



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

INFORME DE PONENCIA SEGUNDO DEBATE PROYECTO DE LEY 01 DE 2016 SENADO.

por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

Bogotá, D. C., 10 de noviembre de 2016

Doctor

CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

Presidente Comisión Primera Senado de la República

Ciudad

Asunto: Radicación Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley 01 de 2016 Senado,
por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un Proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

Apreciado Presidente:

En cumplimiento del encargo que me impartió la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado de la República, me permito presentar informe positivo de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley 01 de 2016 Senado ¿por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un Proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer¿.

La presente ponencia consta de las siguientes partes:

1. Trámite.
2. Objetivo y contenido de la propuesta de ley.
3. Modificación en el texto que será sometido a consideración de los ciudadanos
4. Justificación de la iniciativa
5. Impacto Fiscal

<p class=MsoNormal style='margin-top:2.85pt;margin-right:0cm;margin-bottom:2.85pt;margin-left:0cm;text-align:justify;text-indent:14.15pt;line-height:120%; mso-layout-grid-align:none;vertical-align:middle'>6. Proposición

7. Texto Propuesto

1. TRÁMITE

El proyecto de ley objeto de estudio fue presentado el pasado 20 de julio del 2016 por el vocero del Comité de Promotores para adelantar un Referendo Constitucional en el sentido de adicionar un



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

parágrafo al artículo 44 Constitucional *¿para consagrar la adopción de menores solo por parejas conformadas por hombre y mujer¿*, doctor Carlos Alonso Lucio López. Fue recibido el 3 de agosto de 2016 en Comisión Primera del Senado de la República, y por designación de la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, le correspondió a la suscrita Senadora rendir Informe de Ponencia para primer debate, Acta MD-01 de 4 de agosto de 2016. La Audiencia Pública del Proyecto de ley 01 de 2016 se desarrolló en el recinto de la Comisión Primera del Senado de la República los días 24 y 31 de agosto de 2016 por convocatoria de la Senadora Viviane Morales Hoyos, ponente de la iniciativa. La Audiencia contó con una participación histórica de más de 80 ponencias radicadas por parte de los ciudadanos, reseñadas en la ponencia para primer debate de la presente iniciativa.

El proyecto de ley fue discutido en la Comisión Primera del Senado de la República los días 7 y 14 de agosto del año en curso. La proposición positiva con la que terminaba la ponencia fue aprobada con 10 votos por el sí y 3 votos por el no, y el articulado fue aprobado con 10 votos a favor y 2 votos en contra. En el transcurso de la discusión intervinieron senadores de todas las bancadas parlamentarias, así como el vocero del Comité de Promotores, Carlos Alonso Lucio López. En primer lugar, los senadores que respaldaron la iniciativa enfatizaron en el carácter popular de la iniciativa ciudadana, que llegó al Congreso con un respaldo superior a los dos millones de votos. Debido a esta razón, los senadores de la Comisión Primera, más allá de su posición frente a la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo o personas solteras, consideraron que era necesario dar vía libre al proyecto de ley para que sea el pueblo el que decida directamente acerca de los asuntos constitucionales que le competen, en especial cuando estos representan valores esenciales para la sociedad, como es la familia y el cuidado de los niños, niñas y adolescentes que estén bajo la tutela del Estado por no contar con una familia. Así, por la característica del desacuerdo, y ante la falta de certeza científica al respecto, es la decisión política la que debe saldar definitivamente la discusión. En el mismo sentido, insistió en el trato especial que el Constituyente confirió a la familia heterosexual y monógama, concepción que fue defendida por más de veinte años por la Corte Constitucional, y de acuerdo con la cual correspondía al legislador establecer las reglas en materia de adopción ¿que está concebido como mecanismo de protección y no como derecho fundamental de los adultos¿; esto debido a que al legislador, no le había sido indiferente el tipo de familia que podía aspirar a un proceso de adopción, pues este debía además garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente.

En primer lugar, de acuerdo con la senadora ponente, la argumentación de la Corte acogió de manera equivocada los argumentos de la demanda en el sentido de que la ausencia de regulación de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, vulneraría el derecho a la igualdad y el interés superior de los niños que permanecen en situación de adoptabilidad, al limitar el universo de familias que pueden adoptar. Son errados dichos argumentos en razón a que en la regulación en materia de



adopción que realiza el Código de Infancia y Adolescencia, este no otorga un tratamiento diferente para alguno de los niños, niñas o adolescentes en situación de adoptabilidad en virtud de alguna condición suya o de sus padres, sino que por el contrario la ley busca garantizar a todos los niños en situación de adoptabilidad el acceso a una familia en condiciones semejantes a la familia biológica con la que ha perdido el vínculo filial.

En segundo lugar, de acuerdo con la exposición de la Senadora Morales, la Corte Constitucional utiliza una argumentación *contrae vidente*, al sostener que hay niños, niñas y adolescentes sin adoptar por falta de familias que los adopten. Señaló la ponente que de acuerdo con las cifras del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entre 2005 y 2015, solo 3.252 de las 4.297 familias colombianas solicitantes de menores en adopción pudieron adoptar, mientras que de las 13.598 familias extranjeras solicitantes solo 5.547 pudieron adoptar. Es decir, que en los últimos 10 años más de 9.000 parejas heterosexuales, aproximadamente el 50% de los solicitantes, no pudieron adoptar, dadas las dificultades y demoras propias del proceso de adopción en razón de los fallos de la Corte Constitucional que han hecho engorroso el trámite, como el que exige antes de entregar a un niño en adopción verificar la existencia de la familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad.

En tercer lugar, de acuerdo con la senadora ponente, la Corte Constitucional concluyó que la adopción por parte de parejas del mismo sexo no genera afectación alguna en los niños que son criados por ellas, pese a contar el Tribunal Constitucional con numerosos estudios que demuestran que no existe tal grado de certeza, razón por la cual la Corte a través de una sentencia pretende concluir un debate científico abierto.

En relación con lo anteriormente expuesto, la senadora ponente sostuvo que el debate debía retomar el eje central de la discusión, a decir, el interés superior del niño, y la responsabilidad del Estado frente a dicho interés superior, a través de la adopción como mecanismo de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que están bajo la responsabilidad del Estado por no tener familia. En este sentido, sostuvo la senadora ponente que la única forma en la que el Estado puede cumplir con su deber de velar por el interés superior de los niños que están en esta situación de vulnerabilidad absoluta de sus derechos es garantizándoles, mediante la adopción, acceder a la mejor familia posible, en el cual juegan un papel fundamental tanto el padre como la madre. Según la senadora Morales, por la importancia de esta responsabilidad el Estado debe ser en extremo cauteloso, alcanzando un grado de certeza lo suficientemente fundado para entregar un niño en adopción. En consecuencia, dada la incertidumbre en torno a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, no puede el Estado experimentar con los menores en situación de vulnerabilidad.

En el mismo sentido se pronunció el vocero del Comité de Promotores, Carlos Alonso Lucio, quien resaltó que la iniciativa ciudadana tiene su origen en un proceso que dio como resultado la recolección de más de dos millones trescientas mil firmas, que trajeron a la discusión del Congreso de la República un proyecto de ley que pretende el pronunciamiento popular acerca de la familia, una



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

de las fibras más sensibles de la sociedad. Al respecto, señaló la importancia del concepto de soberanía popular en la Constitución Política de 1991, y de los mecanismos de participación ciudadana. De acuerdo con lo expuesto por el vocero del Comité de Promotores, el propugnado temor acerca del escenario de las mayorías decidiendo estos temas es prejuicioso, ya que al contrario de lo sostenido por los opositores de la iniciativa, la historia de la democracia es la historia de las mayorías luchando por sus derechos. Así mismo, señaló que tal y como quedó plasmado en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, la construcción de la paz se cruza inescindiblemente con la participación ciudadana.

A continuación, el Senador Hernán Andrade resaltó la importancia del proyecto de ley bajo discusión, no solo por tratar el tema del Interés superior del niño, sino por tocar las fibras más profundas de la sociedad colombiana. Al respecto, enfatizó que la discusión gira en torno a la visión de la sociedad acerca de la conformación de la familia, discusión que fue adelantada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en medio de un debate ampliamente democrático realizado en el seno de una corporación pluralista, y que optó indudablemente por la visión heterosexual y monógama de la familia colombiana preceptuado en el artículo 42 superior. Al respecto, señaló el Senador Andrade que si bien existen diversos tipos de familias en la sociedad colombiana, la Constitución es clara en afirmar que el núcleo central de la familia es la pareja heterosexual, razón por la cual si se quiere cambiar dicha concepción, no se debe acudir a fallos de constitucionalidad por parte de la Corte sino a un desarrollo legislativo o a una Asamblea Nacional Constituyente, en la cual el pueblo decida definitivamente los debates acerca de las disposiciones constitucionales, en el marco de la democracia participativa.

En el mismo sentido se pronunció la bancada del Centro Democrático. En primer lugar, el Senador Alfredo Rangel planteó sus argumentos en torno los criterios políticos de una decisión frente a la falta de certeza científica. Al respecto, resaltó la importancia de la decisión política ante dicha cuestión en el caso de la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo, al reflejar esta discusión una lucha de poder entre la Corte Constitucional, el Congreso de la República y el pueblo soberano en la cual debe primar la decisión popular, y más aun cuando no se están sometiendo a decisión mayoritaria derechos de las minorías, toda vez que la adopción no es un derecho de los adultos. Por su parte, el Senador Jaime Amín hizo énfasis en el derecho de los niños a tener una familia, enmarcado en el principio del interés superior del menor consagrado en el artículo 44 superior, prevalece sobre los derechos de los demás, razón por la cual no es lícito privilegiar el deseo de los adultos de adoptar sobre el de los menores a contar con la familia que garantice adecuadamente sus derechos, en especial el de contar en su crecimiento con el rol paterno y materno como garantía de su desarrollo.

En el mismo sentido, sostuvo el Senador Amín en el carácter natural de la familia heterosexual, dada la imposibilidad biológica de la concepción por parte de personas del mismo sexo. En el mismo orden de ideas, el Senador José Obdulio Gaviria hizo énfasis en que más allá de que la discusión



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

acerca de si los senadores respaldaban o no la iniciativa del referendo, la discusión giraba en torno a la convocatoria de los ciudadanos al referendo. Manifestó que aceptar referendos solo para las causas que se comparten es autoritarismo, dogmatismo e intransigencia, razón por la cual el apoyo a un referendo, cualquiera que sea, debía ser claro más allá de su contenido. La Senadora Paloma Valencia manifestó no compartir los argumentos del referendo, pero al mismo tiempo consideró que es el pueblo quien debe decidir definitivamente el debate constitucional propuesto.

