

Bogotá, 18 de agosto de agosto de 2009

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
E. S. D.

Ref: Intervención ciudadana en el proceso No.D7415
Actor: Luis Eduardo Montoya Medina
Normas demandadas: Artículo 68 numeral 3 de la Ley 1098 y el artículo 2 de la Ley 54 de 1990

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.539 de Usaquén y Nelson Camilo Sánchez León, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.203.155 de Chía, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia y obrando en calidad de ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1º del artículo 242 de la Constitución Política de 1991 (C.P.) y en el artículo 7º del decreto 2067 de 1991, y conforme a lo dispuesto por Auto de fecha 2 de junio de 2009, respetuosamente nos adicionamos nuestra intervención en el proceso de constitucionalidad de la referencia con el propósito de coadyuvar la demanda, con base en los conceptos médicos solicitados por la H. Corte a través de Auto de 5 de mayo de 2009.

Así, la presente intervención tiene como finalidad presentar algunas observaciones sobre los conceptos científicos emitidos por los departamentos de psicología de la Universidad Nacional de Colombia, la Universidad de Los Andes, la Universidad del valle y la Universidad Javeriana. Dichos conceptos fueron solicitados por la H. Corte mediante Auto de 5 de mayo de 2009. Posteriormente, la Corte respondió a una solicitud que le elevamos, en la cual el magistrado ponente nos autorizó a presentar esta ampliación de nuestra intervención con base en la prueba científica presentada.

Nuestra ampliación de la intervención se concentrará en las consecuencias normativas que pueden derivarse de los estudios solicitados por la Corte. El argumento central que a partir de estos estudios sostendremos se resume de la siguiente manera: los conceptos científicos proporcionados al debate constitucional tienden a confirmar que no existe ninguna prueba empírica que demuestre afectación en los menores que crecen en hogares conformados por parejas del mismo sexo. En consecuencia, la regla constitucional adecuada que debe formularse en el presente caso es que mientras no exista un daño cierto y comprobado, no puede ejercerse una restricción de derechos, máxime cuando se trata de la protección de una categoría constitucionalmente sospechosa en materia de igualdad.

Para explicar mejor nuestro argumento reiteraremos algunas de las consideraciones que someramente presentamos en nuestra intervención inicial. En este sentido, en primer lugar, demostraremos que el juicio de igualdad en el presente caso debe ser abordado bajo el modelo de test estricto por tratarse de una categoría constitucionalmente sospechosa. Así, en virtud de este estudio, la norma sería ajustada a la constitución solamente en el caso en que la medida fuera necesaria para alcanzar un propósito imperioso. Por ello, en segundo lugar, analizaremos los dos argumentos que se han avanzado . tanto en la demanda como en las intervenciones públicas y el concepto de la Procuraduría General de la Nación . como justificativos de la restricción: la protección de la familia y el interés superior del menor. En este último argumento es donde concentraremos nuestra intervención, analizándolo a partir de los conceptos científicos solicitados por la Corte. En este punto, nos concentraremos en aportar al debate algunas ideas sobre la función del juez constitucional en la valoración de pruebas empíricas y mostraremos que incluso si la Corte desarrolla un escrutinio judicial menos riguroso, por ejemplo un test intermedio de igualdad, llegaría a la conclusión de que la restricción a la adopción por parejas del mismo sexo es inconstitucional por no tener siquiera un principio de razón suficiente que la sustente.

1. La orientación sexual es un criterio sospechoso que justifica la aplicación de un test estricto de proporcionalidad

Como expusimos en nuestra intervención inicial, la sentencia C-814 de 2001¹ fue en su momento equivocada y su inconveniencia constitucional se hace más clara en vista de los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo. En efecto, en los últimos dos años, la Corte Constitucional ha llevado a cabo un giro jurisprudencial de inmensa trascendencia en materia de los derechos de las personas homosexuales. A través de las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, T-856 de 2007 y C-336 de 2008, la Corte cambió el precedente que durante muchos años mantuvo sobre la materia, y que en lo esencial garantizaba el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (Art. 13 CP) de las personas homosexuales en tanto que individuos, pero sin extender tal protección a las parejas conformadas por estas personas, a pesar de que en estos ámbitos también se dan serias formas de discriminación por razones de la orientación sexual.

Como resaltó Colombia Diversa en su intervención ciudadana en el presente caso, el origen e hito de este cambio de precedente se encuentra en la sentencia C-075 de 2007, en la cual la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la Ley 54 de 1990, en el entendido que el régimen de protección de las uniones maritales

¹ Dicha sentencia declaró exequible la expresión *la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años*, contenida en el Decreto 2737 de 1989 (antiguo Código del Menor).

de hecho allí consagrado a favor de los compañeros permanentes es aplicable a las parejas del mismo sexo. Si bien esta sentencia restringió el alcance de su parte resolutive al régimen de protección de los compañeros permanentes propio de la Ley 54 de 1990, la misma estableció un precedente constitucional nuevo en materia de derechos de las parejas homosexuales aplicable a todos los temas relacionados con estas. En efecto, la sentencia estableció que, si bien pueden existir diferencias entre las parejas heterosexuales y homosexuales, ambos tipos de parejas presentan unos requerimientos análogos de protección. Estos requerimientos derivan, de un lado, de que unas y otras parejas tienen un mismo valor y una misma dignidad que exigen una igual protección, y de otro lado, de que la libre opción sexual se ejercita y tiene efectos en el ámbito de la vida en relación, por lo cual las parejas del mismo sexo demuestran necesidades similares que las parejas heterosexuales para lograr la realización de su proyecto de vida en común.

A partir de la constatación de la existencia de estos requerimientos análogos de protección, la Corte estableció dos subreglas jurisprudenciales de central importancia para el análisis de los casos de discriminación de parejas del mismo sexo. De un lado, la Corte determinó que el tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad, de conformidad con el cual el tratamiento diferenciado se presume discriminatorio y dicha presunción sólo puede desvirtuarse si se prueba que el mismo (i) pretende alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, (ii) es adecuado y necesario para cumplir con ese objetivo, y (iii) es proporcionado, es decir, sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos. De otro lado, la Corte estableció que, en los eventos en los cuales la aplicación del test estricto de proporcionalidad conduce a constatar una ausencia de reconocimiento jurídico de la realidad de las parejas homosexuales y un consecuente vacío legal de protección de las mismas, la situación constituye una violación del deber constitucional de otorgar un mínimo de protección a esas parejas, derivado de los requerimientos análogos de protección.

