



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

## **INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 32 DE 2015 SENADO.**

COMISIÓN PRIMERA CONSTITUCIONAL PERMANENTE 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

PONENTE:

HERNÁN FRANCISCO ANDRADE SERRANO

Honorable Senador

MANUEL HENRÍQUEZ ROSERO

Presidente Comisión Primera

Senado de la República.

**Referencia: Informe de ponencia para primer debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente al Proyecto de ley número 032 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.**

Honorables Senadores:

Con el propósito de dar cumplimiento a lo ordenado por la Ley 5ª de 1992 presento a continuación el informe de ponencia al Proyecto de ley número 032 de 2015 Senado, en los siguientes términos:

### **Antecedentes**

El proyecto de ley es de iniciativa legislativa. Fue presentado a consideración del Senado por los honorables Senador Roy Leonardo Barreras Montealegre y Armando Alberto Benedetti Villaneda, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 549 el 30 de julio de 2015 y asignado a esta Comisión Primera.

### **1. Objeto del proyecto de ley**

Se pretende introducir en el proyecto de ley una serie de adiciones a la Ley 1098 de 2006 sobre la adopción conjunta por parejas de personas del mismo sexo, la situación de adoptabilidad y la verificación previa de la idoneidad de la familia adoptante.

#### **1.1 Contenido de la Iniciativa Legislativa**

De acuerdo con el texto del proyecto de ley, la propuesta de modificación pretende introducir adiciones a los artículos 63, 68 y 73 de la Ley 1098 de 2006, conforme el siguiente texto:

### **¿PROYECTO DE LEY NÚMERO 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.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 63 de la Ley 1098 de 2006.

**Artículo 63. Procedencia de la adopción.** Solo podrán adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres.

**Para efectos de la situación de adoptabilidad, se entenderá que hay ausencia de familia, cuando se abstienen de concurrir los padres del niño, niña o adolescente al que se le restablecerán sus derechos, o sus familiares hasta el tercer grado de consanguinidad.**

Si el menor tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.

Artículo 2°. Modifíquese el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006.

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

1. Las personas solteras.

2. Los cónyuges conjuntamente.

**3. Las parejas del mismo sexo, cuya unión haya sido formalizada o sean compañeros o compañeras permanentes.**

4. Conjuntamente los compañeros permanentes heterosexuales, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.

5. El guardador al pupilo o expupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.

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

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

**Parágrafo 1°.** La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

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

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 73 de la Ley 1098 de 2006.



**Artículo 73. Programa de adopción.** Por programa de adopción se entiende el conjunto de actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través del Comité de Adopción en cada regional y agencia y las instituciones autorizadas por este para desarrollar el programa de adopción a través de su Comité de Adopción serán la instancia responsable **de certificar la idoneidad de la familia adoptante**, de la selección de las familias colombianas y extranjeras adoptantes y de la asignación de los niños, niñas y adolescentes adoptables.

En la asignación de familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este código. El incumplimiento de esta norma dará lugar a las sanciones disciplinarias del caso e invalidará la citada asignación.

**Parágrafo 1°.** Las instituciones autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción garantizarán plenamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes susceptibles de ser adoptados, mientras permanezcan bajo su cuidado y no podrán entregarlos a persona alguna sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente código.

**Parágrafo 2°.** *Integración de los Comités de Adopciones.* Los Comités de Adopciones del ICBF y de las instituciones autorizadas, estarán integrados por el Director Regional del ICBF o su delegado, el director de la institución o su delegado, **un médico, un profesional en desarrollo familiar, un psicólogo, un abogado** y por las demás personas que designen, según sea el caso, el ICBF o las juntas directivas de las instituciones.

**Parágrafo 3°.** Los requisitos de acreditación para agencias o instituciones que presten servicios de adopción internacional deberán incluir la presentación de pruebas que indiquen una sólida situación financiera y un sistema efectivo de control financiero interno, así como auditoría externa. Se exigirá a estas entidades que mantengan estados contables, para ser sometidas a supervisión de la autoridad, incluyendo una declaración detallada de los costes y gastos promedio asociados a las distintas categorías de adopciones.

La información concerniente a los costes, gastos y honorarios que cobren las agencias o instituciones por la provisión de servicios de adopción internacional deberá ser puesta a disposición del público.

**Artículo 4°.** *Vigencia y derogatorias.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

(Las partes resaltadas en el texto transcrito destacan las modificaciones que el proyecto introduce).

## **2. Motivación del proyecto de ley**

De acuerdo con la exposición de motivos presentada por los autores del proyecto de ley, se aprecia que la misma se sustenta en las siguientes consideraciones:



**INFORMACIÓN & SOLUCIONES**

(i) El derecho de los niños a tener una familia; (ii) la adopción, en la que los intereses de los niños debe ser la consideración principal, como una medida de protección de los menores de edad que les otorga una familia; (iii) la limitación del número de familias potencialmente adoptantes, que podrían brindarle protección a los menores, si la adopción se mantiene o circunscribe a las parejas heterosexuales y (iv) la inexistencia de razón jurídica para que las parejas de personas del mismo sexo puedan conformar una ¿familia homoparental¿ a partir de formalizar solemnemente la unión, de conformidad con la Sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional.