El Senador Manuel Enríquez Rosero resaltó el apoyo masivo que los ciudadanos brindaron a la iniciativa, que con dos millones doscientos mil ciudadanos solicitan al Congreso que les permitan pronunciarse acerca de un tema de tan alta importancia como lo es la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo. Según el senador, existe un conflicto entre la norma superior consagrada en el artículo 44 y la interpretación constitucional sobre la misma, razón por la cual es el pueblo el que debe decidir. Igualmente, el Senador Enríquez insistió en la importancia de discutir el proyecto de ley en la Plenaria del Senado, así como en la Cámara de Representantes, para que el Congreso en su totalidad pueda discutir el tema. Destacó que tal como lo sostuvo la Corte Constitucional, la decisión de estos temas le corresponde al legislador, razón por la cual la Corte se estaba arrogando competencias al extender la concepción de familia más allá del tenor literal de la norma superior en discusión, así como al decidir definitivamente sobre la adopción de los menores en condición de adoptabilidad.

En segundo lugar, la Senadora Claudia López solicitó el archivo de la iniciativa, mediante una proposición sustitutiva. Esta proposición fue negada con 3 votos por el sí y 10 votos por el no, razón por la cual en el debate de la proposición principal y del articulado planteó sus argumentos que se centraron en los siguientes puntos: En primer lugar, insistió en el carácter discriminatorio de la iniciativa, que según ellas discrimina tanto a los niños como a las familias colombianas, que se verían desconocidas, siempre que se siga adelante con esta iniciativa. De acuerdo con el argumento por ella expuesto, hoy en día existe igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, con independencia de razones de sexo, raza, religión u orientación sexual. Esta igualdad se predica también, de acuerdo con la Senadora Claudia López, de todas las familias existentes en la sociedad colombiana, razón por la cual el referendo ataca todos los tipos de familia distintos a la conformada por hombre y mujer. Así los solteros, que durante 140 años han podido aplicar para adoptar se verían excluidos de la posibilidad de participar del proceso.

En el mismo sentido, insistió en la eventual inconstitucionalidad de la iniciativa ciudadana, al considerar que la restricción en el universo de eventuales adoptantes significaba una violación al derecho a la igualdad y al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al limitarles el derecho a contar con una familia, así como por la jurisprudencia constitucional acerca del límite que tienen los mecanismos de participación ciudadana para desconocer o limitar derechos fundamentales, que en este caso serían el derecho a la igualdad ante el Estado como individuo, el



derecho a la igualdad de las familias y el interés superior del menor. Afirmó que el proceso de adopción es la garantía de la idoneidad de los eventuales adoptantes, con independencia de su orientación sexual o de su estado civil, toda vez que en el mismo, el Estado verifica rigurosamente las calidades que ofrece al niño, niña y adolescente la eventual familia. Al respecto, radicó una carta suscrita por los ex Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Cifuentes Muñoz y el ex Delegatario de la Asamblea Nacional Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, quienes insisten en la inconstitucionalidad de la iniciativa, entre otros, por someter a decisión de las mayorías derechos de las minorías.

En segundo lugar, ratificó la defensa de la Corte Constitucional, así como de su competencia para tomar decisiones en este tipo de asuntos. Planteó que los Magistrados de la Corte son elegidos por el Senado de la República, lo cual garantiza su legitimidad democrática.

En tercer lugar, sostuvo que el referendo desconoce la realidad de la configuración de las familias colombianas, toda vez que omite el hecho de que el 46% de las familias están conformadas por madres solteras.

En cuarto lugar, consideró que el cambio en el texto que se sometería a consideración del pueblo en un eventual referendo era inconstitucional, al alterar el espíritu de la pregunta planteada en la etapa de recolección de firmas. En el mismo sentido expuso sus argumentos la Representante a la Cámara Angélica Lozano.

El Senador Armando Benedetti, quien insistió que la crítica hecha por la Senadora Viviane Morales a la Corte Constitucional era una crítica más allá de la decisión del Tribunal de autorizar la adopción por parte de parejas del mismo sexo, y que la discusión era una disputa acerca del significado mismo de la democracia, que en la visión del Senador Benedetti tiene como propósito salvaguardar los derechos de las minorías, citando como ejemplo los casos de la esclavitud, de la jornada laboral de ocho horas, de la autorización para la celebración de los matrimonios interraciales o de los derechos de la mujer, entre otros. Insistió el senador en que la pregunta era exagerada, al prohibir inclusive la adopción de menores por parte de personas solteras, razón por la cual la iniciativa era abiertamente inconstitucional toda vez que, que en sus palabras, pretende retroceder los avances de los últimos 20 años.

Así mismo, el Senador Roy Barreras insistió en que la democracia tiene el objetivo central de defender las minorías, y en el caso concreto del proyecto de ley bajo estudio, garantizar a los niños el derecho a tener una familia, frente a la cual no es válido establecer restricciones por razón de la orientación sexual o el estado civil de sus miembros, dado que lo importante en la constitución de una familia es el amor. Planteó el Senador Barreras que el referendo desconoce la configuración de las familias en Colombia, dado que cerca del 48% no corresponde a la familia nuclear compuesta por hombre y mujer. Sostuvo el senador que de seguir adelante con la iniciativa ciudadana, era posible prever que las minorías siempre saldrían perdiendo al someter sus derechos a su decisión. Finalmente,



el Senador Juan Manuel Galán manifestó su oposición a la iniciativa propuesta, dando lectura a una carta de Juana Uribe Pachón, madre soltera quien sostiene la inconveniencia de la iniciativa.

2. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

En desarrollo del artículo 378 de la Constitución Política este proyecto de ley, de ser aprobado por el Congreso de la República, tiene por objeto convocar a un referendo al pueblo colombiano para introducir un párrafo al artículo 44 de la Constitución que consagre la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

El resumen de la propuesta de referendo que acompañó la recolección de apoyos ciudadanos es la siguiente:

¿A través de este referendo el pueblo colombiano decidirá una adición al artículo 44 de la Constitución Política para que el Estado garantice a los niños más vulnerables, aquellos que no tienen familia, a través de la adopción, el derecho a tener la mejor familia posible conformada por un hombre y una mujer que les brinden condiciones para su desarrollo integral. Esto significa que no podrán adoptar las parejas del mismo sexo, ni las personas solteras¿.

El proyecto de ley bajo estudio tiene un artículo único:

El artículo 1º desarrolla el objeto de la ley, que como se expone arriba, busca convocar un referendo y someter a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

3. MODIFICACIÓN EN EL TEXTO QUE SERÁ SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DE LOS CIUDADANOS

En el transcurso del debate, el Senador Hernán Andrade presentó una proposición que fue aprobada con 10 votos a favor y dos en contra, en la cual se modificó el texto del párrafo que sería sometido a consideración popular en caso de ser aprobado el referendo, enfatizando que el objetivo de la iniciativa ciudadana era regular la protección de los menores **que se encontraban sin familia**, lo cual se circunscribía de manera estricta a lo planteado en el resumen de la iniciativa popular, que acompañó el formulario de recolección de firmas, con lo cual se verificaba el cumplimiento de los requisitos constitucionales frente al cambio de la pregunta por parte del Congreso de la República. Al respecto, el senador manifestó cómo de acuerdo con la Corte Constitucional, que en Sentencia C-397 de 2010 sostuvo que el Congreso puede introducir modificaciones ¿sin que dichos cambios transformen la iniciativa ciudadana en una iniciativa congresional que sea sustancialmente distinta o que sea contraria al contenido del proyecto de reforma constitucional que se inició por voluntad popular¿ el Congreso podía introducir una modificación siempre que respetara en su integridad lo firmado por los ciudadanos, tanto en el resumen de la propuesta como en la exposición de motivos.

Frente al particular, en el resumen de la propuesta firmada por los ciudadanos en el formulario elaborado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, se señalaba que este referendo se refiere a



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

la adopción de los niños ¿que no tienen familia¿, según consta en el oficio 070315 del 1° de octubre de 2015, que fue publicado en *Gaceta del Congreso* 430 de 2016 y que se adjunta a esta ponencia, así:

¿A través de este referendo el pueblo colombiano decidirá una adición al artículo 44 de la Constitución Política **para que el Estado garantice a los niños más vulnerables, aquellos que no tienen familia, a través de la adopción**, el derecho a tener la mejor familia posible conformada por un hombre y una mujer que les brinden condiciones para su desarrollo integral. Esto significa que no podrán adoptar las parejas del mismo sexo, ni las personas solteras¿.

En el mismo sentido, la exposición de motivos de la iniciativa popular señalaba que el objetivo del referendo era proveer a los niños, niñas y adolescentes una familia que les brinde un ambiente favorable para su desarrollo integral, así:

¿La reforma constitucional propuesta pretende consagrar la procedencia de la adopción únicamente a favor de la pareja conformada entre un hombre y una mujer. La adopción es una medida de protección que hace efectivo el derecho de un menor a tener una familia y está estructurada en torno al interés superior del niño. En este sentido, **no existe para los adultos un derecho a adoptar sino el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia que les provea un ambiente favorable para su desarrollo integral¿.**

Así las cosas, fue aprobada la siguiente modificación en el parágrafo que será sometido al pueblo de Colombia en el referendo propuesto:

¿Artículo 1°. El artículo 44 de la Constitución Política tendrá un parágrafo adicional que quedará así:

Parágrafo. La adopción como medida de protección de los niños, niñas y adolescentes que no tienen familia busca garantizarles el derecho a tener una constituida por una pareja heterosexual en los términos explícitos del artículo 42 de esta Constitución, es decir, por un hombre y una mujer unidos entre sí en matrimonio o unión marital de hecho, con el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la ley.

Aprueba usted el anterior parágrafo

Sí: ()

No: ()¿

4. JUSTIFICACIÓN DE LA INICIATIVA

Dos millones doscientos veintiocho mil novecientos trece ciudadanos colombianos con sus firmas presentadas ante la Registraduría y avaladas por este organismo en un número de un millón



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

setecientos cuarenta mil ochocientos cuarenta y tres firmas^{1[1]} en ejercicio del derecho de iniciativa para reformar la Constitución someten a consideración del Congreso de la República la convocatoria al Pueblo para que a través de Referendo decida un asunto trascendental para la vida en sociedad: la garantía efectiva del derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia.

Esta iniciativa es también desarrollo de un mandato consagrado en el artículo 44 de la C. P., que le impone a la familia, a la **sociedad** y al Estado el deber de ¿asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos¿.

El eje central de la decisión gira en torno a la consagración de la figura de la adopción alrededor del interés superior del menor, pues como ha quedado suficientemente claro en nuestro ordenamiento jurídico esta no es un derecho fundamental de los adultos sino un mecanismo para dar una familia a un niño y no un mecanismo ¿para dar un niño a una familia¿^{2[2]}.

El referendo propuesto busca que sea el pueblo el que dirima el conflicto surgido por la contradicción entre los contenidos literales de la Constitución de 1991 acerca de la familia y la adopción y el alcance que las interpretaciones recientes de la Corte Constitucional han dado a esos contenidos.

