biológica del menor, porque el numeral quinto solo consagra al cónyuge o compañero permanente y en relación a la unión homoparental no hace mención alguna frente a la posibilidad de ser padres por medio de la adopción, lo que constituye una violación a la igualdad.

De acuerdo a lo expuesto, dicho vacío restringe el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, ya que al no permitir que la pareja del mismo sexo del padre o madre biológica del menor adopte, y con ello adquiera parentesco civil con el adoptivo, está impidiendo que surja el vínculo familiar que entre ellos pudiese existir y en consecuencia restringe que la pareja del mismo sexo de su padre o madre biológica le brinde al niño, niña o adolescente, protección en aspectos como:

- El cuidado y el amor que goza una persona que crece en un núcleo familiar, en compañía de sus padres, quienes son la base fundamental para formar en valores y principios.
- El derecho a ser afiliado como beneficiario del padre o madre adoptante al sistema de seguridad social, garantizando una atención en salud propia y digna para el crecimiento y desarrollo del menor.

- La crianza y la educación a los hijos que garantice el goce efectivo de sus derechos, accediendo a la recreación y cultura en su condición de niño y la libre expresión de su opinión.
- A ser protegido de la explotación laboral, sexual, económica, física y moral, situaciones estas que perturban el desarrollo normal del menor.

Finalmente debe protegerse al menor permitiendo que la pareja del mismo sexo del padre o madre biológica pueda adoptar, pues su no consagración no resulta admisible y coherente a la luz del interés prevalente del menor, sobre todo cuando la orientación sexual de los padres no puede ser limitación alguna para garantizar los derechos del mismo.

Art. 66 Ley 1098 de 2006

Este artículo se enfoca en la validez que tiene el consentimiento del padre o madre biológica frente a la adopción del menor por parte de su cónyuge o compañero permanente, lo que constituye una violación a la igualdad por cuanto no regula el caso en que dicho consentimiento sea expresado para permitir la adopción por parte de su pareja homosexual. Esa omisión legislativa impide que se establezca una protección efectiva del menor en la medida que no le permite que sea adoptado por la persona con la que su padre o madre biológica constituyó familia, independientemente de su orientación sexual.

La existencia de un vacío en el ordenamiento jurídico (omisión legislativa) en relación a la regulación de la adopción por parejas homoparentales, representa el desconocimiento de un medio necesario para hacer efectivo el derecho del menor a tener una familia y con él, a crecer en un ambiente de amor y cuidado, de protección, de seguridad y confianza, a su identidad, al acceso a la educación, salud, alimentación, recreación y cultura. Ello desconoce el carácter prevalente de los derechos del menor frente a los derechos de los demás.

Art. 68 Ley 1098 de 2006

Consagra este artículo los requisitos para adoptar y en ellos se evidencia la omisión legislativa que existe al no consagrar la posibilidad de que una pareja homosexual pueda adoptar, tanto conjuntamente, como al hijo biológico de su pareja con la que convive. La anterior disposición viola el artículo 44 de la Constitución Política por las siguientes razones:

- Desconoce la noción amplia de familia establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011.
- Afirmarse la imposibilidad de adoptar por parejas del mismo sexo, es acudir a un criterio de desigualdad sospechoso (la orientación sexual), discriminando en detrimento no solo del derecho de la igualdad, sino del derecho del menor a tener una familia.
- Esa discriminación se funda únicamente en la condición de los padres adoptantes, cuando el juicio de la idoneidad de una pareja debe medirse por su competencia, estabilidad económica, educativa y psicológica y no por la orientación sexual de estos.
- Viola el interés prevalente del menor, en la medida que no garantiza su estabilidad emocional y restringe la posibilidad de gozar de todos los derechos que se derivan del parentesco civil (una educación garantizada y de buena calidad, alimentación balanceada, seguridad social y fácil acceso al sistema de salud, recreación y cultura aptas para su edad, amor, cuidado, especial protección, seguridad, derecho a heredar en caso de fallecimiento del adoptante, entre otros expresados en la presente acción).

D. Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño.