En esta exposición de motivos los autores aluden a dos instituciones vinculadas de manera indisoluble, reguladas desde la Constitución, la ley y las normas internacionales: la familia y la adopción. Por lo tanto, la regulación de la adopción debe abordarse a partir de considerar su desarrollo legal como un medio de protección del menor y el respeto de su interés superior, así como desde la perspectiva del modelo de familia acogido en la Constitución Política, en la medida que aquella procura precisamente proporcionarle al menor el ambiente necesario para garantizarle un adecuado desarrollo.

En relación con la familia, se estudiará su configuración legislativa, su importancia, el modelo de familia definido en la C. P., la inexistencia de discriminación y de omisión legislativa. Respecto del menor y la protección especial de su interés supremo, se hará referencia a la existencia de eventual riesgo y el principio de precaución y la mayor demanda de familias dispuestas a adoptar que el número de menores en estado de adoptabilidad.

### **3. Análisis de la ponencia**

#### **3.1. Análisis de la familia**

##### **3.1.1 Configuración Legislativa**

Corresponde a la ley expedida por el Congreso de la República, facultado por el artículo 114 de la Constitución Política, regular los aspectos relativos al estado civil de las personas, los derechos de los hijos adoptivos y la facultad conjunta de las parejas para adoptar, dentro de los límites y condiciones que ordena el artículo 42 de la Constitución Política. Estas competencias reconocidas desde la Constitución, son claramente acogidas también por la jurisprudencia, que se ha pronunciado sobre la competencia del Congreso de la República para delimitar en la ley el alcance sobre quiénes tienen la aptitud para asumir la adopción conjunta de menores, a partir de la definición del tipo de familia en nuestro Estado y sociedad. Así, la Corte Constitucional, reiterando su doctrina de respeto a la autonomía de las ramas del Poder Público, expresa en la Sentencia C-577 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, lo siguiente:

*¿En este orden de ideas, la decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica ¿la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo¿ y, por ello, la Corte Constitucional ¿no*



**INFORMACIÓN & SOLUCIONES**

*puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social*; (subrayado fuera de texto).

Más recientemente, la Corte Constitucional en el Expediente número D-10315, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, profirió sobre la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia la Sentencia C-071 de 2015, de cuyo contenido parcial da cuenta el Comunicado de prensa número 6 del 18 de febrero de 2015 como quiera que no se conoce el texto definitivo del fallo el cual ha sido impugnado por la Procuraduría General de la Nación, estando pendiente una decisión definitiva sobre su validez o nulidad, señalándose en el numeral 3.3 del comunicado lo siguiente:

*¿En lo relativo a la adopción conjunta (núm. 1° del artículo 64 y núm. 3° del artículo 68 la Ley 1098 de 2006), la Corte consideró que las expresiones impugnadas no desconocían la prohibición de discriminación por orientación sexual (artículo 13 C. P.), ni lo atinente a las normas que en el artículo 42 de la Constitución se refieren a la familia. Sobre el particular, consideró que es facultad del Congreso determinar los efectos de la adopción estableciendo quiénes pueden ser adoptantes. Precisó además que la extensión del nuevo concepto jurisprudencial de familia contenido en 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 la cual debe atenderse al interés superior del menor de edad y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; (Subrayado fuera del texto).*

Por lo tanto, se reitera que en ejercicio de la función legislativa del Estado corresponde a este Congreso, como máximo exponente del principio democrático y de la voluntad popular, dada su composición, definir la estructura de la familia acorde con lo consagrado en la Constitución Política.

### **3.1.2 Importancia de la familia**

Cabe aquí resaltar la importancia de la familia, que llevó a la Asamblea Constituyente a consagrar de manera expresa, como ya se ha advertido, que ella es el núcleo fundamental de la sociedad. Al respecto, sobresale la Sentencia C-289 del 2000, M. P. doctor Antonio Barrera Carbonell, que expone lo siguiente:

*¿La familia es una realidad sociológica que fue objeto de un reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991, en cuanto se la considera como el núcleo o sustrato básico de la sociedad. Esto implica, que ella sea objeto de una protección integral en la cual se encuentra comprometida la propia sociedad y el Estado, sin tomar en cuenta el origen o la forma que aquélla adopte, atendidos los diferentes intereses personales e instituciones sociales y jurídicas, a través de los cuales se manifiestan, desenvuelven y regulan las relaciones afectivas; por lo tanto, la Constitución aun cuando distingue, no discrimina entre las diferentes clases de familia; todas ellas son objeto de idéntica protección jurídica sin que interese, por consiguiente, que la familia se encuentre constituida por vínculos jurídicos, esto es, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por vínculos naturales, es decir, por la voluntad responsable de conformarla.*



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

### 3.1.3. El modelo de familia está definido en nuestra Constitución Política

El artículo 42 de la Constitución Política consagra el alcance de familia que se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico, preceptuando en sus incisos 1 y 2:

*¿La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

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

De dicha disposición constitucional, se desprenden para el Congreso claros parámetros para el ejercicio de la función legislativa, que impiden sustraerse de ellos para no incurrir en una sustitución y vulneración de las normas señaladas por el Constituyente:

a) **La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, cuya protección debe ser garantizada por esta y el Estado**, aspectos que resaltan la importancia de dicha institución para la república, el orden jurídico y, por ende, la sociedad;

b) **Se constituye por vínculos naturales o jurídicos**. Es decir, los vínculos de la pareja nacen a través del contrato civil de matrimonio o el rito religioso del matrimonio, al cual se le reconocen efectos civiles, o por la voluntad responsable de conformarla;

c) **Se conforma por un hombre y una mujer y es de ellos que se predica el matrimonio y la conformación de familia**.

La Constitución en este mismo artículo superior, señala el derecho a la igualdad que se garantiza a todos los hijos al establecer: *¿Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados, o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable¿.*

De tal modo que la igualdad de derechos se predica tanto de los hijos biológicos como de los adoptivos, lo que impone al legislador la obligación de garantizar a los hijos menores, tanto biológicos como adoptivos, el derecho a tener el padre y la madre.

No puede el legislador, por tanto, desconocer este derecho constitucional de los hijos, como ahora se pretende en el proyecto de ley en estudio, para que en lugar de dar conjuntamente la adopción a un padre y a una madre, se pretenda darle al hijo dos padres o dos madres, lo que desconocería ese derecho constitucional de los hijos adoptivos en igualdad con los hijos biológicos a tener una madre y un padre. Ello se complementa con la misma norma constitucional que obliga a respetar que *¿La pareja tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos¿.*, entendiendo por pareja precisamente aquella referida en el inciso primero de la norma mencionada, o sea a la conformada por hombre y la



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

mujer, por lo cual no es constitucional ni legalmente posible para el legislador extender mediante la adopción conjunta la facultad de entregar los menores en adopción a nadie distinto de los miembros de la pareja constitucionalmente reconocida.

Sobre el concepto de familia que emana de la Constitución y las relaciones paterno filiales que surgen del mismo, la Corte Constitucional en la Sentencia C-814 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, mediante la cual se declaró exequible el aparte del artículo 90 del Código del Menor que en su oportunidad precisamente establecía el requisito de que para la adopción conjunta la pareja estuviera formada por un hombre y una mujer, hoy igualmente consagrado en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 que se pretende modificar con este proyecto de ley, acudiendo a los criterios de interpretación literal e histórico, expuso en extenso:

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

*En la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en plenaria, se explicó claramente el sentido de la norma de la siguiente manera:*

*¿Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.*

*¿Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.*

*¿Las familias unidas por vínculos naturales o jurídicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil¿.*

*¿Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre ¿uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes¿. (Negrillas fuera del original.)[41](Gaceta Constitucional número 85, páginas 5 y 6).*



**INFORMACIÓN & SOLUCIONES**

*Del aparte de la intervención que se acaba de transcribir, pueden sacarse las siguientes conclusiones:*

*El constituyente entendió la expresión:*

*¿Se constituye por vínculos naturales o jurídicos¿ contenida en el canon 42 superior, de la siguiente manera: (i) los vínculos naturales que unen a las personas en la familia, son los de las personas unidas entre sí por ¿los diferentes grados de consanguinidad¿. (Tal es la explicación que el mismo ponente otorga a la expresión ¿vínculos naturales¿). (ii) Los vínculos jurídicos son ¿los que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos¿. (Tal es la explicación que el mismo ponente otorga a la expresión ¿vínculos jurídicos¿).*

*Nótese que el ponente incluye dentro de los vínculos jurídicos, el que surge por la unión libre entre ¿un hombre y una mujer¿. Es decir, la voluntad responsable de constituir la familia por fuera del matrimonio se entendió referida a las uniones entre parejas heterosexuales. Y como la regulación legal del matrimonio entre nosotros siempre ha establecido que este es un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos[42]( Código Civil, artículo 113: ¿El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente)¿, forzoso es concluir que la familia que quiso proteger el constituyente fue, como antes se dijo, la heterosexual y monogámica, ya sea que se constituya a partir del matrimonio o a partir de la unión libre. Los artículos indeterminados un y una hacen alusión a la monogamia, y los sustantivos hombre y mujer, a la condición heterosexual de la pareja.*

*Las expresiones del ponente, por consiguiente, llevan a excluir la interpretación aislada de la frase ¿o por la voluntad responsable de conformarla¿, contenida en el artículo 42 superior, interpretación según la cual tal frase haría alusión a la posibilidad de constituir la familia a partir de uniones distintas a la heterosexual y monogámica.*