De esta manera la justificación de esta iniciativa se desarrollará en tres ejes temáticos elaborados 1) alrededor de la noción de la familia y de la adopción en nuestro ordenamiento constitucional; 2) el conflicto suscitado por las recientes jurisprudencias de la Corte Constitucional; y 3) la pertinencia del Referendo propuesto por la iniciativa ciudadana.

4.1. LA FAMILIA Y LA ADOPCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1991 confirió destacada importancia al concepto de familia y a los derechos fundamentales y prevalentes de los menores. Es así como entre los principios fundamentales se consagra en el artículo 5° la familia como institución básica de la sociedad; principio desarrollado en el artículo 42 que reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en consonancia con lo señalado en diferentes Convenios de Derechos Humanos. Al respecto dispone la Carta Política:

¿Artículo 5°. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad¿.

¿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¿.

Así también disponen los Convenios de Derechos Humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad:

Declaración Universal de los Derechos Humanos:

¿Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Convención sobre los Derechos del Niño:

¿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 y:

a) Velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José:

¿Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

De acuerdo al tenor literal del artículo 42 de la C. P. el especial reconocimiento y protección del Constituyente se dirigió a la familia monógama y heterosexual, aquella que ¿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.

La Corte Constitucional por más de 20 años, en múltiples pronunciamientos sobre el matrimonio, las uniones de hecho, la adopción y las parejas del mismo sexo mantuvo una línea jurisprudencial



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

acorde con la intención expresa y clara del Constituyente en la cual se reconoce que en el ordenamiento constitucional existe una especial protección a la familia conformada entre un hombre y una mujer en los términos del artículo 42, y de otra parte, que las diferencias en el tratamiento jurídico a otras formas de relacionamiento de hecho al interior de la sociedad, tales como las parejas homosexuales, no resulta per se discriminatorio hacia el referido grupo social.

Esta línea jurisprudencial tiene como punto de partida la sentencia T-523 de 1992, en la que desplegó un análisis sobre el carácter de la familia en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, según la cual ¿el tema era estrictamente supraconstitucional por cuanto de la familia depende el género humano, pero que el Estado tiene la obligación de establecer normas positivas acerca de la creación de familia¿^{3[3]} y señaló además que cada uno de los elementos que se contenían en el artículo 42 son ¿la expresión de un acuerdo sobre lo fundamental de la familia en la visión del Constituyente de 1991¿^{4[4]}.

Esa línea jurisprudencial se desarrolla en múltiples sentencias^{5[5]}, en las cuales se destaca el reconocimiento expreso que hizo el Constituyente de la familia heterosexual y monógama por razón de la incidencia que para la vida social tiene esta forma de unión al constituir el espacio natural de procreación y crianza de los hijos. Cabe resaltar que todas esas sentencias fueron dictadas dentro del reconocimiento de los valores constitucionales del pluralismo, la no discriminación y el respeto al desarrollo de la libre personalidad consagrados todos en el ordenamiento constitucional y que por lo tanto llevaron a afirmar que el Constituyente no prohibía o censuraba otras formas de familia, sino que la protección reforzada a la familia constituida por la pareja heterosexual obedecía a su proyección y efectos en la vida social y el orden público. Es así como a la par de este reconocimiento a través de varias sentencias reconoció también la protección de los derechos patrimoniales a las parejas conformadas por personas del mismo sexo^{6[6]}.

Posteriormente, la Sentencia C-814 de 2001 estableció a través de una rigurosa argumentación que el concepto de familia que emana de la Constitución está centrada en las familias constituidas entre un hombre y una mujer, bien sea en u nión matrimonial o unión libre, y que la expresión contenida en el artículo 42 ¿por la voluntad responsable de conformarla¿ se refiere a la familia heterosexual^{7[7]}.

Precisamente, es a partir de la naturaleza en la conformación de la familia que se derivan importantes consecuencias jurídicas como el parentesco por adopción tanto en el matrimonio como



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

en la unión marital de hecho^{8[8]}. Incluso en las consideraciones la Corte aborda el problema del tratamiento jurídico diferenciado a las parejas homosexuales y retoma lo señalado en la Sentencia C-098 para enfatizar que *¿Ahora bien, tampoco el hecho de que la familia que el constituyente optó por proteger sea la que emana de la unión heterosexual y monogámica, tiene el alcance de discriminar a quienes deciden mantener una relación homosexual estable. Reiterada jurisprudencia constitucional, entre ella la que acaba de citarse, hace énfasis en que la Constitución no prohíbe esta opción de vida*^{9[9]}. Y aún va mucho más lejos al precisar que dada la protección al modelo de familia consagrado en el art. 42 C. P., la adopción de niños por parte de una familia diversa, se encontraba constitucionalmente prohibida y ni siquiera el legislador podría autorizar la adopción por parte de homosexuales.

La interpretación constitucional sobre la centralidad de la familia heterosexual y monógama expresado en los anteriores precedentes se mantuvo inalterable hasta la Sentencia C-075 de 2007. En este fallo la Corte extendió los efectos patrimoniales de las uniones de hecho consagradas en la Ley 54 de 1990 a las parejas homosexuales. No obstante, precisó la Corte la existencia de diferencias entre las parejas heterosexuales y homosexuales, motivo por el cual no existe un *imperativo constitucional* de dar un tratamiento igual a unas y a otras, razón por la cual es el legislador quien debe definir los mecanismos para proteger los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la situación de quienes se encuentran en marginamiento^{10[10]}.

Cuatro años más tarde, en la Sentencia C-577 de 2011^{11[11]} la Corte modificó de manera explícita el precedente constitucional en relación con la interpretación del concepto de familia plasmado en el artículo 42, al señalar que en consonancia con el tenor literal del artículo este no prohíbe el matrimonio entre parejas del mismo sexo^{12[12]}. A pesar de referirse expresamente a la opción constitucional digna de protección reforzada por el Constituyente, esto es, aquella fundada en el carácter heterosexual y monógamo de la familia, avala la sustitución de la interpretación para señalar que *¿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*^{13[13]}. Sumado a esto, exhorta al Congreso para que legisle en el caso de las parejas homosexuales por una opción que les permita la

vida en común y para que estas tengan la posibilidad de suscribir un vínculo contractual que sea formal y solemne^{14[14][14]}.

La Corte Constitucional en esa sentencia que rompe dramáticamente con veinte años de un sólido precedente invoca como soporte los salvamentos de voto de sentencias anteriores y el concepto de ¿constitución viviente¿ que le permitiría hacer una interpretación evolutiva del texto del artículo 42. Sin embargo, aun en esta sentencia se mantiene el reconocimiento de la diferencia entre las parejas heterosexuales y las conformadas por personas del mismo sexo para permitir al legislador en desarrollo de sus competencias legislar de manera que hiciese eco de esa diversidad.

¿El matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferirle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias cuidadosamente enunciadas, todo en forma tal que solo cabe apuntar que en este caso la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución¿^{15[15]}.

4.1.1. Desarrollo jurisprudencial en materia de adopción

En materia de adopción, el precedente más destacado se encuentra en la Sentencia C-814 de 2001. En especial se analizó la restricción introducida por el numeral 2 del artículo 90 del Código del Menor, según la cual podían adoptar conjuntamente ¿La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años¿^{16[16]}. En el riguroso análisis jurídico la Corte afirma que no existe mandato constitucional dirigido al legislador para dispensar idéntico tratamiento jurídico a las parejas heterosexuales y homosexuales en materia de adopción. Ello en consideración al carácter de la adopción como medio de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener una familia, que según el constituyente, es la familia de tipo monogámico compuesta por un hombre y una mujer. Bajo estas consideraciones, para el legislador no puede ser indiferente el tipo de familia dentro de la cual se autoriza la integración del niño, pues existe la obligación de proveerle aquella que dispone el ordenamiento constitucional^{17[17]}.

En la providencia se estableció que el concepto de familia que emana de la Constitución está centrada en las familias constituidas entre un hombre y una mujer, bien sea en unión matrimonial o unión libre, y que la expresión contenida en el artículo 42 ¿por la voluntad responsable de conformarla¿ se refiere a la familia heterosexual^{18[18]}. Y aún va mucho más lejos al precisar que dada



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

la protección al modelo de familia consagrado en el artículo 42 C. P., la adopción de niños por parte de una familia diversa, se encontraba constitucionalmente prohibida y ni siquiera el legislador podría autorizar la adopción por parte de parejas homosexuales.

En esta perspectiva el conflicto entre el derecho a la igualdad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con la posibilidad de adoptar y el derecho del menor a tener una familia, debe resolverse a favor del derecho del menor, pues este se satisface mejor si el niño se integra a una familia protegida por la Constitución y no a otro tipo de familia^{19[19]}. En palabras de la Corte, *¿por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar?*^{20[20]}.

Este precedente fue aplicado de manera coherente a lo largo de diez años^{21[21]}. No obstante, en los últimos años la Corte Constitucional varió este precedente así:

¿ En la Sentencia T-276 de 2012, que decidió el caso de la adopción de dos niños colombianos por el periodista homosexual norteamericano Chandler Burr^{22[22]}. En dicha oportunidad, la Corte accedió a las pretensiones de la tutela según las cuales se vulneró el debido proceso y el interés superior de los niños durante el proceso de restablecimiento de derechos, la Corte para resolver el caso no formuló una consideración sobre el carácter constitucional del tipo de familia al que se integrarían los dos niños, pero sí realizó un cambio de facto en su jurisprudencia sin explicar a fondo las razones del mismo^{23[23]}.

¿ Posteriormente, en la Sentencia SU-617 de 2014 la Corte se pronunció sobre el caso de las mamás lesbianas de Medellín^{24[24]}. En su fallo reiteró la decantada jurisprudencia según la cual la diferencia en el tratamiento normativo entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales es una diferencia empírica constitucionalmente relevante, así:

¿6.5. [...] Así pues, el planteamiento según el cual la lesión de los derechos fundamentales de las accionantes se origina en la discriminación de las parejas homosexuales, no resulta admisible. Por un lado, porque la diferencia normativa entre estos dos tipos de uniones en materia de adopción atiende a una diferencia empírica constitucionalmente relevante, toda vez que la institución de la adopción está concebida y diseñada para suplir las relaciones de paternidad y maternidad que indefectiblemente surgen de la reproducción con respecto a un hombre y una mujer, incluso cuando se materializa mediante las nuevas técnicas de reproducción asistida. Y por otro lado, porque a la luz de los



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

precedentes constitucionales, la sola diferenciación normativa entre los dos tipos de uniones, por sí misma, no configura una vulneración del derecho a la igualdad, sino únicamente cuando se traduce en un déficit de protección para sus miembros; y por el contrario, las restricciones a la adopción en función de este criterio, atienden a una diferenciación que a la luz del propio ordenamiento superior es relevante, como es la protección especial y reforzada de la familia monogámica y heterosexual¿. Sentencia SU-617 de 2014. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

A pesar del carácter definitivo de este argumento la Corte no lo desarrolla de manera integral en la providencia, pues desplaza su análisis al alcance de la autonomía familiar para señalar que este principio implica la posibilidad de autoconfiguración familiar para disponer quién se integra al núcleo familiar y que el límite de tal configuración es la garantía de los derechos de los niños.