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Razones de la violación específicas

Art. 64. Ley 1098 de 2006

- El Artículo 64, numeral 5, de la Ley 1098 de 2006, consagra entre los efectos de la adopción la ruptura de los lazos filiales con sus padres biológicos y la excepción a esa regla se presenta cuando el adoptivo sea hijo biológico del cónyuge o compañero permanente del adoptante. En él no se está haciendo alusión al modelo de familia en sentido amplio (Sentencia C-577 de 2011),

esto es, a aquel conformado por una pareja homoparental que se une bajo el componente afectivo y emocional.

- Las familias conformadas por parejas de un mismo sexo, son idóneas para cumplir con el objeto que señala la convención sobre derechos de los niños, por lo cual no se ve ninguna razón que a la luz del derecho a la igualdad, justifique la exclusión de las familias homoparentales, que al igual que una heterosexual son un medio adecuado para garantizar el derecho del niño a crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.
- De acuerdo con lo anterior y con los cargos generales de la presente acción, puede constatarse una omisión legislativa inconstitucional, en la medida que restringe la posibilidad de los menores de acceder a una familia que es apta para ofrecer un ambiente sano que permita el desarrollo personal del menor.
- El preámbulo de la Convención Americana Sobre Los Derecho del Niño, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad, busca la guarda de los derechos del menor para lo cual consagra el reconocimiento y asistencia de la familia en sus diversas manifestaciones, a cargo del Estado.
- Si la convención exige la protección de la familia con el fin de garantizar un medio natural para el desarrollo integral y el goce efectivo de los derechos de los niños, y las uniones afectivas entre parejas del mismo sexo constituyen familia, entonces la interpretación (enunciado normativo del art 64, aparte) de las autoridades administrativas que establecen lo contrario, son inconstitucionales, pues con ello se están contrariando disposiciones de rango supralegal como lo previsto en el preámbulo de la convención, puesto que a través de esta interpretación se está dejando de asistir y proteger a la familia y se desatiende el interés prevalente del niño y su derecho a crecer en el seno familiar.

Art. 66 Ley 1098 de 2006

- Este artículo solo otorga validez al consentimiento para adoptar a un niño determinado, cuando proviene del padre biológico del menor hacia el cónyuge o compañero permanente del mismo, sin hacer referencia a las parejas homoparentales. El artículo 66 además de violar la igualdad, impide el acceso del menor a la familia como medio natural para el crecimiento y desarrollo integral de los niños según lo señala el preámbulo de la convención sobre los derechos del niño.

- La omisión del legislador al contemplar en los supuestos de hecho de este artículo al cónyuge y al compañero permanente, pero no a la persona del mismo sexo que convive con el padre o madre biológico del menor, desconoce la condición de familia de la pareja homoparental y que constituye un medio adecuado para proveer el afecto, cariño, amor y protección que un niño requiere.
- La violación de los derechos del menor a tener una familia se evidencia al analizar la hipótesis referida a la muerte del padre o madre biológico del menor sin que éste pueda continuar unido bajo vínculos familiares con el compañero (a) homosexual de su padre o madre biológico. Ello, porque el artículo 66 hace referencia a que el consentimiento otorgado para la adopción es válido, pero solo si proviene del padre o madre biológicos hacia su cónyuge o compañero permanente heterosexual, vulnerando el derecho del niño a tener y permanecer en una familia, pues no adquiere filiación con el compañero supérstite de su madre o padre biológico, que le permita a este seguir protegiendo al menor huérfano en sus derechos patrimoniales y personales.

Art. 68 Ley 1098 de 2006

- El art 68 vulnera el preámbulo de la convención, puesto que no se está cumpliendo con el deber de propiciarle a los niños en situación de orfandad un hogar y una familia. No puede resultar más beneficioso de cara al preámbulo de la convención, crecer en un hogar de paso o en un orfanato a crecer en una familia, aun cuando ella sea conformada por dos papás o dos mamás, puesto que esta familia al igual que todas las otras, son sujetos de la misma protección constitucional y pueden proporcionar al menor igual cuidado, amor y afecto.