*14. Otras frases del ponente explican cuál fue la intención del constituyente al consignar dentro del texto de la disposición finalmente aprobada, la expresión ¿por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla¿, que hace alusión a las formas como se puede constituir la familia. En efecto, cuando el ponente indica que e ¿una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución, la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre ¿uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes¿ [43]. (Exposición de motivos para el debate en la Comisión Quinta. Gaceta Constitucional número 52, páginas 2 y 3), expresa la intención que se tuvo de elevar a canon constitucional el reconocimiento de la protección jurídica a las familias que surgen de la unión libre entre un hombre y una mujer, protección superior que dicha familia no había obtenido hasta entonces, a pesar del régimen legal existente en ese momento, contenido en la entonces recién expedida Ley 54 de 1990. No señala la*



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

*misma intención respecto de otras formas de unión como pudieran serlo la conformada por parejas homosexuales, o las que emanan de las relaciones poligámicas o poliándricas. El propósito antedicho de proteger a la familia formada a partir de la unión libre entre un hombre y una mujer, resulta evidente en la cita que hace el ponente de estudios y exámenes de campo, relativos a la nupcialidad en Colombia, que a su juicio verificaban el incremento del fenómeno social y obligaban a tenerlo en cuenta en la Constitución. Dijo sobre ello lo siguiente:*

*¿Debido a cambios de mentalidad, a problemas en la primera unión y al acomodamiento económico y social de las gentes, se ve cómo desde 1990 tiene un incremento sostenido la unión libre. En la generación de la primera década de este siglo, se encuentra un 10% de las familias en esta situación; en la generación del 40 encontramos un 26%; en la del 50 pasa al 30% y en la de 1960 a 1964 asciende a un 45.5% según lo indica la obra *La nupcialidad en Colombia, evolución y tendencia de las investigadoras Lucero Zamudio y Norma Rubiano*¿.*

*15. Adicionalmente, los otros textos propuestos a estudio de la Asamblea Nacional Constituyente, que fueron desechados por ésta para acoger el que finalmente vino a ser el artículo 42 de la Constitución, muestran cómo el constituyente optó intencionalmente por aquel que mencionaba expresamente a un hombre y una mujer como fundadores de la familia, y descartó los que dejaban abierta la posibilidad de entender que otras formas de unión también serían objeto de la protección constitucional.*

*Así, la propuesta minoritaria de la Comisión Primera era de este tenor, que no fue acogido:*

*¿La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Está compuesta por personas unidas entre sí por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de constituirla. Un hombre y una mujer tienen derecho a unirse en matrimonio y a conformar y desarrollar libremente su familia¿. [44] (Gaceta Constitucional número 83, página 39 y Gaceta número 85. Página 9).*

*Nótese cómo este texto reservaba el matrimonio a parejas heterosexuales, pero abría la posibilidad de constituir familias a partir de uniones entre ¿personas¿ y no exclusivamente entre un hombre y una mujer.*

*Igualmente, otros textos presentados a las Comisiones Primera y Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, finalmente no adoptados, se referían al derecho de todas las personas a formar una familia. La ponencia elaborada por Aída Abella, Raimundo Emiliani Román, Germán Toro, Diego Uribe Vargas, y María Mercedes Carranza, proponía el siguiente contenido literal:*

*¿La familia. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección integral de ésta y del Estado. Todas las personas tienen derecho a conformar libremente una familia, cuyos efectos serán determinados exclusivamente por la ley¿. [45] (Cf. Gaceta Constitucional número 51, página 22).*

*Así mismo el artículo propuesto a la Comisión Quinta e igualmente desechado, expresaba:*



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

*¿La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Está compuesta por personas unidas entre sí por vínculos naturales o jurídicos...¿ [46] (Cf. Gaceta Constitucional número 52, página 3).*

*16. De todo lo anterior la Corte concluye que la voluntad explícita del constituyente fue determinar la protección especial a que alude el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución, para aquellas familias constituidas a partir de la unión matrimonial o de la unión libre entre un **hombre y una mujer**, y que la expresión superior contenida en el artículo 42 relativa a la voluntad libre de conformar la familia, se vincula a la familia heterosexual. A similar conclusión había antes llegado esta Corporación cuando con ocasión de la demanda incoada en contra del artículo 1° de la Ley 54 de 1990, definió que el constituyente se había referido a la protección de la familia formada por una pareja de ambos sexos. [47] (Cf. Sentencia C-098 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz¿). (Subrayados fuera de texto).*

Así, el límite de las parejas de personas con aptitud de asumir la adopción conjunta es de carácter constitucional y por ello no puede ignorarse como lo pretende el proyecto de ley sustentado en la parte motiva de la Sentencia C-577, que contraría la disposición constitucional.

Es decir, aunque no se desconoce la existencia de otro tipo de parejas en la realidad social, a las que ha aludido la Corte Constitucional en sus recientes sentencias sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, tal como se ha visto la Constitución solo consagra como familia la constituida por un hombre y una mujer, consagración constitucional que limita la facultad del Congreso en esta materia.