De acuerdo con el salvamento de voto de los magistrados Pretelt, SÁCHICA y Mendoza la Corte desconoció en el caso concreto la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de parejas de personas adultas del mismo sexo porque *¿assume de manera intuitiva, que con la decisión del ICBF se vulneraron derechos fundamentales de la menor Lakmé, sin analizar, en profundidad, si existen condiciones que ameritan la medida de protección ante una vulneración de los mismos. (...) fundamenta esencialmente su decisión en la vulneración de los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad y de los principios de dignidad humana y pluralismo que consideró fueron desconocidos por el ICBF al haberse negado la adopción con fundamento en la condición homosexual de la pareja solicitante¿^{25[25]}.*

¿ En la Sentencia C-071 de 2015^{26[26]} fijó las reglas jurisprudenciales para resolver conflictos respecto del derecho de los niños y niñas a tener una familia y no ser separado de ella, establecer la filiación y los casos en los cuales procede la adopción^{27[27]} la Corte apela al principio democrático, a la legítima restricción en el tratamiento jurídico que puede dispensar el legislador a otros tipos de familia como los compuestos por parejas homosexuales y a la libertad de configuración en materia de adopción consentida²⁸ Del mismo modo, preceptúa la naturaleza y objetivo de la adopción en los siguientes términos *¿la adopción no está encaminada a dar un niño a una familia sino una familia a un menor que la necesita, restableciendo con ello, en cuanto sea posible, los lazos de filiación. No pretende que quien carece de un hijo pueda llegar a tenerlo, sino que el menor que no tiene padres*



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

logre ser parte de una familia rodeado de las condiciones propicias para su desarrollo armónico e integral^{29[29]}.

Luego señala que *¿al establecer las reglas en materia de adopción conjunta en el Código de la Infancia y la Adolescencia, para el Legislador no fue indiferente el tipo de familia de la que eventualmente llegara a formar parte un menor, donde el criterio utilizado para habilitar la adopción por compañeros permanentes ¿familia integrada por hombre y mujer¿ atiende un fin legítimo apelando a una categoría diferencial objetiva y razonable*^{30[30]}. Sin embargo, llega a concluir que las expresiones demandadas son constitucionales bajo el entendido de que en su ámbito de aplicación están comprendidas las parejas del mismo sexo ¿cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente¿^{31[31]}.

4.1.1.2. Cambio de precedente al permitir la adopción por parejas del mismo sexo

Ocho meses más tarde y con ponencia del mismo Magistrado de la Sentencia C-071 de 2015 se profirió la Sentencia C-683 de 2015, Jorge Iván Palacio Palacio^{32[32]}, en la cual se discutió la constitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, *¿por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia¿*, y contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990. A diferencia de la anterior sentencia la Corte se concentra ahora en preguntarse ¿si las normas

^{29[29]} *Ibíd.* Y aclara que *¿la adopción no está encaminada a dar un niño a una familia sino una familia a un menor que la necesita, restableciendo con ello, en cuanto sea posible, los lazos de filiación. No pretende que quien carece de un hijo pueda llegar a tenerlo, sino que el menor que no tiene padres logre ser parte de una familia rodeado de las condiciones propicias para su desarrollo armónico e integral¿.*

^{30[30]} *Ibíd.*

^{31[31]} *Ibíd.* Parte Resolutiva. Numeral 2.

^{32[32]} Corte Constitucional. Sentencia C-683 de 2015. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

que regulan el régimen legal de adopción en Colombia, al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción, vulnera el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral (artículo 44 CP)^{33[33]} para concluir que las parejas del mismo sexo están habilitadas para adoptar conjuntamente¿.

Esta sentencia deja severas dudas sobre los fundamentos jurídicos y sobre la conveniencia de esa decisión, presuntamente orientada a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes consagrado en el artículo 44 de la Constitución, así:

4.1.1.3. La Corte acogió de manera equivocada, los argumentos de la demanda en el sentido de que la ausencia de regulación de la adopción por personas del mismo sexo ¿vulnera el derecho a la igualdad y el interés superior de los niños que permanecen en situación de adoptabilidad, al limitar el universo de familias que pueden adoptarlos¿.

Es difícil entender la argumentación de la Corte que le lleva a deducir que el interés superior del niño es vulnerado al no permitirse la adopción por parejas del mismo sexo, pues se le desconoce su derecho a la igualdad. Ya hemos señalado que la adopción no es un derecho de los adultos, pero tampoco del niño a quien de acuerdo con el artículo 44 de la C. P. le asiste ¿el derecho a tener una familia y no ser separado de ella¿ lo cual se garantiza a través del mecanismo de la adopción. Las normas sobre adopción que garantizan ese derecho a tener una familia y que solo la permiten para las parejas heterosexuales no discriminan a los niños, ¿pues no otorgan un tratamiento diferente para algunos de ellos en virtud de alguna condición suya, o de sus padres o de sus tutores sino que, por el contrario, en estas se establecen las condiciones por medio de las cuales se les permite a todos los niños en situación de adoptabilidad gozar de su derecho a tener una familia en condiciones semejantes a las de la familia biológica (conformada por un padre y una madre) con la que se ha perdido el vínculo filial¿^{34[34]}.

^{33[33]} Y aclara que para la Corte ¿la anterior sentencia configura cosa juzgada constitucional en relación con los cargos concernientes a la vulneración del derecho a la igualdad y a tener una familia de las parejas del mismo sexo (arts. 13 y 42 CP)¿.

^{34[34]} Concepto 5841 del Procurador General del 22 de octubre de 2014 ante la Corte Constitucional en el expediente D10371, Sentencia C- 683/2015.



De otra parte, las estadísticas aportadas por el ICBF demuestran que el argumento usado por la Corte para deducir que se vulnera el interés superior del niño al limitar el universo de familias que lo podrían adoptar, es contraevidente. En efecto, entre 2005 y 2015 solo 3.252 de las 4.297 familias colombianas solicitantes de niños en adopción pudieron adoptar efectivamente, en tanto que de las 13.598 familias extranjeras solicitantes, solamente 5.547 tuvieron esta oportunidad. En los últimos 10 años más de 9.000 familias, esto es el 50% de los solicitantes, NO pudieron acceder a tener un hijo o hija adoptiva.

Es claro que la demora en el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de la adopción **NO obedece a la falta de familias solicitantes**, sino a las condiciones especiales de algunos niños potencialmente adoptables y a las decisiones de la misma Corte Constitucional a través de la Sentencia T844 de 2011 que privilegia la familia biológica extensa sobre la familia potencial adoptante.

En marzo de este año, en el documento que fija los lineamientos técnico-administrativos del programa de adopción, el ICBF afirma que **¿Hoy en Colombia es altamente probable que niños y niñas en condición de adoptabilidad que tengan hasta nueve (9) años y buen estado de salud sean adoptados, ya que existen 2.481 familias nacionales y extranjeras idóneas con solicitudes aprobadas y en lista de espera**. No sucede lo mismo con los 4.117 niños, niñas y adolescentes con edades superiores a los diez (10) años, grupos de hermanos donde el mayor tiene 10 años o más o está en situación de discapacidad o enfermedad de cuidado especial¿.

Respecto de los niños **con características y necesidades especiales** el ICBF ha retomado experiencias exitosas logrando pasar de 39.2% de estos niños adoptados entre 2009 y 2011 a un 60.10% entre 2012 y 2015.

La Corte Constitucional omite un análisis sobre los efectos que la citada Sentencia T 844 de 2011 ha tenido sobre las adopciones y las consecuentes demoras en el restablecimiento del derecho a los niños, niñas y adolescentes. Al ordenar al ICBF que dentro del proceso administrativo de declaratoria de adoptabilidad, busque a los parientes en sexto grado de consanguinidad, equivalentes a un primo tercero del niño o niña, que pudieran eventualmente hacerse cargo del menor, las adopciones disminuyeron de un promedio anual de 2.601 niños dados en adopción hasta el 2011 a 934 niños en promedio anual en lo que va corrido desde entonces.

Tomar decisiones como las señaladas en la Sentencia T844 de 2011 que, de acuerdo con la evidencia, han tenido efectos predadores en el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, y luego fundamentar la adopción homoparental en ¿la necesidad de expandir el universo de familias que puedan adoptarlos¿, asumiendo que hay un ¿déficit¿ de tales familias, resulta contraevidente desde el punto de vista empírico y constituye una falacia jurídica.

4.1.1.4. Aunque en los argumentos presentados en la parte motiva de la Sentencia 683 de 2015, la Corte dice defender los derechos del menor a tener una familia, en la parte resolutive hay una concepción equivocada para defender la adopción como un derecho de los adultos.

Si bien en la Sentencia C-683 de 2015 la Corte hace eco a los artificios de la demanda en la pretensión de defender el interés superior del menor a través de la ¿ampliación del universo de familias que puedan adoptarlos? brillan por su ausencia los argumentos en favor de los niños, niñas y adolescentes.

A diferencia de sentencias anteriores en las que se profundiza el debate sobre los derechos de las parejas del mismo sexo a constituir una familia, distinguiéndolos de la adopción como un Instituto donde el Estado interviene para proteger el derecho fundamental de los niños a tener una familia, en esta sentencia, de modo muy ligero, los fundamentos de la decisión refieren a que ¿la adopción por parejas del mismo sexo no genera afectaciones en el desarrollo Integral de los niños o bien no está acreditada ninguna afectación a los niños que viven con parejas del mismo sexo?.

Al respecto, cabe señalar que existen numerosos estudios especializados realizados en el exterior que no son concluyentes en el sentido expresado por la Corte y que han debido ser objeto de análisis por parte de esa corporación. La Corte decide dar por terminado un enorme debate científico y académico a través de una decisión jurídica, es más, dado que en Colombia no se han realizado estudios acerca de la incidencia para el desarrollo integral de los menores criados en hogares homoparentales decide soportar la decisión en los muchos estudios de otras latitudes aportados por los intervinientes, estudios sobre los cuales tampoco elabora una apreciación crítica.