Las subreglas anteriormente mencionadas han sido reiteradas en cuatro sentencias recientes, que las han aplicado a temas distintos de aquél tratado por la sentencia C-075 de 2007. Así, por ejemplo, la Corte recientemente resumió su línea jurisprudencial de la siguiente manera:

(i) de acuerdo con la Constitución está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales y por lo tanto no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender la protección debida a los distintos grupos sociales y avanzar en la atención de aquellos que se encuentre en situación de marginación; (iv) toda diferencia de trato sólo es constitucionalmente admisible si obedece al principio de razón suficiente. Por lo tanto en cada caso concreto, se debe examinar si la situación

entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales son asimilables, para luego entrar a definir si la diferencia de trato que establece una norma específica es discriminatoria².

Con base en esta línea jurisprudencial, la Corte Constitucional en su sentencia C-029 de 2009 declaró la constitucionalidad condicionada de una serie de normas que establecían un régimen de beneficios o de cargas que tenían como destinatarias a las parejas heterosexuales pero que excluía a las parejas homosexuales. En dicha sentencia la Corte aclaró que:

¶) de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, *está proscrita, y da lugar a un escrutinio estricto, toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas, y que ello se predica no sólo de las personas individualmente consideradas sino también en el ámbito de su relaciones de pareja*, pero, advierte que, al mismo tiempo, no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras+(SUBRAYAS NO ORIGINALES).

Así, conforme a esta línea jurisprudencial, dicho escrutinio estricto debe aplicarse a todo trato diferenciado que se funde en la orientación sexual, independientemente de que se trate o no de un derecho fundamental. En efecto, un trato diferenciado respecto de cualquier carga o beneficio que se funde en la orientación sexual dará lugar al más estricto de los escrutinios. En consecuencia, si al aplicar el test estricto de proporcionalidad la Corte encuentra una ausencia de reconocimiento jurídico de la realidad de las parejas del mismo sexo y un consecuente vacío legal de protección de las mismas, el juzgador constitucional debe intervenir en virtud de los requerimientos análogos de protección constitucionalmente consagrados.

Con este criterio, la Corte Constitucional ha aplicado test estricto de proporcionalidad en varios casos en que las diferenciaciones basadas en la orientación sexual no se referían a presuntas limitaciones a derechos fundamentales. Por ejemplo, en la reciente sentencia C-029 de 2009 la Corte hizo uso del test de escrutinio estricto para declarar la constitucionalidad condicionada de un número de normas que no se referían a derechos fundamentales. Entre ellas algunas referidas a: derechos de carácter migratorio, el subsidio familiar en servicios, el subsidio familiar para vivienda, el acceso a la propiedad en la tierra, los límites al acceso y ejercicio de la función pública y celebración de contratos estatales³.

² Corte Constitucional, Comunicado de Prensa 01, 20 de enero de 2009 (Exp. D-7290, - Sentencia C-029/09. M.P.: Rodrigo escobar Gil.

³ Corte Constitucional, Comunicado de Prensa 01, 20 de enero de 2009 (Exp. D-7290, - Sentencia C-029/09. M.P.: Rodrigo escobar Gil.

Así, independientemente de la materia sobre la que se trate el caso, la Corte ha sostenido que la regla constitucional que debe aplicarse se sustenta en el uso del criterio sospecho, que para el caso concreto es la orientación sexual. En este sentido, resulta claro que la sentencia C-814 de 2001 no acogió este postulado al considerar erradamente que como la adopción no era un derecho fundamental, el test de escrutinio aplicable debería ser menos estricto.

Por estas consideraciones disentimos del criterio avanzado por la Procuraduría General de la Nación el cual se sustenta en el argumento según el cual los precedentes antes citados no se relacionan directamente con el concepto de familia, el cual sería el criterio determinante en este caso. Por el contrario, por los motivos expuestos, apoyamos la interpretación promovida por la demanda y ahondada por las intervenciones de Colombia Diversa y la Comisión Colombiana de Juristas en cuanto a la pertinencia de la aplicación de un test estricto de proporcionalidad en este caso.

Ahora bien, la Corte también ha reconocido que es al legislador a quien corresponde definir las medidas necesarias para atender la protección debida a los distintos grupos sociales y avanzar en la atención de aquellos que se encuentren en situación de marginación, toda diferencia de trato sólo es constitucionalmente admisible si obedece al principio de razón suficiente. En ese sentido, la Corte sostuvo en la Sentencia C-029 de 2009 que:

En particular, el mandato de protección integral de la familia y la definición de esta institución como núcleo fundamental de la sociedad, pueden dar lugar a previsiones legislativas que atiendan a esa particular realidad, y que, en la medida en que, como respuesta a un imperativo constitucional, se orienten a la protección de ese núcleo esencial de la sociedad, no pueden considerarse como discriminatorias por no incluir en ellas situaciones que no encajan en el concepto constitucional de familia+.

Esta formulación sugeriría entonces que en cuestiones relacionadas con diferenciaciones basadas en el concepto de familia un test menos estricto podría ser usado. En cualquier caso, aun admitiendo que el test intermedio podría ser aplicado en materia de adopción, en su aplicación se constata que el trato diferenciado es inconstitucional, pues la limitación no es proporcionada ni adecuada para alcanzar un fin constitucional al menos importante. En primer lugar, no es adecuada, pues parte de la base de un entendimiento errado del concepto de familia reconocido por la Constitución. Es decir, el supuesto fin imperioso o importante que se busca proteger con la limitación no es legítimo o suficiente. Y, en segundo lugar, es desproporcionado, pues no existe evidencia que indique que permitir la adopción por parte de parejas homosexuales crea un riesgo a las familias, especialmente a las familias conformadas por parejas heterosexuales.

2. La adopción por parte de parejas del mismo sexo no vulnera la obligación constitucional de protección a la familia

Conforme a lo expuesto, todo tratamiento diferenciado que se base en la orientación sexual se presume discriminatorio y dicha presunción sólo puede desvirtuarse si se prueba que el mismo (i) pretende alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, (ii) es adecuado y necesario para cumplir con ese objetivo, y (iii) es proporcionado, es decir, sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos.

En el debate constitucional del presente caso tanto el demandante, como los intervinientes y la Procuraduría General de la Nación, han señalado dos argumentos que podrían considerarse como parte de ese objetivo imperioso del que trata el primer paso del test de proporcionalidad: la protección de la familia y el interés superior del menor. En el presente apartado nos referiremos al primero de ellos, y en seguida trataremos el segundo argumento a la luz de la prueba científica allegada ante la Corte.