#### 3.1.4 Inexistencia de discriminación

Debe igualmente destacarse que dicho tratamiento preferencial entre las parejas heterosexuales y homosexuales no entraña un tratamiento discriminatorio. En la sentencia anteriormente citada, se dice sobre el particular:

*¿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. Así, en la mencionada Sentencia parcialmente transcrita anteriormente, la Corte dejó claro que las disposiciones demandadas, adoptadas por el legislador, no prohibían ni sancionaban el homosexualismo, sino que se limitaban, dijo, ¿a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones. No se descubre en ellas censura o estigmatización de ningún género hacia las parejas homosexuales¿. (Subrayado fuera de texto).*

Asimismo, en la citada Sentencia C- 577 de 2011, en la que se examina la formalización del vínculo entre parejas del mismo sexo, se manifiesta:

*¿Con acierto se ha escrito que cuando jurisprudencia como la de la Corte Constitucional ha señalado que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, no hay un imperativo constitucional de darles tratamiento igual, ya que, a causa ¿de la no semejanza de supuestos¿, es improcedente la analogía total y, por consiguiente, al juez constitucional le corresponde actuar de manera singular, examinar aspectos concretos, ya patrimoniales o personales, siempre que para cada supuesto haya figuras afines en el ordenamiento¿[139]-(Cfr. PEDRO A. TALAVERA FERNÁNDEZ, Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales¿ Páginas 39 y ss.).*

Así las cosas, de permitirse la adopción conjunta por parte de parejas de personas del mismo sexo, como lo pretende el proyecto, se está contrariando el modelo de familia adoptado por la Constitución Política, modelo de familia que constituye el núcleo esencial de la sociedad, sin que negar dicha posibilidad conlleve un trato discriminatorio.

### **3.1.5 Inexistencia de omisión legislativa**

Es menester hacer hincapié en que el no autorizar la adopción conjunta por parejas del mismo sexo no constituye una omisión legislativa como bien lo desarrolla la Corte Constitucional en la Sentencia C-814 de 2001, ya mencionada, en la cual se lee:

*¿Debe entonces la Corte establecer dos cosas: en primer lugar si el tenor literal transcrito, en lo que él mismo dice, desconoce o no desconoce la Constitución; y en segundo lugar, si por lo que dicho texto no dice, se erige en una omisión legislativa inconstitucional, es decir en el incumplimiento por parte del legislador de la obligación de incluir un determinado contenido normativo en la disposición, circunstancia que llevaría a la Corte a proferir una sentencia integradora, es decir un pronunciamiento en el que se hiciera efectivo directamente el valor normativo de la Carta Política [52] (Sentencias integradoras entre otras la Sentencia C-109 de 1995). Es decir, en este último supuesto la Corte debe estudiar si la no inclusión de las parejas homosexuales dentro de la autorización para adoptar conjuntamente, constituye una omisión legislativa inconstitucional por violación del principio de igualdad, que deba conducir a un fallo integrador.*

20. En cuanto a lo que establece el tenor literal del segundo inciso del artículo 90 del Código del Menor, él resulta plenamente acorde con las disposiciones superiores. La autorización que otorga propicia la igualdad de trato entre las parejas unidas por matrimonio y aquellas otras constituidas por un hombre y una mujer que conviven en unión libre, y en este sentido, a pesar de tratarse de una norma expedida antes de la Constitución, coincide con el propósito del constituyente, que como se dijo, fue el de equiparar los derechos de unas y otras.

*Desde este punto de vista la Corte no podría declarar la inexecutable de los apartes impugnados, pues ello significaría desconocer este reconocimiento hecho por la ley a las parejas que viven en unión libre por más de tres años, lo cual resultaría inadmisibles de cara a la Constitución.*

21. Respecto de la supuesta omisión legislativa que pudiera estar presente en la norma que parcialmente se acusa, en cuanto ella no autoriza a las parejas homosexuales para adoptar conjuntamente, violando con ello el principio de igualdad, la Corte estima lo siguiente: La posibilidad de emitir una sentencia integradora por omisión legislativa discriminatoria, de conformidad con los criterios que al respecto ha sentado la jurisprudencia de la Corporación, se da en aquellos casos en los cuales ¿... la inexequibilidad derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo¿. [53] (Sentencia C-555 de 1994. M. P. doctor Eduardo Cifuentes Muñoz). El fenómeno de este tipo de inconstitucionalidad, ha dicho también la Corte, ¿está ligado, cuando se configura, a una ¿obligación de hacer¿, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta¿ [54] (Sentencia C-188 de 1996 M. P. Fabio Morón Díaz). Y ha señalado además que ¿son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad¿ [55] (Sentencia C-146 de 1998 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Así las cosas, lo que debe determinarse en el presente caso es si la hipótesis de hecho regulada por la norma acusada, esto es la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre por lo menos tres años, es idéntica a la de las parejas homosexuales que han vivido en la misma situación por ese tiempo, de tal manera que se imponía al legislador dar el mismo trato a ambas situaciones, concediendo en los dos supuestos la autorización para adoptar en forma conjunta.

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener la familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.

En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia [56] (V. G. Familia poligámica, poliándrica, poligínica),



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar.