La Corte obvia las observaciones juiciosas que presenta la Universidad Javeriana que en un aparte del documento allegado al proceso se pregunta:

¿¿Es la evidencia norteamericana o europea aceptable desde el punto de vista cultural y social al contexto de Colombia? ...¿O si los patrones de matoneo (bullying) que se dan en colegios norteamericanos hacia estudiantes con padres homosexuales serán los mismos que cabría encontrar en Colombia?, o más aún ¿si estos serían similares en Bogotá, en Montería o en el área rural de Nariño? Al respecto requerimos de mayor investigación en nuestro medio y entre tanto no exista evidencia, cabe preguntarse ¿si la mejor opción no es abstenernos de tomar decisiones sobre la evidencia parcial, incompleta o poco generalizable a nuestro medio?¿. Además, la misma universidad señala que encargó al Departamento de Epidemiología Clínica y Bioestadística hacer una búsqueda para tener al día de hoy la mejor evidencia respecto al tema, ¿búsqueda que anexó y que como se puede comprobar en el expediente da cuenta de la mayoría de estudios que para favorecer la posición en torno a la adopción por parejas del mismo sexo habían anexado otros intervinientes? y sobre esa búsqueda concluye:

¿a) Falta de buena evidencia para tomar decisiones;

b) Algunos artículos que revisan el tema muestran dificultades para la adopción de estos niños por parte de parejas homosexuales, entre tanto que otros la descartan. No obstante existe evidencia donde no se describen dificultades para los niños sujetos a este tipo de adopción;

c) En general la evidencia es de baja calidad y obedece a series de casos, y reportes anecdóticos, sin claridad en las mediciones y desenlaces medidos. Se requiere tener mejor evidencia para adopción en los diferentes grupos de edad y seguimientos a largo plazo. Ningún artículo provee seguimientos en diferentes grupos de edad y diferente género;

d) No existe ningún artículo de Colombia (en la búsqueda) y es cuestionable en este tema tomar decisiones sin evidencia en nuestra cultura.

e) Muchos de los artículos recuperados en la búsqueda dicen que se requiere mayor investigación en el campo;^{35[35]}.

Pero también desconoce la intervención de la Universidad del Rosario en la que allega el documento que envía el Decano de la Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud de dicha universidad, en el cual se encuentran las siguientes consideraciones:

¿d) En la literatura internacional se identifican argumentos a favor y en contra sobre el tema, ¿los cuales son ponderados de manera diferente dependiendo del consenso social al que cada comunidad ha llegado, y al grado de reconocimiento de los derechos civiles de las personas¿. Además la evidencia científica no es contundente ni en uno ni en otro sentido¿.

c) Por último, ¿en el ámbito nacional no tenemos conocimiento de estudios que hayan abordado el tema de manera rigurosa y concluyente^{36[36]}.

Profundizando en la fundamentación de la sentencia se puede evidenciar que la Corte utiliza el argumento del interés superior del niño para volver a debatir acerca de la protección de pretendidos derechos a la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo en torno a la adopción de menores, discusión que sí había sido objeto de decisión con valor de cosa juzgada en la sentencia C-071 de 2015 ya mencionada. En efecto, la Corte ¿Insiste en que las legítimas dudas y temores acerca de si una sociedad como la colombiana está preparada para asumir con empatía e inclusión a parejas

^{35[35]} Documento enviado por la Pontificia Universidad Javeriana en el expediente D10315, de 20 de octubre de 2014 en respuesta al oficio OPC 451/14.

^{36[36]} Sentencia C-683/2015. Pág. 142.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

del mismo sexo con hijos adoptados no se disipan negando una inocultable realidad sino enfrentando sus desafíos. En ese sentido debe recogerse la intervención del Ministerio de Salud y Protección Social, según el cual ¿el Sistema General de Segundad Social en Salud cuenta con un conjunto de herramientas y coberturas para atender las necesidades en salud física y mental, de los menores de edad relacionadas con conflictos y abusos en las familias con independencia de la orientación sexual de los padres?^{37[37]}. En otras palabras, la Corte asume que puede haber un riesgo frente al niño adoptado por parejas del mismo sexo proveniente de la falta de preparación de la sociedad colombiana frente a este nuevo hecho pero para ello da una solución que en nada coincide con el principio de prevalencia de los derechos del niño: ¡Que el niño asuma el riesgo y si sufre alguna afectación que actúe el Sistema de salud!

4.1.1.5. Resulta cuando menos sorprendente, que a falta de argumentos jurídicos de fondo, la Corte Constitucional sustente su decisión en casos específicos de otros países con tradiciones sociológicas y jurídicas muy distintas, alegando que esta decisión es ¿apenas una en un mar de decisiones favorables a la adopción por parejas homosexuales en el resto del mundo¿ (sic) que sin embargo, como se sabe, siguen siendo la minoría.

En el entramado argumental de la Corte en relación con el derecho comparado que utiliza para apoyar sus tesis, trae el recuento de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿que no son parámetro de juicio de constitucionalidad en Colombia¿ en las cuales queda claro que dicho Tribunal reconoce que las parejas conformadas por personas del mismo sexo están en situación diversa a las heterosexuales y es al legislador de cada país miembro al que corresponde decidir el trato jurídico, y que en consecuencia se les puede dar un trato diferenciado con respecto a la adopción, incluso en relación a los hijos biológicos de uno de los miembros de la pareja.

Por ejemplo, en el caso Frette vs. Francia (2002), en el cual a un hombre homosexual francés le fue negada la adopción por su orientación sexual, el Tribunal determinó que el Estado no violó el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ello en razón a que las autoridades nacionales tienen un amplio margen de apreciación para regular la adopción de la forma en que lo consideren mejor para la adecuada protección de los intereses de la sociedad en su conjunto^{38[38]}.

^{37[37]} C-683/2016 pág. 120.

^{38[38]} Corte Europea de Derechos Humanos. Frette vs. Francia (2002). App. No. 36515/97.

En otra providencia, en el caso *Kopf y Shalk vs. Austria* (2010) una pareja de hombres homosexuales a quien el Estado Austriaco les negó la formalización de un matrimonio, el Tribunal estableció que no hay violación del artículo 12 de la Convención y del artículo 14 en conjunción con el artículo 8° de la Convención, y señaló que aunque ¿el tribunal no puede ignorar que hay un consenso europeo emergente sobre el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. Es más, esta tendencia se ha desarrollado rápidamente durante la pasada década. Sin embargo no hay todavía una mayoría de Estados que proporcionen reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo. El área en cuestión debe por ello considerarse todavía como uno de los derechos en evolución sin consenso establecido, donde los Estados deben disfrutar de un margen de apreciación a la hora de introducir cambios legislativos;^{39[39]}.

Finalmente, el Tribunal en la decisión *Gas y Debois vs. Francia* (2012), decidió el Caso de la Señora Valerie Gas unida con Natalie Debois mediante el pacto civil de solidaridad, había solicitado la adopción de la hija biológica de su pareja, en este caso el Tribunal concluyó que ¿los Estados no tienen la obligación de permitir el matrimonio de las parejas del mismo sexo, existe un margen de apreciación para dar tratamiento diferenciado a las parejas conformadas por personas del mismo sexo y personas de sexos diversos, en razón a que unas y otras son diferentes;^{40[40]}.

Aún en un más reciente fallo del 9 de junio de 2016, el Tribunal de Estrasburgo reitera que los Estados no violan el artículo 8° (derecho al respeto a la vida privada y familiar) en concordancia con el 14 (prohibición de discriminación) de la Convención Europea de los Derechos Humanos al establecer el matrimonio solo para las parejas heterosexuales y que gozan de un margen de apreciación para decidir sobre el modo de reconocimiento jurídico para las otras parejas.

Vale la pena señalar que la Corte omite en su presentación de derecho comparado la mención de que las decisiones sobre estos temas de familia, uniones por parejas del mismo sexo y adopción han sido tomadas por los órganos representativos en la gran mayoría de los casos, pues decisiones sobre

^{39[39]} Corte Europea de Derechos Humanos. *Kopf y Shalk vs. Austria* (2010). App. No. 30141/04.

^{40[40]} Corte Europea de Derechos Humanos. *Gas y Debois vs. Francia* (2012). App. No. 25951/07.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

el núcleo fundamental de la sociedad deben definirse popularmente y no por vía judicial. Diecisiete de los veintidós países que han aprobado el matrimonio homosexual, lo han hecho a través de discusiones democráticas en el Congreso. Tales países son Países Bajos (2000), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005) Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012) Uruguay (2013), Nueva Zelanda (2013), Francia (2013), Inglaterra (2013), Gales (2013), Luxemburgo (2014), Escocia (2014).

Por su parte solo cuatro de ellos lo han hecho a través de un organismo perteneciente a la Rama Judicial: Sudáfrica (2006), Brasil (2013) México (2015) y Estados Unidos (2015).

De otro lado, Irlanda, a pesar de su tradición conservadora y católica, aprobó el matrimonio homosexual por vía referendaria, reconociendo la necesidad de reconocer la titularidad que tiene el pueblo para adoptar estas decisiones. En el mismo sentido puede encontrarse que en Eslovenia el matrimonio por personas del mismo sexo fue aprobado a través de una ley, el día 3 de marzo de 2015, pero el pueblo se pronunció en contrario a través de un referendo el 21 de diciembre del mismo año.

4.1.1.6. La Corte desconoce sus propios precedentes jurisprudenciales para arrogarse una competencia que, según la Constitución y la misma jurisprudencia, corresponde al legislador.

La sentencia C-071 expedida el 18 de febrero de 2015 sostuvo la tesis presentada en varias sentencias anteriores en el sentido de que **¿es facultad del Congreso determinar los efectos de la adopción estableciendo quiénes pueden ser adoptantes¿** y precisó que ¿ el contenido de la Sentencia C-577 de 2011 no implica una extensión automática y uniforme para todos los efectos legales y mucho menos para la adopción, en el cual debe ser el interés superior del menor de edad y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás¿.

Tan solo ocho meses más tarde, la Corte contra su propia y reiterada jurisprudencia y en un acto de sorprendente intromisión en la órbita del Legislador, fruto de una autoatribución de competencias decide suplantar la función normativa del congreso consagrada en el artículo 150 superior.

Los argumentos que da la Corte para justificar tal desafuero no dejan de provocar asombro ante la herejía constitucional y el desenfado antidemocrático de sus contenidos:

La Corte insiste en que frente al déficit de protección de los menores que se produce por no permitirse su adopción por parejas homosexuales ¿no existe evidencia en el sentido de que el Congreso de la República tenga voluntad de remediar la situación. No hay constancia de iniciativas legislativas encaminadas a superar el déficit de protección que ha constatado esta Corte¿^{41[41]}. Miente con esta afirmación el máximo Tribunal Constitucional, el guardián

^{41[41]} C-683/2016 pág. 119.

supremo de nuestra Constitución, pues para la fecha del fallo (4 de noviembre de 2015) el Congreso de la República estaba adelantando el estudio del Proyecto de ley 32 de 2015 Senado ¿por medio de la cual se reforma la Ley 1098 de 2006 en relación con la medida de protección de la adopción y se dictan otras disposiciones¿, de autoría del Senador Benedetti, radicado el 30 de julio de 2015, y publicado en la Gaceta 549 de 2015, con ponencia del honorable Senador Hernán Andrade radicada el 23 de septiembre de 2015 como consta en la *Gaceta del Congreso* 743 del 2015.