E. Artículo 2º. Convención sobre los derechos del niño adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

Dicho artículo señala:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la

religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares." (Subrayas fuera de texto)

Razones de la violación específicas

Art. 64 Ley 1098 de 2006

- Al no ser las parejas del mismo sexo equiparadas con las parejas heterosexuales, que sí están legitimadas expresamente por el ordenamiento jurídico para iniciar el proceso de adopción del hijo o hija de su compañero o cónyuge, se evidencia una clara violación al derecho a la igualdad de aquellas parejas. Con esa omisión legislativa se está discriminando a las parejas del mismo sexo en atención a su orientación sexual, contraviniendo así el mandato del artículo 2 de la citada Convención.
- Como consecuencia de lo anterior, se están negando los efectos y derechos derivados de la adopción, configurándose así una doble discriminación: frente al padre o madre por su condición de homosexuales, y, frente a los menores dentro de una pareja homoparental, no pueden ser adoptados y adquirir toda la protección que ello implica.

Art. 66 Ley 1098 de 2006

Recuérdese que este artículo señala que el consentimiento para la adopción no es válido en relación a personas determinadas salvo que se trate del cónyuge o el compañero permanente.

- Si se quisiese evitar el desconocimiento del derecho fundamental del

menor a pertenecer a una familia, tendrían entonces que incorporarse medidas tendientes al reconocimiento del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo en relación a las parejas heterosexuales, como sería, en el caso de parejas homosexuales, que el padre o madre pudiera dar el consentimiento para que su pareja adopte a su hijo biológico, dando así cumplimiento al deber de no discriminar al menor por la condición o creencias de sus padres.

- Este artículo trata de la posibilidad que tiene una persona de adoptar al descendiente de su pareja, cosa que al negársele a los homosexuales implica una desprotección del menor, pues no tendrá acceso a los derechos patrimoniales (derecho a heredar o a alimentos) y extrapatrimoniales (cuidado personal, amor, afecto) respecto de quien podría ser su adoptante, y con quien convive. Dicha negación resulta entonces discriminatoria tanto de las parejas del mismo sexo como de los menores.
- Si se parte de la idea que la adopción es un mecanismo efectivo e idóneo por medio del cual los menores pueden acceder a una familia y siendo esta el núcleo fundamental de la sociedad, que merece protección por parte del Estado, resultaría entonces contrario a los derechos fundamentales de los niños, niñas o adolescentes, el no permitir que aquellas parejas, por el solo hecho de compartir la misma opción de género, puedan brindar las mínimas garantías que su condición de menores requiere.

Art. 68 Ley 1098 de 2006

Recuérdese que este artículo señala quienes pueden adoptar: conjuntamente los compañeros permanentes o los cónyuges; o el cónyuge o compañero permanente al hijo biológico de su pareja.

- Este artículo viola la Convención la cual aboga por una defensa de los derechos de los niños al margen de la orientación sexual de los padres. Es claro que si el interés es proteger a los menores, no debe discriminarse a los adoptantes porque ello limitaría el goce efectivo de los derechos de ambos.
- De acuerdo al numeral segundo, toda preocupación derivada de la condición homosexual de los padres no debe significar un menoscabo de los derechos de los niños como el acceso a una familia, sino que se debe atender a otro tipo de medidas para evitar la discriminación social.
- Si el interés es proteger a los menores y garantizarles sus derechos

fundamentales, sería incoherente que instituciones como el ICBF, principal encargada de velar por su protección, impida brindarle la oportunidad de adoptar a una pareja, solo por sus condiciones sexuales, negando de este modo el derecho al niño, a la niña o al adolescente a crecer dentro de un determinado núcleo familiar.

F. Artículo 3º Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

“Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”
(Subrayas ajenas al texto).

Razones de la violación específicas

Art. 64 Ley 1098 de 2006

- El artículo 64 numeral quinto de la Ley 1098 de 2006 (efectos de la adopción), cuando no regula la posibilidad de que la pareja homosexual del padre o madre biológica puedan adoptar sin que se pierda los vínculos con ésta, impide en gran medida al menor gozar de su derecho prevalente a tener una familia y, además, deja al descubierto la omisión del Estado colombiano de legislar sobre la inclusión a las parejas homoparentales dentro de los supuestos fácticos de éste artículo. Éstas últimas constituyen familia y, al ser ésta el núcleo fundamental de la sociedad, garantizan la protección del interés superior de los menores en situación de orfandad; por lo anteriormente expuesto, complementado con el test de igualdad realizado, se considera constitucional extender los efectos de la adopción a

las parejas de igual orientación sexual.