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

### 3.1. Análisis desde los derechos del menor y su protección

Analizado el proyecto desde la perspectiva de la familia, **estudiémoslo desde el enfoque más importante, los derechos del menor y su protección**, habida cuenta que, como ya se ha resaltado, la adopción es precisamente una medida de protección del menor, protección especial conforme lo consagran inclusive los instrumentos internacionales, tales como el Principio 2 y 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1959.

#### 3.2.1 Existencia de Riesgo (Principio de Precaución)

**El interés superior del menor, de protección especial**, es el núcleo de la adopción dada su naturaleza de medida de protección de aquel. O sea, si bien la adopción guarda relación directa con la familia su finalidad no es esta sino la protección del menor.

En este aspecto han de destacarse distintos estudios científicos, según los cuales el crecimiento en el seno de un hogar conformado por parejas del mismo sexo se afecta en relación con aquellos que crecen en hogares conformados por parejas heterosexuales, como se expone a continuación, en el que se detallan los aspectos más importantes de algunos de estos:

1. Doctor Paul Sullins, Department of Sociology, The Catholic University of América, USA. El *British Journal of Education, Society & Behavioural* publicó su investigación titulada: *Emotional Problems among Children with Same-sex Parents: Difference by Definition*. (Problemas Emocionales entre Niños con Padres del mismo sexo: Diferencia por Definición), realizada en una muestra alta de 207.007 niños, con dos grupos de padres: padres del mismo sexo y padres de sexo opuesto, padre y madre, en el que se concluye:

*¿Si bien, hasta la fecha, existe una amplia discusión científica acerca de la evolución de los niños criados por parejas de homosexuales, no es posible sacar conclusiones definitivas al respecto pues en varios de los estudios que apoyan la adopción se ha identificado un alto componente de sesgo y carencia de variables confiables, disciplinadas y rigurosas. Pero a partir del estudio e investigación, sí podemos concluir que estadísticamente en los niños criados por parejas de homosexuales son más frecuentes ciertas conductas o situaciones que en general resultan desfavorables para ellos¿.*

Este estudio confirma lo que ya se había mencionado en otros reportes según los cuales en los niños criados por parejas homosexuales son más frecuentes los problemas psicológicos, y en particular autoestima baja, estrés, inseguridad respecto de su vida futura en pareja y dificultad en tener y criar hijos, trastorno de identidad sexual, rechazo del compañero o compañera del progenitor homosexual como figura materna o paterna y preferencia por vivir con el otro progenitor<sup>1</sup>[1]. Así mismo, se puede concluir que son más habituales los trastornos de conducta como drogodependencia, disfunciones en la conducta alimentaria, fracaso escolar, peores calificaciones y mal comportamiento en clase<sup>2</sup>[2].

**Resumen del contexto del estudio de Paul Sullins: Cuadro N° 1**

Transcripción de textos de la investigación	Referencia
<p>Esta investigación utiliza 1.600.000 casos a partir de la Encuesta Nacional de Salud NHIS de los Estados Unidos, correspondiente a los años 1997-2013, la cual ofrece una bien válida medición sicométrica aplicada a una muestra de 207.007 niños menores de 18 años de edad y de ellos 512 pertenecientes a &lt;familias&gt; de parejas homosexuales &gt;.</p> <p>Objetivo: Establecer riesgos de problemas emocionales de los niños y adolescentes, medidos por pruebas sicométricas y la utilización de profesionales e instituciones de salud mental con las variables que se presentan en el Cuadro N °2.</p> <p>Comentario: Este estudio ofrece importancia por su fuente: NHIS, reconocida internacionalmente como una fuente de alta confiabilidad tanto por las técnicas de muestreo complejo (aleatorio y multietapas, representativo del universo censal) como el uso de entrevista directa, mediciones especializadas en salud física en terreno.</p>	<p>Página 5 anexo.</p> <p>Páginas 5 y 6 N °2, Data and Measures</p>

<b>RESUMEN DE RESULTADOS</b>
<p>¿ La probabilidad de tener problemas emocionales es menor en hijos que conviven con ambos padres biológicos que en aquellos que conviven con un solo padre y resultan ser doblemente prevalente los problemas emocionales en los niños que viven con padres del mismo sexo¿.</p> <p>¿ Inestabilidad familiar y estigmatización son variables que van muy unidas en los niños (hijos) de parejas del mismo sexo.</p> <p>¿ Del total de parejas objeto del presente estudio y dentro de la Encuesta Nacional de Salud NHIS de los Estados Unidos, el Dr. Sullins encontró que la permanencia de convivencia en parejas del mismo sexo en el 90.30% no superó los 2.1 meses de tiempo, luego de la cual decidieron ponerle fin a dicha relación.</p>

1[1] Tasker, F., y Golombok, S. (1995). *Adults raised as children in lesbian families*. American Journal.  
2[2] Bailey, JM. ¿Homosexuality and Mental Illness¿. *Archives of General Psychiatry*. 56.10 (1999): 883-4. Print.