Pero quizá es la siguiente argumentación la que nos da la verdadera motivación que tuvo la Corte para desconocer su precedente y arrebatar las competencias al órgano de representación popular. La Corte afirma ¿Además ¿solo a manera indicativa¿ una reciente encuesta elaborada por la Misión de Observación Electoral indica que el 71% de los congresistas se opone a la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo y, por contera, a aquella medida que serviría al propósito de enmendar el desmedro al interés superior del niño. Esta circunstancia sugiere, cuando menos, que la forma de superar el déficit de protección de los menores en situación de abandono, directamente desde el seno del propio Congreso de la República, se encuentra en el corto plazo seriamente comprometida, ante lo cual el juez constitucional no puede asumir una actitud silente¿^{42[42]}.

Es decir, las competencias del Congreso se respetan siempre y cuando decida en consonancia con la posición ideológica de la mayoría de los magistrados de la Corte; si no existe esa coincidencia la Corte se adelanta a decidir para cerrar el camino de la deliberación y decisión democrática del órgano de representación popular. Nace así una nueva causal del juicio de inconstitucionalidad: La decisión preventiva de inconstitucionalidad ya no frente a las leyes expedidas por el Congreso sino en prevención de la decisión política que las mayorías políticas del Congreso puedan adoptar cuando parezcan inconvenientes o incompatibles con los designios ideológicos de la Corte.

El Congreso debe ser consciente de la flagrante violación del principio democrático sobre el cual se sustenta nuestra institucionalidad y la sustitución de la Constitución perpetrada por la propia Corte que, sin embargo, ha sido tan celosa y arbitraria al aplicarla como rasero para limitar cada vez más las facultades del Congreso como Constituyente Derivado.

Así pues, dado que la Corte constitucional se ha arrogado facultades que van mucho más allá de su condición de guarda de la Carta Constitucional, **resulta indispensable acudir al constituyente**

^{42[42]} Ibídem.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

primario para que mediante referendo, exprese su voluntad acerca de un asunto tan importante como el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener mamá y papá.

4.2. LOS DESACUERDOS GENERADOS POR LAS ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Las posiciones adoptadas por la Corte Constitucional que evidencian rupturas sin justificación en su línea jurisprudencial, desconocimiento de los principios y métodos de interpretación constitucional, creados precisamente para dar legitimidad a su actuación como órgano contramayoritario, han desembocado en una modificación de elementos esenciales de la Constitución como la noción de la familia, núcleo esencial de la sociedad. La Constitución de 1991 ha sido reescrita por vía judicial sin sufrir una reforma constitucional expresa en la que participe el pueblo ya sea directamente o a través de sus representantes. Para decirlo en términos de la Corte Constitucional, han sido sustituidas disposiciones constitucionales fundamentales, no por el Congreso, ni por el pueblo, sino por el propio órgano al que la Constitución le entregó la guarda de su integridad.

La propuesta de este referendo, las manifestaciones públicas que presencié el país el pasado 10 de agosto como rechazo a la imposición de la ideología de género, son hechos evidentes que demuestran el desacuerdo de una inmensa parte de la población con las decisiones de órganos constituidos como la Corte Constitucional en relación con el tema de la Familia.

Veinticinco años después del gran consenso que significó la Constitución de 1991, nuestra sociedad da cuenta de un conflicto en torno a la interpretación elaborada alrededor de uno de los puntos centrales de dicha Constitución. Efectivamente, los desacuerdos que se centran en la familia como núcleo esencial y primero de nuestra organización social, en los niños como responsabilidad prioritaria y prevalente de la familia, la sociedad y el Estado, y en los valores a determinar como tutelares de la educación que decidamos impartirles a nuestros hijos en particular y a los niños y niñas de Colombia en general, constituyen soportes fundamentales de decisiones que atañen a nuestra cultura, a nuestra civilización y a la configuración de nuestra razón de ser como nación.

Se trata, en términos de Waldron, de desacuerdos acerca de cuestiones de principios que son la regla general de la política en una sociedad que se pretenda pluralista y a los que hay que encontrar solución por los cauces de la democracia y mediante los procedimientos constitucionales.

La pregunta es entonces, ¿Qué respuesta encontramos en nuestra Constitución acerca del procedimiento idóneo para dirimir estos conflictos? ¿Se ajusta a la Constitución esta propuesta de Referendo?

¿Hay que distinguir entre dos escenarios. El primero se refiere a aquel en el que el conflicto se plantea entre las reglas creadas por la legislatura y las reglas creadas (o decisiones tomadas) por la Corte Constitucional. Aun cuando el asunto está lejos de ser pacífico, suele sostenerse que en virtud



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

de los artículos 241 y 243 de la Constitución Política, se ha reconocido a la Corte Constitucional como intérprete final de la Constitución y que, en consecuencia, sus reglas y decisiones prevalecen.

El segundo escenario se refiere a los conflictos entre reglas que son resultado de reformas constitucionales y las reglas (y decisiones) de la Corte Constitucional. En este escenario, desde luego, no resultan aplicables los artículos constitucionales citados, ni ¿por tanto¿ la tesis de la autoridad interpretativa de la Corte Constitucional. Es más, en este escenario, la respuesta no puede encontrarse en una cláusula constitucional y, por lo tanto, debe recurrirse a principios jurídico-políticos más amplios. Es así como para dar una respuesta satisfactoria, debe analizarse *quién* tiene una autoridad legítima superior al momento de crear o reconocer normas jurídicas de rango constitucional;^{43[43]}

En primer lugar, se debe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico tanto el Preámbulo de la Constitución, como el artículo 3° señalan que la soberanía reside exclusivamente en el Pueblo, en él reside el Poder Constituyente y por ello tiene la potestad para definir los principios políticos y las normas constitucionales.

La consagración del referendo y los demás mecanismos de participación ciudadana en la Constitución Política no fue gratuita. La Asamblea Nacional Constituyente fue consciente de la inmensa brecha existente entre el país formal y el país real, entre la realidad institucional y la cultura social, entre el decir de las normas jurídicas y la vida cotidiana, razón por la cual el Constituyente optó por una normatividad menos ajena a la gente, más próxima al ciudadano, menos impuesta desde el poder público, que legitimara unas instituciones hasta entonces legales, pero no legítimas.

Frente a dichas cuestiones, la respuesta de la Asamblea Constituyente fue la consagración de la democracia participativa^{44[44]}.

De esta manera, por voluntad del soberano se consagró en Colombia una forma de democracia que debía permitir el acceso ciudadano a la participación política directa en la toma de decisiones. En consecuencia, el mandato de la soberanía popular plantea una exigencia a las autoridades públicas, a

^{43[43]} ¿La Constitucionalidad de la Convocatoria al Referendo¿. Fabio E. Pulido Ortiz. Intervención en la Audiencia Pública ante la Comisión Primera del Senado.

^{44[44]} Trujillo Muñoz, Augusto. Vanegas Santoro, Antonio. La Iniciativa del Referendo Constitucional en: *El Referendo Constitucional, Aspectos Críticos*. Editorial Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2002. Pág. 24.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

decir, hacer efectiva la soberanía popular de los gobernados, y no de los gobernantes, en la cual el poder público no deriva su legitimidad de la simple sujeción formal, sino de su correspondencia con la voluntad popular^{45[45]} Esa voluntad popular que para ser soberana debe ser autónoma, y poder expresarse de manera libre en los canales para tal efecto dispuestos en la Carta Política, entre ellos, el referendo de iniciativa ciudadana.

En el artículo 378 de la C. P. encontramos la respuesta dada por el Constituyente acerca de QUIÉN tiene la autoridad para zanjar la discusión o el desacuerdo ante la posible existencia entre normas constitucionales y su eventual reforma o entre estas y las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional: Es el pueblo mediante un referendo constitucional de iniciativa ciudadana quien puede dirimir la controversia.

El pluralismo es una de las características de las sociedades liberales y esto implica, entre otras cosas, que entre los ciudadanos hay distintos criterios sobre lo justo, y por ello tienen desacuerdos razonables y de buena fe. La democracia se basa en el principio del autogobierno el cual conlleva la posibilidad de que los ciudadanos decidan sobre aquellas materias que los afectan directamente. La existencia de estos desacuerdos y la necesidad percibida de una decisión común hace necesaria la existencia de procedimientos para lograrla; sin lugar a dudas, el Referendo Constitucional es uno de los consagrados a ese fin por la Carta Política de 1991 pues permite la expresión de la voluntad popular, después de una deliberación racional, con todas las garantías de la democracia deliberativa que implican por ejemplo, como lo señala Dworkin ¿que el Estado debe tratar a todos los ciudadanos con igual consideración y respeto¿¿ y que no puede excluirse a nadie arbitrariamente de sus derechos políticos por mucho que una mayoría pretenda lo contrario.

4.3. LA PERTINENCIA DE ESTE REFERENDO

4.3.1. No es un referendo para limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Como lo afirmó uno de los intervinientes en la Audiencia que tuvo lugar en la Comisión Primera del Senado a propósito del trámite de este proyecto: ¿No existe limitación constitucional alguna para que, mediante referendo constitucional, se determinen las normas que regulan la institución de la adopción en Colombia. En particular, se señala que toda vez que no existe un derecho constitucional a la adopción, existen diferentes aspectos en la regulación jurídica de esta figura jurídica que pueden ser desarrollados

^{45[45]} Uribe Vargas, Diego. El Referéndum. *Ensayo sobre la Democracia Semidirecta*. Ediciones Tercer Mundo. Pág. 60.

por las instituciones democráticas en ejercicio de su libertad configurativa, y dentro de ellas, desde luego, el referendo constitucional;^{46[46]}.

Se ha pretendido sembrar en la discusión un falso dilema, una falsa tensión entre el derecho de los niños a tener una familia y el principio de igualdad de las familias homosexuales para la adopción.

A nuestro juicio, esta invocación configura un falso dilema en razón de dos consideraciones incontrovertibles desde el punto de vista de nuestra Constitución y de la normatividad internacional que nos obliga para estos efectos:

- En la discusión sobre los aspectos de la institución de la adopción, los que priman y prevalecen sobre todo otro derecho son los derechos de los niños. Esto quiere decir que en la eventualidad de que se presentara alguna tensión en relación con el derecho de algún adulto, se deberá optar siempre por considerar y proteger el derecho de los niños.

- Se crea una falsa tensión cuando se apela a incorporar a la discusión de la adopción el principio de igualdad para proteger los derechos de las parejas homosexuales.

De ninguna manera es pertinente dicha invocación en la medida en que la adopción no constituye derecho alguno. La adopción está definida como un mecanismo de protección dado para garantizarles a los niños el derecho, esta vez sí, de acceder a una familia en medio de la cual crecer y formarse en amor y dignidad.