- La interpretación inconstitucional denunciada deriva consecuencias desfavorables para los niños, niñas y adolescentes, sujetos de especial protección del Estado, no solo porque desfavorece y no contribuye a su deseo de crecer en el seno de una familia, sino también porque discrimina a las parejas homosexuales, sin razón alguna como si estas, por su condición, no estuvieran capacitadas para brindar amor y seguridad a un niño.

Art. 66 Ley 1098 de 2006

- No darle validez al consentimiento que, exento de vicios, otorgue el padre o madre biológico del adoptivo para que sea adoptado por su pareja, indistamente del sexo de ésta, constituye una evidente omisión legislativa por parte del Estado que le cierra la posibilidad al niño de asegurar su protección y cuidado necesarios para su bienestar. Nos preguntamos entonces: ¿por qué un niño que pretende ser adoptado por el cónyuge o compañero permanente de su padre o madre biológico heterosexual, puede satisfacer su derecho a entrar a una familia, y no lo puede hacer un menor que en similares condiciones de su par requiere de la misma atención, la cual puede ser brindada por la pareja homosexual de su padre o madre biológico?

Art. 68 Ley 1098 de 2006

No incluir a las parejas homoparentales en ningún supuesto fáctico dentro de los numerales acusados, sin una razón clara, objetiva y razonable, constituye:

- Una clara medida que desprotege al niño o niña en situación de orfandad y, además, contribuye a menguar sus expectativas de tener una familia.
- Una clara violación al principio de igualdad en ambos sentidos (frente al niño y frente a la persona de condición homosexual), demostrada con anterioridad en los cargos comunes.

- Una vulneración a la Convención sobre los derechos del niño, en la medida que el Estado omite los imperativos que ésta contempla en favor del menor.

Se puede concluir que la falta de desarrollo legislativo en la inclusión del supuesto fáctico sugerido impide asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar.

G. Artículo 21 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

Artículo 21. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial. (Subrayas ajenas al texto).

Razones de la violación específicas

Art. 64 Ley 1098 de 2006

- Se considera parcialmente inconstitucional el numeral 5º del presente artículo, pues al no consagrar la posibilidad de que el compañero permanente del padre o madre biológico del menor (estando conformada la pareja por personas del mismo sexo) sea el adoptante de su hijo, sin que éste pierda con su padre o madre biológico las relaciones de consanguinidad, se viola el derecho fundamental del menor a pertenecer a una familia, que puede estar conformada por parejas del mismo sexo.

Art. 66 Ley 1098 de 2006

- La adopción es un mecanismo idóneo para el efectivo goce del derecho fundamental de los menores a pertenecer a una familia y una forma de materialización del interés prevalente del niño. Consideradas las parejas del mismo sexo como constitutivas de familia, el artículo en mención se ve afectado en su constitucionalidad en virtud de una omisión legislativa, pues imposibilita considerar como válido el consentimiento que el padre o la madre biológica de un menor otorga respecto a un adoptante determinado, cuando este es una persona de su mismo sexo. Como consecuencia, el Estado colombiano incumple su obligación internacional de cuidar el interés prevalente del menor,

violando una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad.

Art. 68 Ley 1098 de 2006

- Si el interés superior del menor conlleva su derecho fundamental a pertenecer a una familia, si la adopción es un mecanismo idóneo para garantizar la efectividad de tal derecho, y si el ordenamiento jurídico colombiano reconoce a las parejas del mismo sexo como familia; es flagrante la inconstitucionalidad del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 pues imposibilita la adopción, en virtud de una omisión legislativa, por parte de parejas del mismo sexo. Obstaculiza el goce efectivo del derecho fundamental de los niños a tener una familia y configura el incumplimiento de la obligación jurídico internacional del Estado colombiano de considerar como primordial la efectividad del interés superior del menor, desconociendo una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad.

H. Artículo 19 de la Convención Americana sobre derechos humanos. Ley 76 de 1992.

"Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". (Subrayas ajenas al texto).