Así, el concepto del Procurador General de la Nación sostiene que el eje de la línea jurisprudencial de la Corte en la materia ha sido el criterio de la *diferenciación sexual* para determinar la constitución de la familia (Sentencias C-098 de 1996 y C-814 de 2001). Así, la familia que protegería la Carta Política es la familia *monogámica y heterosexual*, lo cual en cualquier caso no sería razón excluyente para que la Corte reconozca derechos a las parejas convivientes del mismo sexo. Y en términos del presente caso la diferenciación entre las expectativas de adopción de parejas heterosexuales y homosexuales estaría adecuada a la Constitución en el sentido en que la adopción está íntimamente relacionada con la conformación de esa familia *monogámica y heterosexual* que protege la Constitución Política.

El Procurador General de la Nación reconoce en su concepto que el concepto de familia tal y como está instituido en el artículo 42 de la Constitución puede dar lugar a distintas interpretaciones, pero concluye que la interpretación adecuada de este precepto constitucional es el de la protección exclusiva de la familia *monogámica y heterosexual*, especialmente con base en un criterio de interpretación histórica.

Los intervinientes no compartimos esta posición; más bien apoyamos los argumentos presentados por la Comisión Colombiana de Juristas y por Colombia Diversa sobre la interpretación del artículo 42 de la Constitución. Nuestro planteamiento se basa en dos argumentos esenciales: (i) la interpretación propuesta no tiene en cuenta los límites del criterio histórico; máxime cuando el uso del criterio histórico subjetivo contraría la interpretación literal de la norma; una interpretación sistemática y una interpretación finalística-valorativa de los postulados constitucionales y (ii) la ausencia de vulneración o amenaza para la familia heterosexual presuntamente causada por la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo.

2.1 El indebido uso del criterio histórico subjetivo en la Sentencia C-814 de 2001 en la interpretación del artículo 42 C.P.

Como fue expuesto en la demanda y explicado ampliamente en el concepto del Procurador General de la Nación, la sentencia C-814 de 2001 declaró exequible la expresión *“la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”*, contenida en el numeral 2º del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor). Para llegar a esta conclusión, la Corte tuvo en cuenta varios métodos de interpretación, llegando a las siguientes conclusiones:

(i) Con base en una interpretación literal del inciso primero de la Carta Política, puede razonablemente afirmarse que la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. Pues a 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”*.

(ii) Acogiendo una interpretación histórica del inciso primero del artículo 42 constitucional, también se puede razonablemente afirmar que la familia protegida por la Constitución es *“la monogámica y heterosexual”*. Ello se demuestra con la exposición de motivos de la ponencia para primer debate que fue presentada en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente. En ésta se hace uso de la expresión *“o por la voluntad responsable de constituir [la familia], en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos”*.

(iii) En este sentido, la interpretación aislada de la frase *“o por la voluntad responsable de conformarla”*, debe excluirse porque siempre se entendió referida al presupuesto de la unión entre *“un hombre y una mujer”*.

(iv) Así, la expresión *“por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”* ha de interpretarse con base en el querer del Constituyente, el cual fue expresado por la ponencia de primer debate ante la Asamblea Nacional Constituyente. De hecho, en ésta se afirmó que *“una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución, la realidad en la que vive más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre las uniones maritales de hecho y [el] régimen patrimonial entre los compañeros permanentes”*, con lo cual, se expresó *“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”*.

(v) Así las cosas, de la discusión sobre la regulación de la familia en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente no puede inferirse que existiera la misma

intención de proteger como familia a otras formas de unión como pudieran serlo la conformada por parejas homosexuales, o las que emanan de las relaciones poligámicas o poliándricas+.

(v) En consecuencia, la protección especial de la familia comprende a las 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 conforma la familia, se vincula a la familia heterosexual+.

Si bien la anterior interpretación parece razonable, es equivocada, pues atribuye una fuerza exagerada a un hecho ambiguo del proceso constituyente, con lo cual llega a una conclusión que no sólo contradice el propio tenor literal del artículo 42 de la Carta sino los valores, principios y derechos de la Constitución, así como la dinámica evolutiva que la propia Carta confirió al entendimiento de los derechos fundamentales. Veámoslo.

Para mostrar lo anterior, es necesario tener en cuenta que el llamado criterio histórico tiene a nivel de la interpretación jurídica un alcance limitado, no sólo porque corre el riesgo de petrificar el significado de la Constitución sino además, y sobre todo, por cuanto nunca es fácil determinar con claridad cuáles fueron las razones por las cuales un determinado artículo fue incorporado a la Constitución, y menos aún precisar las razones por las cuales una propuesta de reforma no fue aprobada. Eso ha sido reconocido en general por alguna de la doctrina más autorizada sobre el tema⁴, que considera que los criterios histórico subjetivos representan una metodología interpretativa inapropiada porque es muy difícil establecer la voluntad o los propósitos de cuerpos plurales, como los congresos o las asambleas constituyentes, y que por ello es necesario atenerse a los textos que efectivamente fueron aprobados y no intentar determinar el espíritu de las normas o presuntas intenciones de esos cuerpos plurales. Y esto es válido no sólo frente a las normas aprobadas sino también frente a los silencios constitucionales o a los rechazos de propuestas específicas debatidas en esas asambleas.

Esas objeciones son sin lugar a dudas serias, lo cual explica que incluso ciertos ordenamientos jurídicos, como el inglés, hayan prohibido durante mucho tiempo que los jueces recurrieran a los antecedentes de las leyes para intentar determinar su significado. Igualmente, esta Corte ha también señalado que no se deben extraer conclusiones indebidas del examen de los debates constituyentes y que debe entonces predominar una interpretación sistemática y finalista del texto constitucional, tal y como éste fue aprobado, y no recurrir a hipotéticas intenciones de la Asamblea Constituyente. Al respecto, esta Corporación sostuvo en alguna oportunidad:

⁴ Al respecto véase las observaciones de Chaim Perelman en *La lógica jurídica y la nueva retórica* (tr. de Luis Díez-Picazo), Madrid: Civitas, 1979, p. 55. En materia constitucional, ver Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia* (tr. de Claudia Ferrari), Barcelona: Gedisa, 1992

"Finalmente, vale la pena anotar que el hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente haya desechado una propuesta del gobierno que ponía en manos de los jueces la adopción de las medidas de aseguramiento, no respalda una interpretación dirigida a negar toda intervención de los jueces de la República en la fase investigativa; más que la intención del autor de la Carta, cuenta en este caso la que se extrae del propio texto constitucional, que se encauza en sentido contrario al que favorecen las consecuencias que, sin mayor rigor, se quiere derivar de la voluntad del constituyente⁵."