La institución de la adopción no constituye derecho alguno de nadie, ni de parejas heterosexuales ni de parejas homosexuales, ni de hombres o mujeres solos, independientemente de su orientación sexual.

De allí, que sea claramente una falsa tensión la que se refiere a la violación del principio de igualdad en la aplicación de un derecho que no existe. Nadie puede alegar discriminación en la aplicación de un derecho que no existe.

4.3.2. Es un referendo sobre el mecanismo para proteger el interés superior del niño y sus derechos fundamentales preferentes

4.3.2.1. Interés Superior del Niño

De acuerdo con lo expresado por el doctor Carlos Gómez MD, Director del Departamento de Epidemiología de la Universidad Javeriana: ¿los niños adoptados presentan esta categoría por

^{46[46]} ¿LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONVOCATORIA AL REFERENDO¿.
Fabio E. Pulido Ortiz. Intervención en la Audiencia Pública ante la Comisión Primera del Senado.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

diversas situaciones entre las que están el abandono de los padres biológicos, el maltrato por parte de estos, etc., que plantean no solo la necesidad de brindar por parte del Estado, sino también la responsabilidad del mismo de la elección de la mejor opción disponible a un niño o niña que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que de por sí tiene una situación de desventaja. Teniendo en cuenta la Convención de los Derechos del Niño, y la prelación sobre cualquier otro derecho, de velar por la estabilidad emocional, económica, moral, jurídica y política en su categoría de menor y la interacción que decidan que tenga este niño o niña con su entorno no es el de ser un objeto de deseo de satisfacción de una pareja de conformar una familia, sino ante todo la mejor opción para el menor.⁴⁷ [47].

Esto significa que la adopción se constituye en un medio jurídico para garantizar el derecho de los menores a tener una familia. Por esta razón, la institución de la adopción debe establecer los mecanismos necesarios para asegurar que la familia a la que se integre el menor sea la idónea para su protección y que cualquier decisión acerca de la forma como se regula la adopción debe hacerse ¿y evaluarse¿ desde el punto de vista del menor y no desde la familia que adopta.

4.3.2.2. Se dice que la ciencia ha concluido que el interés superior del niño no se afecta cuando es adoptado por parejas del mismo sexo

La ciencia no es conclusiva. No hay estudios científicos conclusivos en uno u otro sentido. Como lo afirmó el profesor Rodolfo Arango en la Audiencia realizada ante la Comisión Primera del Senado durante el trámite de este proyecto: ¿Hay informes para una u otra posición y lo que recomienda la doctrina constitucional en ese caso donde no está claro epistémicamente o valorativamente cuál es la decisión correcta es que sea una decisión política¿.

El doctor Arango reconoce, al igual que nosotros, que no hay desde la ciencia posturas concluyentes sobre la conveniencia o no de la adopción por parte de parejas homosexuales, que existen estudios desde la ciencia que difieren en sus métodos, en sus orígenes y en sus conclusiones, y que por lo tanto la decisión final debe constituir una decisión política.

En este punto estamos de acuerdo, y es la razón fundamental por la que se ha escogido el camino de que sea el pueblo, vía referendo, quien tome la decisión final.

Sin embargo, el doctor Arango propone una solución distinta de la nuestra para resolver la interpretación de la Constitución ¿ante ese vacío que deja la ciencia¿ al no haber podido llegar a

⁴⁷[47] Documento enviado por la Pontificia Universidad Javeriana en el expediente D10315, de 20 de octubre de 2014 en respuesta al oficio OPC 451/14. Sentencia C-683/2015 Corte Constitucional.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

alguna postura concluyente. Considera que ante el vacío de la duda es preciso saltar a la discusión del principio de igualdad entre los distintos tipos de parejas posibles para la adopción. Esta intención no guarda coherencia con el sentido de la discusión ¿léase la mejor decisión posible para la definición de la política pública de la adopción¿, ni con el mandato constitucional de proteger los derechos de los niños por sobre todo derecho.

Sí, como efectivamente ocurre, la ciencia nos deja un vacío, el camino no es saltar a discutir la pertinencia o no de la adopción por parte de parejas homosexuales, y menos aún a partir de invocar el principio de igualdad en la aplicación de un derecho que no existe. El camino correcto consiste en acudir al principio de cautela, respetando con él el mandato de prevalencia de los derechos de los niños y respetando la posición de los niños como protagonistas y destinatarios de la decisión final que habremos de tomar respecto de la adopción.

En vez de saltar arbitrariamente del vacío de la ciencia al deseo de algunas parejas homosexuales de adoptar, debemos pasar al principio de cautela que nos ubica en la posición prudente de impedir convertir a nuestros niños en verdaderos conejillos de indias de nuevos experimentos sociales, por más modas temáticas que nos lleguen desde centros de poder internacionales.

Como bien lo recuerda el profesor Iván Garzón Vallejo, ¿a pesar de la esmerada construcción teórica de la razón pública, en temas como el suicidio asistido y el aborto ¿específicamente sobre ¿Roe v Wade¿¿, RAWLS se mostró partidario del ¿argumento de la cautela¿, que consiste en que los jueces le dejen al proceso político y a los Estados federados la resolución de estas soluciones especialmente divisivas de la sociedad, mientras se van decantando mejor las posiciones y se va consolidando un mayor consenso en torno a estas¿^{48[48]}.

4.3.3. Este referendo es ejercicio de un mandato que el artículo 44 C. P. impone a la sociedad

Esta iniciativa se enmarca en el mandato consagrado en el artículo 44 de la C. P., que le impone a la familia, a la **sociedad** y al Estado el deber de ¿asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos¿, en ese sentido se dirige a que sea el pueblo quien defina la institución jurídica de la adopción en cuanto mecanismo de protección de derechos de los menores que no tienen una familia.

El mandato superior consignado en relación con la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la protección y garantía de los derechos de la infancia y adolescencia, adquiere relevancia especial para los niños, niñas y adolescentes en situación de adoptabilidad. El cumplimiento de este

^{48[48]} Garzón Vallejo, Iván. La religión en la razón pública. Editorial Astrea y Universidad de la Sabana. 2014. Pág. 72.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

deber constitucional hace legítimo que ciudadanos organizados en torno a los principios de interés superior del niño y de prevalencia de sus derechos, estén facultados para que a través de una iniciativa de reforma constitucional busquen definir entre las posibles opciones de familia aquella que mejor garantice el ejercicio pleno de sus derechos. Esta intervención ciudadana no solo es legítima, sino también necesaria ya que busca subsanar el déficit de representación democrática de esta población especialmente vulnerable, haciendo que el conjunto de la sociedad asuma con responsabilidad y convicción la discusión del tema de la niñez desprotegida.

4.3.4. No se pueden desconocer por decisiones mayoritarias los derechos de las minorías

Sobre este último punto, nos reiteramos en la posición de que nadie está sometiendo ningún derecho fundamental a la decisión de mayorías y minorías, al margen de que tampoco está claro que a la luz de nuestra Constitución los derechos fundamentales sean de exclusiva discusión de la Corte Constitucional, es más el artículo 377 parece echar por tierra tal pretensión al establecer la obligatoriedad de realización de un referendo derogatorio cuando el pueblo lo pidiera con el cumplimiento de los requisitos allí exigidos, frente a cualquier reforma que hiciere el Congreso sobre derechos fundamentales. Esto significa, ni más ni menos, que el Congreso **puede** introducir reformas a los derechos fundamentales y que al pueblo y no a la Corte, le asiste la última palabra.

Por supuesto que la democracia exige acoger las decisiones mayoritarias dentro del respeto de las minorías y eso se surte en un proceso que dé iguales garantías a todos los ciudadanos, en que se respeten la igualdad y la deliberación democrática con todos los requisitos que ella exige. Sin embargo, y aunque como lo repetimos, aquí no están en discusión los derechos de alguna minoría, no compartimos el supuesto de que cuando se trate de cuestiones divisivas en las que están en juego los derechos de las minorías estas solo pueden ser resueltas por los órganos contramayoritarios pues se estaría pasando por alto las cualidades de la participación democrática en un Estado constitucional, que ¿tiene el mérito de poner sobre la mesa la justificación de las diversas posiciones que están en juego, las sinceras, las obliga a ser expuestas racionalmente ante los demás, le exige a los ciudadanos tomar una posición, discutirla y ponerla a prueba con sus allegados?^{49[49]}.

En palabras de Iván Garzón Vallejo, en su intervención en la Audiencia Pública sobre el presente proyecto de ley ¿Es indudable que tal ejercicio promueve un espíritu republicano en el que no existen posiciones políticas que no puedan ser debatidas en público y de manera libre, en el que el ciudadano se define como aquel que es capaz de dar y recibir razones, en el que la política, agonística y

^{49[49]} Intervención ciudadana sobre el Proyecto de ley 01 de 2016 del doctor Iván Garzón Vallejo.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

dialéctica, es también escuela ciudadana de deliberación, argumentación y persuasión. Es decir, la democracia deja de ser un mero ejercicio de girar un cheque en blanco cada tanto y sentarse a esperar lo que hará con este su portador. En dicho proceso, como advierte el sociólogo Ignacio Sánchez-Cuenca, el voto es un modo de ¿averiguar el número de apoyos que tiene cada opción¿ y cobra sentido porque hay un cierto grado de incertidumbre en la raíz del sistema y el juego de las mayorías es, por definición, cambiante (Sánchez-Cuenca 2010, p. 61)^{50[50]}.

4.4. CONCLUSIÓN

Podemos condensar lo hasta aquí expuesto en la siguiente afirmación: Quien interpreta la Constitución es quien tiene el poder de decidir *qué es* la Constitución. En consecuencia, en virtud de lo dispuesto en la Carta Política y en desarrollo de los principios de soberanía popular (artículo 3º) y de democracia participativa (artículo 1º), los derechos a la igualdad (artículo 13) y la participación de los ciudadanos en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40), entre otros, podemos afirmar que es el pueblo quien tiene la última palabra en los asuntos constitucionales, que son, en definitiva, asuntos de poder. Esta afirmación contrasta con lo que se ha tratado de imponer desde la academia que pretende hacer del derecho constitucional un derecho de élites y que no ocultan su incomodidad con la democracia, como diría Roberto Unger es este uno de los oscuros secretos de la teoría del derecho contemporáneo. En este sentido, este referendo retoma ese principio de soberanía popular reiterado en las aulas pero tan desconocido en la práctica, según el cual, debe ser el pueblo quien tenga la última palabra en los asuntos constitucionales, mediante procesos populares de decisión que permitan que las minorías cuenten con las garantías necesarias para participar en la política y en las decisiones constitucionales que les atañen.