Razones de la violación específicas

Art. 64 Ley 1098 de 2006

- El artículo establece que los efectos de la extinción del parentesco de consanguinidad con la familia biológica no se aplicarán cuando el cónyuge o compañero permanente del padre o madre, adopta al hijo de este. Se advierte una omisión legislativa en la medida que no se consagra el supuesto fáctico referido a la adopción por parte de parejas del mismo sexo en tanto que no pueden constituir unión marital de hecho y menos matrimonio. Debido a la omisión, el presente artículo afecta el derecho de

todo niño a tener las medidas de protección que requiere y que se ven reflejadas en la adopción.

- El mencionado artículo de la Ley 1098 también resulta vulneratorio del derecho a la igualdad de los menores pues los cuidados, el cariño y el afecto son los mismos para un niño al interior de una pareja heterosexual como de una homoparental. Negarle la posibilidad de ser adoptado, cuando ambos tipos de uniones son reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico como familia, representa un desconocimiento de la posibilidad de extender la adopción, principal mecanismo de protección del menor, cuando los adoptantes son parejas del mismo sexo. Ello genera un tratamiento discriminatorio injustificado entre el menor que va a ser adoptado por una pareja heterosexual y el menor que desca ser adoptado por una pareja homoparental, y un grave desconocimiento del interés prevalente de este, afectando sustancialmente sus derechos al no poder acudir a la adopción y los efectos que de ella se derivan.

Art. 66 Ley 1098 de 2006

- Este artículo, de manera estricta o taxativa, sólo prevé la posibilidad de que el padre o madre biológica del menor pueda dar su consentimiento válido con persona determinada para que este sea adoptado por sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y por su cónyuge o compañero permanente. De suerte que las parejas del mismo sexo en la medida que no son cónyuges, ni son compañeros permanentes, se les estaría excluyendo de tal posibilidad. De esta forma se está discriminando al niño hijo del padre o madre homosexual con respecto al hijo de padre o madre heterosexual, puesto que este podría obtener el principal medio de protección de derechos que su especial condición requiere, por medio de la posibilidad de que su padre o madre biológica le dé su consentimiento a su pareja heterosexual para que lo adopte, mientras que el hijo biológico de un homosexual, no podría ser adoptado por su pareja.
- Así mismo, las interpretaciones inconstitucionales de las que se ha mencionado, han imposibilitado, al considerar que las parejas de un mismo sexo no son familia, que el padre o madre biológica del niño pueda extender su consentimiento para que su pareja del mismo sexo adopte al

menor. Como consecuencia de esto, se ha desconocido lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 2011 y aún más, ha impedido que el menor sea adoptado como principal medida de protección que puede brindar la pareja homosexual de su padre o madre biológica.

Art. 68 Ley 1098 de 2006

- El artículo 68 está violando el bloque de constitucionalidad, al contemplar sólo la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales, configurándose así una omisión legislativa, por cuanto no incluye la posibilidad que el niño, niña o adolescente sea amparado por la adopción, cuando quien pretenda hacerlo sea una pareja del mismo sexo o la pareja homosexual del padre o la madre del menor (quienes para el ordenamiento jurídico Colombiano no son cónyuges, ni compañeros permanentes) y consecuentemente imposibilita el acceso del menor a la adopción que es amparada por el artículo 19 de la mencionada Convención, por cuanto es una medida de protección.
- Resulta violatorio del derecho a la igualdad de la familia constituida por parejas del mismo sexo al impedirseles la posibilidad de brindar al menor el mejor medio de protección con el que cuenta el ordenamiento jurídico, la adopción, con respecto a las familias de parejas de diferente sexo, a las cuales si se les permite otorgar esa protección.

I. Art. 10 Pacto Internacional de derechos económicos, Sociales y Culturales, Ley 74 de 1968.

“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.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la

ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (subrayas ajenas al texto).