Con lo anterior no estamos desechando el criterio histórico subjetivo, que puede ser útil para determinados debates hermenéuticos y que ha sido usado por la Corte en ciertas ocasiones, en especial para optar entre interpretaciones diversas que surgían del examen literal, sistemático y teleológico de las disposiciones constitucionales. Lo que creemos es que no se puede atribuir a un hecho equívoco y ambiguo, como es la aprobación por la Asamblea Constituyente de una propuesta de incluir dentro del concepto de familia la protección de parejas heterosexuales no vinculadas por matrimonio, la conclusión de que esta propuesta excluía de protección de las parejas del mismo sexo. El hecho de que no se hubiera incluido una protección específica a las familias conformadas con base en parejas del mismo sexo no indica que esta posición haya sido rechazada. La interpretación más razonable de este hecho sería que los constituyentes reconocieron un hecho social . la existencia de familias conformadas con base en parejas heterosexuales . y lo reconocieron y protegieron. Pero este hecho no puede interpretarse como una exclusión o rechazo de otras formas de conformar familia. Y así, precisamente, lo entendió el constituyente al reconocer otros tipos de familia en el propio texto constitucional. Veamos.

2.1.1 La Constitución reconoce y protege distintas formas de familia y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La interpretación histórica acogida por la sentencia C-841 de 2001 va contra el tenor literal inequívoco de la norma aprobada por la propia Asamblea Constituyente en la cual claramente se reconocen tipos de familia distintos a la familia fundada en el matrimonio y en la unión de hecho entre parejas heterosexuales. Evidencia de ello es la interpretación armonizante sobre la materia que ha sido repetidamente acogida por la Corte Constitucional. Como fue señalado en extenso por Colombia Diversa en su intervención ciudadana, la Corte Constitucional en distintos fallos ha reconocido la existencia de tipos de familia diferentes a la familia formada por una pareja monogámica y heterosexual. Y, además del reconocimiento, la Corte ha señalado la obligación constitucional de protección de estos tipos de familias.

Uno de estos tipos de familia reconocido y protegido por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional es aquella conformada por madre o padre cabeza de

⁵Corte Constitucional. Sentencia C-395/94. MP Carlos Gaviria Díaz.

familia⁶. De hecho, el propio artículo 43 de la constitución consagra una especial protección para la «mujer cabeza de familia». ¿Cómo podría armonizarse entonces una interpretación del artículo 42 que reconozca exclusiva protección de la familia fundada en la pareja heterosexual con esta protección especial del artículo 43? La respuesta no parece evidente. Por el contrario, lo que se impone es una interpretación más amplia del concepto de familia.

Así las cosas, la única interpretación que cabría en este caso es aquella fundada en el entendimiento de que el artículo 42 de la Constitución Política admite regulaciones distintas a los diversos tipos de familia, siendo una de ellas la protección especial a las familias fundadas en uniones de parejas heterosexuales y madres cabeza de familia. No obstante, ello no quiere decir que la Constitución desconozca o desproteja otros tipos de familia, lo cual incluye, obviamente a las familias fundadas en parejas del mismo sexo, las cuales ostentan un mínimo de igualdad, tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional citada al inicio de la presente intervención.

2.1.2 La Constitución reconoce distintos tipos de familia con base en los principios de pluralismo, autonomía, igual dignidad y libre desarrollo de la personalidad

Este tenor literal y sistemático además armoniza con un entendimiento teleológico, evolutivo, acorde con los principios constitucionales de pluralismo, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, así como con el derecho internacional de los derechos humanos. Además, es una visión más comprensiva de la realidad social imperante sobre las relaciones familiares y la protección de los distintos tipos de familia.

De hecho, la Corte Constitucional ha aplicado ya este criterio teleológico y evolutivo al reconocer y proteger otros tipos de familia. Por ejemplo, aquella familia conformada por un solo padre o madre adoptante con un hijo adoptado⁷. De hecho, la norma demanda reconoce y protege este tipo de unión familiar al establecer que podrán adoptar las personas solteras. Otro tipo de familia reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional es aquella conocida como la «familia de crianza»⁸, entre las cuales se ha protegido a la familia conformada por nietos y abuelos, y por integrantes sin vínculos biológicos.

Así pues, la interpretación del artículo 42 que sugiere que la única familia reconocida y protegida por la constitución es aquella fundada en la unión de la pareja heterosexual contradice no sólo el texto constitucional, sino además la realidad social y cultural del país. Es por ello que consideramos que esta es una

⁶ Ver, por ejemplo, Sentencia C-184 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda y Sentencia T-290 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁷ Cfr. Sentencia T-090 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Ver, entre otras, las Sentencias T-495 de 1997, T-592 de 1997, T-292 de 2004 y C-1026 de 2004, referenciadas en detalle en la intervención ciudadana presentada por la Organización Colombia Diversa en el presente caso.

buena oportunidad para que la H. Corte adopte una interpretación del artículo 42 que esté más acorde con un entendimiento sistemático, teleológico, evolutivo y acorde al derecho internacional de los derechos humanos sobre las relaciones familiares y la protección de los distintos tipos de familia.

Además, esta interpretación integra los valores y fines constitucionales de pluralismo, el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos de vida (CP arts 1º, 13 y 16). En ese sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que existe una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad *"cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano"*⁹. En tal sentido, restringir la posibilidad de alcanzar un proyecto de vida familiar con base en una interpretación restrictiva del artículo 42 contraviene este derecho.

Al respecto, la Corte ha sostenido que las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho. Según la Corte *"de allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo (CP art. 7º) y el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16º), ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral"*¹⁰.

Así, la interpretación restrictiva del artículo 42 afecta no sólo el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las parejas del mismo sexo (CP art. 16) sino que además desconoce el pluralismo que la Carta ordena proteger (CP art. 7º). En efecto, y tal y como la Corte ha señalado con claridad, algunas manifestaciones de diversidad se encuentran amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo, por lo cual son *"insuprimibles por la voluntad democrática"*, y entre ellas se encuentra sin lugar a dudas la opción por una preferencia sexual, que al ser una decisión soberana del individuo, *"no concierne al Estado, que ha de permanecer neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social"*¹¹.

Así las cosas, existen argumentos de interpretación literal, sistemática y finalística que contradicen ampliamente el modelo argumentativo propuesto por la Procuraduría, el cual se basa en un ambiguo criterio histórico subjetivo de interpretación. En consecuencia, como hemos demostrado, se pone en entre dicho la legitimidad o suficiencia del objetivo constitucional que justificaría la restricción

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

realizada por el legislador. En efecto, si el concepto de familia es interpretado de la manera armonizante como se ha propuesto en esta y en otras intervenciones ciudadanas, no parece existir un objetivo constitucional legítimo para negar la adopción a parejas del mismo sexo. En este sentido, la restricción no sobrepasa ese primer paso del test de razonabilidad que ha establecido la Corte Constitucional, el cual es un requisito en todos los grados de escrutinio, desde el más estricto hasta el más suave. Ahora bien, esta conclusión se fortalece al demostrarse que no existe evidencia que la adopción de menores por parte de parejas homosexuales atenten o amenacen la institución de la familia, y mucho menos a las familias basadas en parejas heterosexuales.