El Congreso de la República no puede negar estos hechos, toda vez que de su correspondencia con la voluntad popular depende su legitimidad como poder constituido. La exigencia del soberano por ser escuchado es innegable, y constituye un mandato político claro. En una democracia participativa el Congreso de la República constituye un cuerpo legislativo cuyos integrantes tienen el deber de ser voceros de la voluntad popular y de acatar el mandato imperativo de sus electores, a diferencia de la democracia representativa, en la cual los funcionarios públicos representan a la Nación entera y no a sus electores^{51[51]}.

^{50[50]} Ibídem.

^{51[51]} Sentencia C-379 de 18 de julio de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Resolver una discusión de tan alta importancia por los canales democráticos es de vital importancia para la construcción de un país en paz. Desconocer la voluntad popular, alejar al ciudadano del ejercicio del poder, e ignorar la petición de los ciudadanos de ser escuchados sería un gravísimo error. El referendo es un mecanismo que permite la discusión en franca lid, abierta y pública, de las distintas visiones sobre el futuro de una sociedad. No hay razón para negarle al pueblo su derecho a ser escuchado y decidir sobre los asuntos que afectan su destino.

5. IMPACTO FISCAL

El 30 de septiembre de 2016 la Viceministra General del Ministerio de Hacienda allegó documento al honorable Senador Óscar Mauricio Lizcano Arango, con número de radicado número 29229, donde presentó comentarios al texto aprobado en primer debate del Proyecto de ley número 001 de 2016 Senado: *por medio del cual se convoca a un referendo constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer* determinando la abstención de emitir concepto favorable al proyecto de ley del asunto.

A continuación se exponen las razones fundamentales de la decisión del Ministerio:

1. El Gobierno nacional incorpora en la ley anual de presupuesto los gastos que estima necesarios de conformidad con la disponibilidad de recursos y las prioridades que se establezcan; esto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, que plantea que corresponde al gobierno preparar anualmente el proyecto de Presupuesto General de la Nación con base en los anteproyectos que le presenten los órganos que conforman este presupuesto (...)

2. La realización de este proceso electoral podría demandar recursos del orden de 280 mil millones de pesos, los cuales no están incluidos en el proyecto de ley de Presupuesto General de la Nación para el año 2017^{52[52]}, ni en las estimaciones del Marco de Gasto de Mediano Plazo del sector. Por lo tanto,

^{52[52]} La programación presupuestal se debe preparar en el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP) según lo preceptuado en Artículo 1° de la Ley 819 de 2003, marco que es estudiado antes del 15 de Julio. Así como el Marco de Gasto de Mediano Plazo. Por esto, el presupuesto de gastos de la nación para la vigencia fiscal de 2017 se proyectó conforme a lo ordenado por la Constitución Política, el Estatuto orgánico del presupuesto y las normas reglamentarias como el MFMP y el MGMP. Por lo tanto, los respectivos anteproyectos de Presupuesto deben ser incluidos los programas y proyectos que cada sección presupuestal ¿para este caso la Registraduría Nacional del Estado Civil¿, se proponga realizar durante la respectiva vigencia fiscal.



esto vulnera el deber de previsión fiscal que debe haber en toda propuesta de ley de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003.

Frente a lo sostenido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es preciso afirmar lo siguiente:

No es válido argumentar que llevar a cabo el referendo vulnera el deber de previsión fiscal que debe hacer parte de todo Proyecto de Ley de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003. Lo anterior se fundamenta en dos razones: (i) El Acto Legislativo 03 de 2011 integró a la Constitución Política de 1991 el Principio de Sostenibilidad Fiscal y dejó claro en el articulado superior que no se podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales:

¿Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva¿.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional sostuvo en sentencia C-870 de 2014 que ¿se trata de un imperativo que subordina toda decisión que se derive de la interposición del IIF a la imposibilidad de afectar el goce efectivo de los citados derechos constitucionales. Por ello, en forma categórica, el inciso 4 del artículo 1° del Acto Legislativo número 03 de 2011, dispone que: ¿En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales¿¿.</p>

La participación política es un derecho fundamental y está consagrado en el artículo 40 que plantea ¿Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática¿. Por lo tanto, para su ejercicio material no podrá alegarse sostenibilidad fiscal, (ii) existe una línea jurisprudencial consistente que establece que si existe conflicto entre la sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines del Estado prioritarios, entonces debe entenderse que el segundo elemento es jerárquicamente superior al primero. Más claramente, puede extraerse de la Sentencia C-274 de 2013, que, si existe conflicto entre la sostenibilidad fiscal y el desarrollo de los derechos fundamentales, se debe entender que la sostenibilidad fiscal es un criterio que debe tenerse en cuenta por las autoridades para realizar de manera responsable y eficiente las labores de planeación, ejecución presupuestal e implementación de medidas que aseguren el goce efectivo de los derechos, pero **jamás debe convertirse en un obstáculo para menoscabar un derecho fundamental.**

El referendo es la expresión de un derecho fundamental, razón por la cual la abstención del Ministerio de Hacienda de emitir concepto favorable afecta una premisa básica, los mecanismos de participación ciudadana consagrados en el artículo 40 hacen parte de los derechos fundamentales, y su protección concreta un fin esencial del Estado. Así que,



plantear que no se puede llevar a cabo un referendo bajo un argumento presupuestal, quebranta el principio democrático impidiendo que sean los ciudadanos los que participen de forma colectiva en las decisiones que los afectan. Así mismo, menoscaba el preámbulo de la Constitución y los artículos 1°, 2°, 103, 95, 270, 374 y 378 superiores.

Jurisprudencia

En el mismo sentido, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-263 de 2010 deja claro que el principio democrático y la participación ciudadana tienen un desarrollo constitucional de carácter universal y expansivo. Esta sentencia ¿en cita de la sentencia C-089 de 1994¿ indicó que:

¿el principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción¿.

Además, preceptúa que las autoridades públicas ¿para el caso concreto, el Ministerio de Hacienda¿ tiene el deber de incentivar la participación democrática y no obstaculizar su ejercicio. En el mismo sentido la Sentencia C-179 de 2002 al plantear que: *¿Desde este punto de vista, la tendencia expansiva de la democracia participativa proscribire los obstáculos y trabas que impiden la efectiva realización de la democracia, y el excesivo formalismo de las normas que regulan el ejercicio de los derechos políticos¿.* Es claro entonces, que la implementación del referendo consagrado en el artículo 103 de la Constitución Política, que pretende además, proteger el interés superior de los niñas, niños y adolescentes se erige como derecho fundamental y materializa uno de los fines del Estado, la participación política como centro del principio democrático.

Por todo lo anterior, la abstención del Ministerio de Hacienda de emitir concepto favorable al Proyecto de Ley no tiene asidero jurídico ni constitucional, si su consecuencia es restringir derechos fundamentales, bajo el argumento de sostenibilidad fiscal.

6. PROPOSICIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, de manera respetuosa solicito a la Plenaria del Senado de la República dar segundo debate al Proyecto de Ley 01 de 2016 Senado ¿por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un



Proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer, conforme al texto aprobado en primer debate por la Comisión Primera del Senado de la República.

De los honorables Senadores,

CONSULTAR NOMBRE Y FIRMA EN ORIGINAL IMPRESO O EN FORMATO PDF

De conformidad con el inciso segundo del artículo 165 de la Ley 5ª de 1992, se autoriza la publicación del presente informe.

CONSULTAR NOMBRES EN ORIGINAL IMPRESO O EN FORMATO PDF

TEXTO APROBADO POR LA COMISIÓN PRIMERA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA AL PROYECTO DE LEY 01 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Convocatoria. Convócase al pueblo colombiano para que en desarrollo de lo previsto en los artículos 374 y 378 de la Constitución Política, mediante referendo, decida si aprueba el siguiente proyecto de acto legislativo.

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

El Pueblo de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 44 de la Constitución Política tendrá un párrafo adicional que quedará así:



¿Parágrafo. La adopción como medida de protección de los niños, niñas y adolescentes que no tienen familia busca garantizarles el derecho a tener una constituida por una pareja heterosexual en los términos explícitos del artículo 42 de esta Constitución, es decir, por un hombre y una mujer unidos entre sí en matrimonio o unión marital de hecho, con el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la ley.

Aprueba usted el anterior parágrafo:

Sí ()

No: ()¿

Artículo 2º. La presente ley rige a partir de su promulgación.

En los anteriores términos fue aprobado el Proyecto de ley 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer, como consta en la sesión del día 14 de septiembre de 2016, Acta número 08.

Ponente:

**CONSULTAR NOMBRES Y FIRMAS EN
ORIGINAL IMPRESO O EN FORMATO PDF**

⁵³[1] Resolución 4258 del 23 de mayo del 2016. Registraduría Nacional del Estado Civil.

⁵⁴[2] Corte Constitucional Sentencia T-510 de 2003.



55[3] Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1992- M. P. Ciro Angarita Barón.

56[4] Ibíd.

57[5] Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007- M. P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Corte Constitucional. Sentencia SU-614 de 2014. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Corte Constitucional. Sentencia T-276 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Corte Constitucional. Sentencia C-804 de 2009. M. P. María Victoria Calle Correa, Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional. Sentencia C-271 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional. Sentencia T-725 de 2004 M. P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional. Sentencia SU-623 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional. Sentencia C-098-96 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón.

58[6] C-075 de 2007, C-029 de 2009.

59[7] Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

61[9] Ibíd. Punto 17.

62[10] Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

63[11] Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

64[12] Páez Ramírez Manuel. La Sentencia C-577-11 y el Matrimonio Igualitario en Colombia. En Revista Derecho del Estado número 31, julio-diciembre del 2013, pp. 231-257. Disponible en web <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n31/n31a08.pdf>

65[13] Óp cit. Sentencia C-577 de 2011. Punto 4.4.3.

66[14] Ibíd. Parte resolutive. Numeral 4.

68[16] Código del Menor Decreto 2737 de 1989, derogado por el artículo 217 de La Ley 1098 de 2006.

69[17] Ver, Sentencia C-814-01. Punto 21.

70[18] Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

71[19] *Ibíd.* Punto 22.

72[20] *Ibíd.*

73[21] La posibilidad de adopción por las parejas homosexuales ya se había discutido en sede de constitucionalidad en la Sentencia C-802 de 2009 que estudió una demanda contra la diferenciación sexual contenida en el numeral (3) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y en la Sentencia C-710 de 2012 contra la expresión moral del art. 68 del Código de Infancia y la Adolescencia.



⁷⁴[22] Ver <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-avala-adopcion-hecha-periodista-homosexual-colomb-articulo-348061>

⁷⁵[23] Corte Constitucional. Sentencia T-276 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷⁶[24] Corte Constitucional. Sentencia SU-614 de 2014. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁷[25] *Ibíd.*, Salvamento de Voto de los magistrados Gabriel Mendoza Martelo, Jorge Pretelt Chaljub y Martha Sáchica Méndez a la Sentencia SU-617-14.

⁷⁸[26] Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷⁹[27] Ver, punto 6.10. de la precitada sentencia.

⁸⁰[28] Ver, punto 7.4 de la Sentencia.