Razones de la violación específicas

Art. 64 Ley 1098 de 2006

- Cuando se afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, al mismo tiempo, el numeral quinto del artículo 64 no hace posible la aplicación de la excepción a la extensión de los efectos jurídicos de la adopción cuando el adoptante del hijo biológico de un individuo es su compañero del mismo sexo, se está omitiendo no solo la posibilidad de que la pareja del mismo sexo puedan adoptar, sino, más grave aún, el ejercicio efectivo del derecho fundamental de los niños a tener una familia consagrado en el artículo 44 de la norma superior, independiente de si ella es heterosexual o es homoparental, máxime cuando la Corte Constitucional reconoció en la sentencia C-577 de 2011 que son familia. Dicha omisión impide que el menor acceda a la familia que es, según las normas adoptadas por el Estado colombiano, elemento natural y fundamental de la sociedad.

- La existencia de interpretaciones inconstitucionales realizadas por el ICBF, principal entidad encargada de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia (tal como se demostró en la presente acción), conlleva al desconocimiento de derechos de las parejas homoparentales. Tales interpretaciones, que afirman que las parejas homosexuales no constituyen familia no son coherentes con la sentencia C-577 de 2011, la cual otorgó el estatus de familia a las parejas conformadas por personas del mismo sexo y en dicha condición pueden ser medio de protección del derecho fundamental de los menores a tener una familia. Una interpretación inconstitucional de tal envergadura afecta de manera evidente la protección de derechos de la comunidad homosexual y, de igual forma, los derechos de los menores, para los cuales el Estado debe asumir medidas para la mayor protección posible según las normas del bloque de constitucionalidad.

Art. 66 Ley 1098 de 2006

- El artículo 66 está omitiendo la regulación de aquellas situaciones vividas por parejas del mismo sexo en las que uno de sus integrantes desea adoptar al hijo biológico de su pareja. Esa omisión está desconociendo derechos del menor a tener una familia en la medida que si fallece el padre o madre biológica, el compañero no podría adoptarlo y continuar con la protección y cuidado, a pesar de haber constituido familia con su pareja.
- Cuando el artículo señala que el consentimiento para adoptar dado en persona determinada solo tiene validez si se trata del hijo del cónyuge o compañero permanente, está infringiendo la igualdad en la medida que, si el adoptante es la pareja del mismo sexo que desea adoptar al hijo de su pareja, no puede hacerlo en la medida que no es cónyuge y no se han extendido a las parejas del mismo sexo los derechos extrapatrimoniales derivados de la unión marital de hecho, como sería la adopción.

Art. 68 Ley 1098 de 2006

- A la luz del reconocimiento hecho por la Corte Constitucional a las parejas del mismo sexo como constitutivas de familia en sentencia C 577 de 2011, aunado a la argumentación expuesta en esta acción dirigida a demostrar que la familia conformada por parejas homoparentales son un medio de protección del derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, se puede afirmar que las disposiciones de los numerales tres y cinco, al no incluir a las parejas homoparentales, violan el principio de igualdad. Consecuentemente, resultaría violatorio del derecho fundamental del menor a tener una familia y a los demás derechos que conjuntamente se adquieren al pertenecer a esta. Resulta violatoria entonces, la mencionada omisión, pues el Estado tiene el deber, por disposición de normas del bloque de constitucionalidad, de tomar medidas suficientes para la satisfacción de los derechos del menor, como es el caso de la adopción.

3. PETICION

En atención a que el cargo de la acción se refiere a la existencia de una omisión legislativa relativa, de conformidad con la sentencia C-1064 de 2001, se impone la expedición de una sentencia integrativa que supere el déficit de regulación normativa. En efecto, en relación a ese tipo de sentencias señaló la Honorable Corte Constitucional:

“Por regla general, cuando se trata de una omisión legislativa relativa, el remedio para la inconstitucionalidad advertida no es la declaratoria de inexecuibilidad de la disposición que dejó por fuera de sus efectos jurídicos el elemento que se echa de menos, sino neutralizar dicho efecto contrario a la Constitución mediante la incorporación de un significado ajustado a los mandatos constitucionales. Así, “como en la omisión legislativa relativa hay un acto positivo del legislador que regula una materia específica, la Corte procede a integrar el vacío a partir de la Constitución.”⁴⁶

De otro lado, es necesario recordar que la segunda razón de la violación se soporta en la necesidad de atacar la existencia de una interpretación inconstitucional generalizada por parte de autoridad administrativa, cargo que de prosperar confirmaría la necesidad de la expedición de la ya mencionada sentencia integrativa.