2.2 No existe evidencia que demuestre que la adopción por parte de parejas del mismo sexo amenaza o vulnera la institución de la familia

Ahora bien, como hemos señalado repetidamente, un trato diferenciado basado en la orientación sexual tiene además que demostrar que es adecuado y necesario para cumplir con un propósito constitucional imperioso. En este caso, el fundamento razonable y objetivo para justificar un trato diferenciado y negar de esta manera ese mínimo de protección al que tienen derecho las parejas del mismo sexo en virtud de los requerimientos análogos de protección, debería estar directamente relacionado con la vulneración o la amenaza cierta y clara de una posible vulneración a la familia. Como argumentaremos con mayor detalle más adelante, una limitación a un derecho fundamental (el imperativo de igualdad, en este caso) sólo se justifica frente a un riesgo comprobado de vulneración de otro principio constitucional de entidad similar.

Siguiendo esta regla constitucional el paso a seguir es analizar si la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo produce una vulneración cierta y constatable a la familia heterosexual, o al menos, una amenaza razonable de vulneración. La respuesta a este cuestionamiento es negativa. No existe evidencia que sugiera que permitir la adopción y, a partir de ello proteger un mínimo de igualdad a las parejas del mismo sexo, se presente una vulneración o amenaza a la entidad familiar.

De hecho, la Corte Constitucional ya se ha referido en este sentido en materias similares. Así, en la sentencia C-811 de 2007, al referirse a una norma cuyo alcance se encontraba determinado por la protección especial de la familia, la Corte hizo un análisis agudo de esta protección como objetivo buscado por la exclusión de las parejas del mismo sexo, y concluyó que esta no era necesaria para lograr ese propósito, que podía lograrse perfectamente con la inclusión de las parejas del mismo sexo, inclusión que en nada reduciría la protección acordada a las familias y parejas heterosexuales. Así, dijo la Corte:

*%a exclusión de la pareja del mismo sexo del sistema de salud tampoco es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la indefectible desprotección del núcleo familiar. **La Sala considera que la detección del déficit de protección que afecta a las***

parejas del mismo sexo no necesariamente implica la reducción de beneficios a la célula familiar, ni la disminución de los niveles de atención a los miembros de la pareja heterosexual, por lo que no existe justificación alguna para señalar que una medida como la que ahora se impone involucre afectación de la protección que la Constitución ofrece en esta materia+ (negrita nuestra).

De esa manera, la Corte afinó su jurisprudencia anterior, en la cual había considerado a la protección de la familia heterosexual como una justificación razonable y objetiva para excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados a parejas heterosexuales. Tal interpretación debe entonces ser mantenida para el caso *sub judice*.

3. La evidencia científica existente y el uso de ésta por parte del juez constitucional

El caso en consideración presenta importantes retos sobre la prueba existente en el mundo científico de la actualidad. Dada la complejidad del asunto, la Corte Constitucional solicitó a un grupo de facultades de psicología que presentaran conceptos de carácter científico, especialmente psicológicos, con respecto al efecto que podría tener sobre los menores el hecho de ser adoptados y convivir con parejas de un mismo sexo+. Varias universidades contestaron al llamado de la Corte y aportaron un balance del estado del arte en el campo psicológico sobre la materia. Estos conceptos apoyan información antes presentada por distintos intervinientes, principalmente Colombia Diversa, con base en la cual se indica que la comunidad científica internacional ha llegado mayoritariamente a la conclusión que la orientación sexual de los padres no influye negativamente en el desarrollo de los hijos.

Ahora bien, como se verá más adelante, los conceptos se nutren de la opinión de la comunidad científica tanto mayoritaria como más reconocida a nivel mundial en la materia. No obstante, los conceptos reconocen que sobre el tema se han presentado algunos debates, cambios de paradigma, y que hoy día subsisten posiciones minoritarias divergentes. Esta situación, a nuestro juicio, requiere la Corte Constitucional avance hacia un criterio de interpretación constitucional que permita valorar de la mejor manera aspectos de prueba empírica como estos.

Para desarrollar este punto dividiremos nuestro argumento en tres partes. En primer lugar, presentaremos de manera rápida las principales conclusiones de los conceptos sometidos a juicio de la Corte. En segundo lugar, analizaremos la forma en la que la Corte se ha acercado a conceptos científicos en el pasado en el pasado y a partir de allí cómo podría decidir en el caso concreto. En tercer lugar, presentaremos las conclusiones de este modelo de interpretación que proponemos al caso concreto, con lo cual demostraremos que en este caso no puede haber lugar a restricción de derechos y, por tanto, no se justifica la exclusión de las parejas del mismo sexo a la adopción.

3.1 Los postulados principales de los conceptos científicos

Los conceptos aportados a la Corte convergen en un principio fundamental: el hecho de que los resultados de la investigación existente que compara padres gays y lesbianas con padres heterosexuales confirman que los estereotipos comunes no están soportados por la investigación científica.

En este sentido, por ejemplo, el estudio sometido por el Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes cita un concepto emitido por el Consejo de representantes de la *American Psychological Association* (APA), expresado en su Resolución sobre Orientación Sexual, Padres y Niño-as, en la cual se sostiene que no existe evidencia de que la efectividad parental esté relacionada con la orientación sexual de los padres: las parejas de padres lesbianas y gays, al igual que las heterosexuales, proveen ambientes saludables y de soporte a sus niños-as¹².

En consecuencia, el concepto concluye que la orientación sexual *per se* no constituye una condición que determine o explique diferencias en el desarrollo psicológico de lo-as hijos de parejas homosexuales+. Así a juicio del Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes, que los retos en el bienestar y la calidad del desarrollo psicológico de los hijos se encuentran distribuidos por igual entre las personas con orientaciones sexuales diferentes en la población.

En apoyo a estas conclusiones, el concepto presentado por el Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia, sostiene que la sociedad actual tiende cada vez más hacia un modelo de paridad entre las funciones de cuidado y proveeduría económica independiente del sexo en la familia actual. Por ello, tanto la maternidad como la paternidad pueden ser asumidas independientemente de la orientación sexual y de la composición familiar. Ello se ve reflejado, a su vez, en diversos tipos de función parental: menores a cargo de integrante de la pareja sexual, menores a cargo de la pareja sexual o familiares que quedan a cargo de la custodia temporal o permanente de hijas o hijos.