**INFORMACIÓN & SOLUCIONES**

¿ ¿The top four lines of table report on direct measures of emotional problems. On the strengths and difficulties questionnaire children in same-sex families were over twice 2.1 times as likely at 9.3, to be rated above the cutoff for emotional or behavioral difficulties than were children in opposite-sex families, at 4.4¿ (*Los cuatro primeros puestos del reporte sobre la medición de problemas emocionales. En el cuestionario sobre fortalezas y debilidades los niños de familias del mismo sexo tenían más del doble (2.1) veces de probabilidad de tener una calificación por encima del punto de corte para las dificultades emocionales (9.3) que niños de familias de sexo opuesto (4.4)*¿.

○ **(Página 7, N °3 Resultados, tercer párrafo).**

¿ La mejor medida (proxy) de relación biológica bi-parental con los hijos es la pertenencia a una familia nuclear con padres casados entre sí.

¿ Respecto de las estructuras de familia nuclear, el autor señala que el 98% de los hijos de parejas que se declaran legalmente casadas, tienen la posibilidad de vivir con ambos padres biológicos y por tanto de experimentar menores problemas emocionales, por contraste con el 41% de los hijos de parejas del mismo sexo que se declaran en convivencia adoptivas (es decir que tienen por los menos un hijo adoptivo) experimentan dificultades complejas.

¿ Diferencias de inteligencia y personalidad notorias afectan a los niños de parejas del mismo sexo y afectan su armonía familiar.

¿ ¿Que entre parejas lesbianas donde una de las dos es <madre biológica> hay asimetría legal, biológica, cultural respecto del niño, produciendo celos y competencia maternal entre un 72% y 80%¿.

¿ Aun si se legalizaran las uniones homosexuales, la incidencia de problemas emocionales de los niños estará asociada con la relación ausente con los padres biológicos, en detrimento de los niños con padres del mismo sexo que abarca la totalidad de la muestra. Por lo cual acá solamente anotar que se reconoce por defecto que el 98% del total es acertado en esta afirmación. Obsérvese (detalladamente la página 14, Tabla N °5), la cual se titula:

¿*Risk ratio for child emotional problems contrasting same-sex parents with four apposite-sex family structures: two married biological parents, married step-parent family, cohabiting partners, and single parent: NHIS 2001-2013*¿.

¿*Razón de riesgo para problemas emocionales en niños contrastando padres del mismo sexo contra cuatro estructuras familiares de sexo opuesto: matrimonio de los padres biológicos, matrimonio con solo un padre biológico, parejas de hecho y familias uniparentales: NHIS 2001-2013*¿.

A continuación presentamos la metodología y las variables usadas por el doctor Sullins:

Using a representative sample of 207.007 childrens, including 512 with same-sex parents from the U.S. National health Interview survey, prevalence in the two groups was compared for twelve measures of emotional problems, developmental problems, and affiliated service and treatment usage, with controls	Utilizando una muestra representativa de 207.007 niños, incluidos 512 con padres del mismo sexo, de la Encuesta Nacional de Salud de los EE. UU., la prevalencia en los dos grupos (padres heterosexuales y padres del mismo sexo) se
--	---



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

<p>for age, sex, and race of child and parent education and income. Instruments included the strengths and difficulties questionnaire (SDQ) and the Kessler scale of Psychological Distress (SPD). Bivariate logistic regression models tested the effect of parent psychological distress, family instability, child peer stigmatization and biological parentage, both overall and by opposite-sex family structure.</p>	<p>compararon doce medidas de problemas emocionales, problemas de desarrollo, y servicio y uso de tratamiento; con controles por edad, sexo y raza del niño y educación e ingresos de los padres. Los instrumentos incluyeron un cuestionario de fortalezas y dificultades (SDQ, por sus siglas en inglés) y la escala Kessler de trastornos psicológicos (SPD). Con modelos bivariados de regresión logística se testeó el efecto de los padres, inestabilidad familiar, estigmatización de niños por parte de sus compañeros y paternidad biológica, tanto en general como para estructuras familiares del sexo opuesto.</p>
--	--

3. Doctor Mark Regnerus, Department of Sociology and Population Research Center, University of Texas at Austin, *¿How Different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Finding from the New Family Structures Study¿*. (¿Qué tan diferentes son los hijos adultos de parejas del mismo sexo? Hallazgos del estudio de nuevas estructuras familiares) Publicado en *Social Science Research* 41 (2012).

El doctor Regnerus efectúa su investigación con un total de 2.988 jóvenes adultos entre los 18 hasta los 39 años, considerado representativo de la población homosexual de los Estados Unidos, utilizando 40 variables socioeconómicas, sociológicas y de comportamiento entre quienes crecieron en ese ambiente, que arrojaron los siguientes resultados:

- ¿ Sí hay diferencias entre hijos de parejas homosexuales y hogares heterosexuales.
- ¿ Las diferencias se notan más entre hijos de familias heterosexuales que nunca sufrieron ninguna modificación en su composición (no divorcio, no cambio de pareja, o sea, no tuvieron padrastro o madrastra, sino sus padres biológicos) y los hijos de parejas lesbianas.
- ¿ Requieren y requieren mayor ayuda estatal en la infancia.
- ¿ Requieren ayuda estatal actualmente.
- ¿ Presentan menos tasas de empleo y de empleo tiempo completo.
- ¿ Participan menos en las elecciones.
- ¿ Perciben menos logros educativos.
- ¿ Tuvieron alguna forma de acoso sexual por padres o adultos.
- ¿ Alguna vez fueron forzados a tener sexo contra su voluntad.
- ¿ Tienen una percepción negativa sobre su familia de origen.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

- ¿ Reportan problemas en su actual relación de pareja.
- ¿ Tienen una mayor incidencia de consumo de marihuana y tabaco.
- ¿ Tienen una mayor frecuencia de arrestos y conflictos con la ley.
- ¿ Las mujeres han tenido un mayor número de parejas sexuales.