Se podría sostener que lo que se impone es, en respeto de la potestad de configuración legislativa, la expedición de una sentencia exhortativa, pero la clara reticencia del legislador a reglamentar sobre materias referidas a los derechos de las parejas del mismo sexo y la naturaleza de los derechos en juego referidos a la protección del interés prevalente del menor representado en la protección eficaz de su derecho fundamental a tener una familia, imponen la expedición de la ya mencionada sentencia integrativa y no la exhortativa. Es necesario resaltar que consideraciones similares fueron tenidas en cuenta en la sentencia C-100/2011:

Aunque, como ya se dijo, en materia penal esta solución es excepcionalísima, en el asunto bajo examen, considera la Sala que la simple exhortación al Congreso para que corrija la inconstitucionalidad resulta insuficiente, dada la gravedad del daño social que produce la desaparición forzada, la desprotección en que quedarían tanto las personas mencionadas en el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, como sus parientes más

⁴⁶ Cfr. Sentencia C-1064 de 2001.

cercanos, y la estrecha relación que existe entre este delito y el homicidio”.

En similar sentido se pronunció en la sentencia C-208 de 2007:

“Para precisar cuáles son las opciones aplicables al propósito de reparar una omisión legislativa contraria a la Constitución, la Corte sostiene que es preciso tener en cuenta que, como quiera que en tales hipótesis la inconstitucionalidad no radica en los contenidos normativos que cuentan con base textual expresa, sino en un significado implícito que surte efectos violatorios de la Carta, la depuración del ordenamiento no se logra mediante el decreto de la inexequibilidad de las disposiciones de la cuales se predica la omisión y que lo conducente es neutralizar el comentado efecto de la omisión legislativa que riñe con la Constitución y en su lugar incorporar un significado que sea acorde con los dictados superiores.

En aquellos supuestos en los que la inconstitucionalidad de la omisión legislativa proviene de una violación del principio de igualdad, de ordinario la solución se encuentra en una sentencia de exequibilidad condicionada que permita extender la cobertura de aquellos contenidos normativos de los que se predica la omisión, a los sujetos excluidos”.

En sentencia C-823 de 2011, expresó:

«...[e]sta Corporación ha indicado que “en caso de acreditarse la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, el remedio que restaura la integridad de la Constitución depende de las circunstancias particulares de la omisión encontrada y del contenido específico de la norma de la cual se predica. En algunos casos, la solución consiste en la exclusión, previa declaratoria de su inexequibilidad, de un ingrediente normativo específico que puede considerarse el causante de la omisión, es decir, aquel cuya presencia restringe injustificadamente el alcance del precepto, dejando por fuera circunstancias que deberían quedar cobijadas por él. En otros, lo procedente es que la Corte dicte una sentencia interpretativa, en la que declare que la disposición demandada es exequible, siempre y cuando su efecto se entienda extendido a otras situaciones distintas de las que la norma directamente contempló, precisamente aquellas

*respecto de las cuales se encontró probada la alegada omisión legislativa.*⁴⁷

La protección del interés prevalente del menor no puede esperar la mejor actitud del legislativo en reglamentar mecanismos de protección de sus derechos fundamentales.

En conclusión, de la manera más respetuosa solicitamos de la Honorable Corte Constitucional y en atención a los cargos generales y específicos formulados, se declare la inconstitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 numerales 3 y 5 en sus apartes demandados, así como la inconstitucionalidad de la interpretación del régimen de adopción realizada por la máxima autoridad administrativa encargada de la protección del interés prevalente del menor. Dicha sentencia, en atención a la configuración de la omisión legislativa relativa, debe ser aditiva en el sentido de que se deben incorporar al texto de los enunciados acusados de inconstitucionalidad las expresiones necesarias dirigidas a superar dicha omisión, sentencia aditiva 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.

Como otro de los cargos de inconstitucionalidad hace referencia a la presencia de una interpretación inconstitucional realizada por autoridad administrativa que viola los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se debe expedir declarar su inconstitucionalidad y proferir una sentencia interpretativa que reconozca el derecho de los niños a ser adoptados por parejas del mismo sexo como parte del ejercicio eficaz de su derecho fundamental a tener una familia.