En concordancia, los estudios sobre psicología y homoparentalidad citados por el concepto de la Universidad Nacional concluyen que la dinámica familiar de las parejas homosexuales incluso ofrece un modelo más igualitario en el aprendizaje de los roles de género que la dinámica familiar de parejas heterosexuales con menores a cargo. De acuerdo con estos estudios las hijas o hijos de padres gay o madres lesbianas están más preparados para asumir la flexibilidad en los roles de género que exige la sociedad actual, así como las futuras funciones parentales y deciden optar por ellas+.

¹² La Cita original es la siguiente: *Resolution on Sexual Orientation, Parents, and Children*. Adopted by the APA Council of Representatives, July 2004. <http://www.apa.org/pi/lgbc/policy/parentschildren.pdf>.

Ahora bien, en su intervención ciudadana, la Organización Colombia Diversa presentó tres tipos comunes de estereotipos o temores sociales relacionados con la crianza de menores por parte de padres homosexuales. Los conceptos científicos presentados por las universidades son igualmente convergentes en señalar que de acuerdo con la literatura científica disponible, los tres son infundados. Veamos.

Según Colombia Diversa, el primero de estos temores es que el desarrollo e identidad sexual del menor se vea afectado de forma negativa. Es decir, que los niños criados por gays y lesbianas muestren %castornos en su identidad sexual o en su rol sexual+, o como se ha sugerido %e vuelvan gays y lesbianas también+.

Al respecto, el concepto presentado por la Universidad de Los Andes concluye que %a investigación empírica de alta calidad muestra que los hijos de las parejas lesbianas, gays y bisexuales no solo no presentan déficits en el desarrollo, sino que su identidad sexual es mayoritariamente heterosexual+. En ese sentido, el estudio determina que los retos de la familia contemporánea de cara al desarrollo de una identidad acorde con los tiempos, implican que los padres desarrollen roles de género parentales mucho menos estereotipados y diferenciados según el modelo binario de género, el cual a todas luces está mostrando desfases culturales importantes.

De hecho, el estudio de esta Universidad no encontró consecuencias negativas en los tres aspectos relacionales: la identidad de género, el rol de género y la orientación sexual. En primer lugar, los estudios adelantados en niños con un rango de edad entre 5 y 14 años criados por parejas de mujeres lesbianas han mostrado que %el desarrollo de la identidad de género sigue el patrón esperado+. En segundo lugar se señaló que un importante número de estudios han reportado que %el rol de género y los roles sexuales de lo-as hijo-as de madres lesbianas se mantienen dentro de los límites convencionales típicos+. Tampoco se encuentran diferencias en las preferencias de juguetes, actividades, intereses o elecciones ocupacionales entre los hijos de las diferentes tipos de parejas. Finalmente, se adujo que en todos los estudios incluidos en el estado del arte, la mayoría de los hijos de parejas lesbianas y gays se describen a sí mismos como heterosexuales. Así las cosas, %omada en conjunto, la literatura no sugiere tasas elevadas de homosexualidad entre los hijos de las parejas del mismo sexo+.

Una segunda categoría de temores involucra aspectos del desarrollo personal del niño además de su identidad sexual. Según lo expuesto por Colombia Diversa, algunas cortes han expresado miedo por que los niños en custodia de gays y lesbianas sean más vulnerables a enfermedades mentales, exhiban mayores dificultades de adaptación y problemas del comportamiento y sean %menos sanos+ psicológicamente que otros niños.

Sobre la materia, el concepto presentado por la Universidad de los Andes resaltó que la homosexualidad no constituye un factor que explique diferencias psicosociales entre las personas. En ese sentido, la el concepto remitido por la

Universidad Nacional de Colombia sugiere que los estudios sobre roles de género y bienestar psicológico muestran que la convivencia de menores de edad con parejas de mismo sexo produce efectos positivos en el aprendizaje de la identidad sexual aceptando la homosexualidad de sus padres o madres y desarrollando un ajuste psicosocial adecuado en todos los escenarios de socialización de la vida cotidiana: familia, escolarización y uso del tiempo libre+.

Finalmente, una tercera categoría es que los hijos de gays y lesbianas pueden experimentar dificultades en sus relaciones sociales. Por ejemplo, los jueces han expresado repetidamente su preocupación por los niños que viviendo con madres lesbianas o padres gay, puedan ser estigmatizados, maltratados o victimizados por sus pares. Otra preocupación frecuente es que los niños viviendo con padres gays o lesbianas sean propensos a ser víctimas de abuso sexual por su padre o amigos de sus padres. A continuación se resolverá cada uno de estos temores.

En este sentido, el concepto de la Universidad Nacional fue enfático al afirmar que los riesgos en el ajuste psicosocial para hijas e hijos de parejas del mismo sexo no están asociados a la condición homosexual de sus padres o madres, sino al estigma que la sociedad hace caer sobre ella. A partir del vínculo afectivo primario en los cuatro primeros años de vida las niñas y los niños aprenden a aceptar la homosexualidad de sus padres y madres, si lo ven como cuidadoras y cuidadores responsables y comprometidos con la crianza. Para la Psicología Social la protección del estado y las legislaciones antidiscriminación contribuyen a cambiar estigmas en función del género, la etnia y la opción sexual, en este caso.

La síntesis precedente muestra que la opinión mayoritaria de la comunidad científica es que la presencia de padres del mismo sexo no afecta de manera negativa el desarrollo del menor, por lo que no habría, conforme a la mayor parte de los conceptos, sustento para sostener que la adopción por parte de parejas del mismo sexo afecta el interés superior del menor. Con todo, es cierto que existen algunos estudios muy minoritarios que sostienen que en ciertos casos dicha adopción podría tener algún impacto negativo. La obvia pregunta que surge es la siguiente: ¿Cuál debe ser la actitud del juez constitucional dada esa posible controversia científica, en donde hay una tesis claramente dominante pero algunas opiniones discrepantes respetables? Ese es el punto que procedemos a abordar.

3.2 La intervención del juez constitucional en casos de controversia científica

Esta no es la primera vez en que la Corte Constitucional debe decidir sobre un caso en el que existe controversia científica respecto de la materia de la que se requiere un pronunciamiento del juez constitucional. Así, en casos similares la Corte ha sido consciente que uno de los principios básicos de la ciencia, por ejemplo la ciencia médica, es el principio de utilidad que supone el desarrollo de la experimentación y la investigación científicas en este campo con miras al perfeccionamiento de las técnicas médicas. La experimentación constante y los avances médicos y científicos,

en general, hacen que muchos campos del conocimiento no permitan una certeza generalizada en diversas cuestiones. Incluso, en muchos casos, el desarrollo sólo se encuentra a través del desafío de paradigmas consolidados en un determinado campo o ciencia. Igualmente, la investigación científica por su propia naturaleza da lugar a desacuerdos, a teorías que entran en tensión y a distintas formas de analizar realidades.