Los hijos de parejas heterosexuales registran tener la mitad o menos de la mitad de varias de las variables anteriores según el mismo autor sintetiza en los cuadros comparativos.

En igual sentido, los estudios de Patricia Martínez de Urcelay, licenciada en Psicología y profesora de Antropología y Personalidad en la Universidad de San Pablo CEU, Madrid, España; y la también profesora Mónica Fontana, profesora de Orientación y Terapia Familiar en la Universidad de San Pablo CEU, Madrid, España, los cuales concluyen que en los niños criados por parejas de homosexuales son más frecuentes el autoestima baja, estrés, inseguridad respecto de vida futura en pareja, trastorno de identidad sexual, rechazo del compañero o compañera del progenitor.

Así, aunque no se desconocen los estudios que concluyen lo contrario, cuyo rigor no se debatirá en esta ponencia a pesar de las voces que los cuestionan, lo cierto es la existencia de estudios científicos, como los enunciados, que señalan las diferencias del desarrollo del menor si este se produce en un hogar de parejas de distinto sexo o en un hogar conformado por parejas del mismo sexo. Visto de otra manera, a pesar de la falta de certeza del daño que se produce hay indicios de posibles efectos perjudiciales que llevan, en aplicación *mutis mutandis* del principio de precaución en materia ambiental y de salud pública, a tomar decisiones para evitar el posible daño, máxime el interés superior de los derechos de los menores y su protección especial. En vista de que la salud y desarrollo de los niños está en riesgo, *¿el principio de precaución indica que no debe permitirse la adopción de menores por parejas homosexuales. El interés superior de los menores implica que los niños no pueden ser objeto de experimentos sociales¿*. (Cfr. Andrés Felipe López, Abogado, especialista en Derecho Administrativo, Máster en Derecho Internacional, candidato a Doctor en Derechos Humanos).

### **3.2.2 Existencia de Demanda de Adopciones Superiores a los Menores en Estado de Adoptabilidad.**

La limitación de la adopción a parejas heterosexuales no pone en riesgo la posibilidad de que los menores en estado de adoptabilidad puedan ser entregados en adopción, dado que el número de familias solicitantes y disponibles es mayor al de los menores en aquel estado, tal como lo expuso la Senadora Viviane Morales en el debate que lideró en la Comisión Primera del Honorable Senado de la República el pasado 12 de agosto. Las siguientes cifras con corte a 31 de marzo, tomadas del Oficio número 2014-148571-0101 de fecha 2015-04-24 remitido por el Subdirector de Adopciones del ICBF a la mencionada Senadora, demuestran lo anterior:



Familias adoptantes solicitantes	Niños en estado de adoptabilidad
9.096*	5.087**

\*Corresponde al número de familias que durante el período 2005-2015 (marzo) han presentado solicitudes de adopción menos las solicitudes con adopción.

\*\*Corresponde al total de menores de edad.

Cabe aquí destacar, entonces, que el bajo porcentaje de adopciones al año, según se menciona en la exposición de motivos, no corresponde a la ausencia de familias con interés en adoptar, sino a retardos por parte del ICBF en adelantar los procedimientos de adopción.

Concluyendo, estudiar la adopción conjunta conlleva a analizar tanto la institución de la familia como los derechos del menor y su protección, partiendo además de la competencia del legislador, y no de la autoridad administrativa a través de conceptos del Ministerio de Salud y Protección Social o del ICBF, para definir el tipo de familia dentro del marco establecido en la Constitución Política. En este orden, el artículo 42 de la norma de normas dispone que la familia se constituye por un hombre y una mujer, por lo que resulta contrario a ella concebir una pareja homosexual como adoptante, para lo cual se requeriría de una reforma a la misma mediante acto legislativo. De otro lado, en virtud del principio de precaución no es posible permitir la adopción conjunta de menores de edad por parejas de ese tipo ante la eventual afectación de su desarrollo y, por ende, de sus derechos, cuya protección es precisamente el fin de la adopción.

Se adjuntan los estudios citados.

#### **Proposición**

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se propone votar negativamente el Proyecto de ley número 032 de 2015 y ordenar su archivo.

Ponente,

**CONSULTAR NOMBRE, FIRMA Y  
DOCUMENTOS ANEXOS EN ORIGINAL  
IMPRESO O EN FORMATO PDF**

---

**“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”**