⁴⁷ C-314 de 2009 MP. Nilson Pinilla Pinilla

4. COMPETENCIA

De acuerdo al artículo 241 de la Constitución Política, son competencias de la Corte Constitucional:

“4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”

En relación a la competencia de la Corte Constitucional para el ejercicio de control sobre las omisiones legislativas relativas, señaló en sentencia 823 de 2011:

“La Corte es entonces competente para conocer de omisiones legislativas relativas por cuanto éstas tienen efectos jurídicos que pueden *“presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores.”*⁴⁸ El ejercicio de este control constitucional resulta necesario para *“asegurar la efectividad de la guarda de la integridad de la Constitución que el mismo texto superior le ha encomendado, ya que de esta forma, sin afectar la autonomía del órgano legislativo que ya ha decidido libremente ocuparse de una determinada materia, se garantiza que las normas así emanadas del representante de la voluntad general no ignoren los criterios y deberes mínimos que por decisión del mismo Constituyente deben atenderse en relación con el tema de que se trata.”*⁴⁹

5. NOTIFICACIONES

Todos los accionantes recibiremos notificaciones en la dirección: Carrera 87 no. 30-65 Facultad de Derecho Universidad de Medellín. Medellín, Tel. 340 54 46. Ccl. 313 645 32 13.

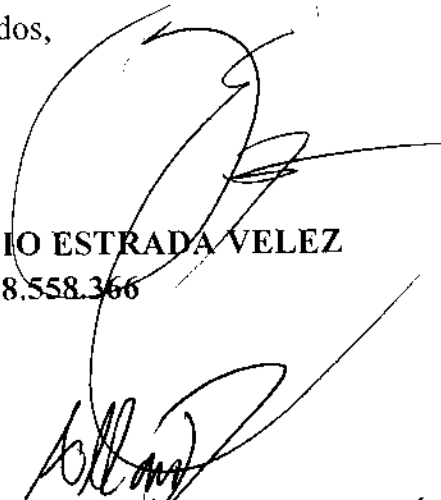
6. ANEXOS

Respuestas a derechos de petición (2) presentados por esta Clínica Jurídica al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con fechas de julio 10 de 2013 y septiembre 11 de 2013 por medio de los cuales se pone en evidencia la existencia de una interpretación administrativa inconstitucional.

⁴⁸ Sentencia C-690 de 1996, fundamento 4. En el mismo sentido, ver, en particular, la sentencia C-543 de 1996, y las sentencias C-146 de 1998, C-067 de 1998 y C-1255 de 2001.

⁴⁹ C-314 de 2009 MP. Nilson Pinilla Pinilla

No siendo otro el objeto de la presente, nos suscribimos de los Honorables Magistrados,



SERGIO ESTRADA VELEZ
C.C. 98.558.366

Karen Ramírez Arcila.
KAREN RAMÍREZ ARCILA
C.C. 1.152.189.396



ALLAN RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL
C.C. 1.152.436.962

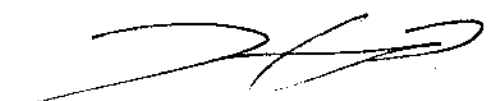
Carlos Andrés López Pineda
CARLOS LÓPEZ PINEDA
C.C. 1.088.282.339

Alejandro Sánchez H.
ALEJANDRO SÁNCHEZ HINCAPIÉ
C.C. 1.152.446.224

Eliana Arango Rpo.
ELIANA ARANGO
RESTREPO
C.C. 1.039.457.292



DANIEL BERMÚDEZ HERRERA
C.C. 1.037.625.764



JUAN PABLO MORALES
CALLE
C.C. 1.088.300.556



JUAN JOSÉ ARANGO RUÍZ
C.C. 1.152.202.348

Daniel Valencia
DANIEL VALENCIA
VÁSQUEZ
C.C. 1.042.771.599

Angie Valdés
ANGIE VALDÉS ARROYAVE
C.C. 1.152.448.818

Alejandra H.M.
ALEJANDRA HINCAPIÉ
MONTAYA
C.C. 1.047.970.201

CAMILA ANDREA MAZO MEJIA

C.C. 1.035.229.063