Frente a esta realidad científica podría argumentarse que los jueces constitucionales deben apartarse por completo de estos debates, pues no tendrían condiciones para entrometerse en una controversia de la ciencia, al no tener mucho lugar para decir cuando no existe certeza científica. Sin embargo, la Corte Constitucional se ha apartado de esta posición, pues cuando existe la posibilidad de un daño eventual e injustificado de derechos fundamentales se suscitan debates constitucionales que corresponde al juez analizar y decidir. En esos casos, la Corte ha buscado hacer lo posible por establecer un puente de comunicación entre el derecho, la ciencia y la academia, a fin de lograr la mejor decisión judicial posible para casos susceptibles de afectar derechos fundamentales, especialmente cuando se trata de menores¹³.

En efecto, en un caso en que se debatía la posible vulneración de derechos fundamentales mediante una intervención quirúrgica a un menor hermafrodita, la Corte señaló:

Así, es cierto que en principio deben evitarse al máximo las interferencias jurídicas y estatales en las discusiones científicas y en la evolución de la técnica, las cuales deben ser lo más libres posible, no sólo para amparar la libertad de pensamiento sino también para potenciar la propia eficacia de las investigaciones científicas y estimular así el progreso del conocimiento (CP arts 20, 70 y 71). Sin embargo, en la medida en que las investigaciones biológicas y las prácticas médicas recaen sobre seres vivos, y en especial sobre personas, es obvio que si bien pueden ser benéficas para el paciente, también pueden ser dañinas y deben por ende estar sometidas a controles para proteger la inviolabilidad y la dignidad de las personas. Además, después de la Segunda Guerra Mundial, y en especial de Auschwitz, la ciencia en general, y la ciencia médica en particular, no pueden ser consideradas impermeables a la ética ni al derecho, como lo muestra la propia expedición, por el Tribunal de Nuremberg, del llamado Código de Nuremberg, que establece una reglas mínimas aplicables en toda investigación sobre seres humanos¹⁴.

Así las cosas, una primera conclusión en este análisis es la legitimidad del juez constitucional para decidir sobre materias que amenacen con la vulneración de derechos fundamentales, aun cuando esta posible vulneración se derive de un tema que presente controversia científica. Aplicado al caso concreto diríamos entonces que la prueba científica recibida por la Corte constituye un importante elemento para la decisión del juez constitucional en cuanto a la respuesta a la pregunta de si existe un riesgo de afectación de los derechos fundamentales de los menores que pudieran

¹³Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

ser adoptados por parejas del mismo sexo, y si de acuerdo con la evidencia científica existente, dicho riesgo tiene la certeza suficiente para ameritar una limitación a un derecho en cabeza de quienes pretender ejercer como adoptantes.

Ahora bien, si aceptamos tanto la importancia como las limitaciones del uso de la evidencia científica para la resolución de asuntos de entidad constitucional, debemos adentrarnos entonces en el debate sobre cuál debería ser el estándar de uso de esta prueba empírica en el debate constitucional. Máxime cuando el legislador ha adoptado una posición en la que podría decirse que ha tomado una posición política o ética por una u otra teoría.

Respecto de esta materia, la Corte Constitucional también ha tenido oportunidad de hacer algunas apreciaciones. Así, en un caso en el que se presentaba una controversia respecto de estudios económicos en materia de desempleo, la Corte Constitucional estableció que, por regla general, %debido a las discrepancias, es natural que el juez constitucional sea deferente con la opción tomada en el debate democrático, y por ello en principio debe aceptar los argumentos económicos propuestos en las estrategias para combatir el desempleo adoptadas por el Congreso, salvo que éstos sean manifiestamente irrazonables+¹⁵.

Sin embargo, la Corte estableció que esta libertad del legislador puede verse reducida en determinados casos. En la materia que se decidía en aquella sentencia, por ejemplo, la Corte sostuvo que

%Como se trata de medidas regresivas en la protección de un derecho social, la deferencia del juez constitucional frente al Legislador se ve reducida y el control debe ser más estricto que frente a una política económica cualquiera. De no ser así, la prohibición *prima facie* de retroceso en la protección de los derechos laborales carecería de verdadera eficacia jurídica+¹⁶.

En consecuencia, la Corte encontró que en casos como estos, a pesar de la deferencia hacia el debate democrático, es necesario que el juez constitucional ejerza un control para verificar el cumplimiento de al menos tres requisitos:

%(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo+¹⁷.

Así las cosas, una segunda conclusión es que en el constitucionalismo colombiano el legislador tiene un marco amplio de configuración legislativa en cuanto a la

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

valoración de las opciones políticas que resulten de estudios empíricos. Sin embargo, esa libertad del debate democrático se puede ver limitada en algunos casos por otros principios constitucionales. Cuando esto ocurre es dado al juez constitucional establecer el grado de razonabilidad del uso de esa prueba empírica usada por el legislador. Debe existir entonces una proporcionalidad entre las opciones sugeridas por dicha prueba y la afectación de derechos en el caso concreto. De lo contrario el juez constitucional estaría facultado para intervenir y proteger el derecho fundamental transgredido.

En ese orden de ideas, la prueba científica sobre la cual se base una decisión legislativa que sea susceptible de afectar derechos fundamentales debe ser suficientemente justificada para sobrepasar este escrutinio de proporcionalidad. Así, aun cuando el juez debe en general ser deferente con el criterio adoptado por las autoridades políticas, dicha deferencia se reduce ostensiblemente en aquellos casos en que el legislador involucra criterios sospechosos al establecer diferencias de trato, por la obvia razón que se trata de criterios en principio prohibidos, por lo cual la regulación que los use se presume inconstitucional, tal y como la Corte lo ha señalado en múltiples oportunidades.

En el caso concreto tenemos la siguiente situación: una decisión adoptada por el legislador que contradice el paradigma general de la ciencia médica y que a su vez provoca una igualdad de trato frente a un criterio sospechoso de discriminación. La pregunta entonces sería ¿Cómo debería el juez constitucional entrar a decidir en un escenario como este? En primer lugar, los intervinientes consideramos que la falta de certeza científica sobre una materia no necesariamente indica una total indeterminación sobre el asunto. Es claro que en las escuelas de experimentación y pensamiento existen paradigmas, posiciones dominantes, posiciones minoritarias y teorías más propiamente justificadas que otras. En segundo lugar, el juez constitucional con apoyo de conceptos técnicos puede llegar a clarificar este estado del arte en un campo científico para, sin necesidad de juzgar, conocer cuáles de estas teorías o paradigmas cuentan con un grado de consolidación entre los expertos que permitan llegar a acuerdos e, incluso, verdades incontestables. En tercer lugar, con base en este estado del arte se puede estructurar un mecanismo de decisión judicial que permita operacionalizar el uso de esta prueba empírica, atendiendo de un lado, con la regla general de deferencia a las autoridades políticas y, por el otro, la necesidad de realizar un escrutinio judicial estricto en aquellos casos en las que exista una presunción de inconstitucionalidad de un trato diferenciado, como resulta cuando se trata de un criterio sospechoso.

Este dilema no es único al derecho constitucional colombiano. En el derecho comparado encontramos que jueces y tribunales de algunos países han buscado esquemas para decidir sobre situaciones en las que se abordan complicadas pruebas empíricas. De hecho, una tipología interesante es seguida por el derecho anglosajón en las instrucciones que reciben los jurados que tienen a su cargo valorar las pruebas y llegar a decisiones de responsabilidad a partir de éstas en juicios civiles y penales. En este sentido, existe un estándar de tres tipos de valoración de la prueba.

El primero es el estándar de evidencia preponderante (*preponderance of the evidence*). En este caso el peso de la prueba es de tal grado que, aun cuando no alcanza a eliminar toda duda razonable, es suficiente para inclinar la razón de manera justa e imparcial a una conclusión y no a otra. Este es el nivel de prueba exigido en la mayoría de casos civiles, en los cuales los jurados son aleccionados para decidir a favor de quien presente la evidencia más convincente en general, a pesar de que puedan existir algunas dudas puntuales. Así, el estándar de la evidencia preponderante requiere que el juzgador simplemente considere que la existencia de un hecho es más probable que su inexistencia¹⁸.

El segundo estándar es el llamado *clear and convincing evidence* (evidencia clara y convincente). En este caso se requiere que la evidencia indique que el hecho que se quiere probar es altamente probable o razonablemente cierto. Este estándar es más alto que el de la preponderancia de la evidencia pero es menos exigente que el estándar requerido para casos penales, por ello en varios estados se requiere para aquellos casos en que una parte solicita daños punitivos. Así, una parte en litigio provee evidencia clara y convincente cuando logra en la mente del juzgador una convicción permanente de que la verdad o los hechos que propone son altamente probables lo cual lleva a pensar que existe una alta probabilidad de la corrección de la conclusión jurídica¹⁹.

El tercer y más exigente estándar es el aquel que se conoce como *beyond reasonable doubt* (más allá de la duda razonable). Éste se refiere a la duda que previene a alguien de estar firmemente convencido de la culpabilidad de un acusado, o de la creencia de que existe una posibilidad real de que el acusado no es culpable. En este caso, por supuesto, el jurado debe partir de la presunción de que el acusado es inocente. Así, se requiere que después de toda comparación y consideración de toda la evidencia, existe en la mente de los jurados una condición que impide que con toda certeza puedan considerar al acusado como culpable²⁰.

Esta breve descripción nos permite entonces demostrar que es posible considerar modelos razonables de interpretación judicial que permitan operativizar los complejos dilemas que expone el tratamiento de pruebas empíricas, incluyendo la prueba científica.

Ahora bien, a partir de este modelo, para el caso más específico de la prueba empírica que sustenta teorías científicas, podemos sostener que en muchos casos es posible clasificar el grado de certeza de esa prueba empírica. En primer lugar, algunas ciencias han logrado un grado de comprobación empírica que puede decirse que algunas teorías podrían ser imposibles empíricamente. Un ejemplo de ella sería

¹⁸ Cfr. Metropolitan Stevedore Co. v. Rambo, 117 S.Ct. 1953.

¹⁹ Ver: International Seaway Trading Corp. v. Walgreens Corp., 599 F.Supp.2d 1307; ASARCO LLC v. Americas Mining Corp., 396 B.R. 278; Phillips v. Bowen, 115 F.Supp.2d 303; Thomas v. Nicholson, 423 F.3d 1279; Peterson v. Islamic Republic of Iran, 264 F.Supp.2d 46.

²⁰ Cfr. Commonwealth v. Webster, 59 Mass. (5 Cush.) 295, 320 (1850) (per Lemuel Shaw, J.) y Charles Herman Kinnane, *A First Book on Anglo-American Law* 562 (2d ed. 1952).

una teoría que sostenga que la tierra es plana. Si bien esa teoría fue sostenida por siglos como un paradigma incontestable, a partir de las teorías de Colón, Copérnico y Galileo Galilei empezó una teoría emergente que luego fue empíricamente comprobada con la observación espacial. Hoy en día, a partir de dicha observación, puede entonces considerarse como *imposible empíricamente* la teoría de que la tierra es plana. Otro ejemplo sería, elaborar una teoría que contravenga las leyes elementales de la física, como sería decir que si lanzo una moneda al aire ésta se va a suspender en el aire. Esta teoría desafía las leyes de gravedad compradas empíricamente.

En segundo lugar, dentro del rango de posibilidades de la experimentación empírica de acuerdo con las reglas de la probabilística pueden distinguirse varios grados. Así, una teoría puede ser *posible pero poco probable* de acuerdo con el grado de experimentación disponible. Por ejemplo, de acuerdo con las leyes de la estadística y probabilidad, si alguien tira una moneda al aire cien veces es posible, pero poco probable, que las cien veces la moneda caiga con la cara arriba. Asimismo, por tratar un ejemplo de la biología, es posible pero poco probable que una mujer quedé naturalmente embarazada por primera vez después de los 60 años.

Una tercera posibilidad argumentativa resulta de aquellas teorías cuyo grado de comprobación empírica resulta probabilidad relativa en que el resultado es más probable que improbable. Es decir, la teoría es *preponderante*. En este caso, el grado de probabilidad es mayor que el del anterior, pero aun así no ha podido ser empíricamente probado de manera que despeje mayoritariamente las dudas sobre la corrección de la formulación teórica. Un buen ejemplo de este grado sería la teoría del *big bang* y la creación del universo. En este caso, aun cuando las escuelas más reconocidas de astronomía y física del mundo acogen la teoría del *big bang* como la más aceptada dado el grado de desarrollo investigativo en la materia, no han podido comprobar empíricamente más allá de duda la validez de la teoría. Sin embargo, la teoría tampoco ha sido refutada empíricamente por otras teorías de manera contundente. Así las cosas, podemos decir que el *big bang* es la teoría preponderante en cuanto a la creación del universo.

Una cuarta posibilidad es aquella que resulta opuesta a la segunda, es aquella que es no sólo posible, sino además, *altamente probable*. En este caso, el grado de experimentación habría llevado a una comprobación empírica que prácticamente refuta cualquier otra posibilidad, pero aun subsiste un reducido margen de duda. Para usar los ejemplos antes tratados, este sería el caso de tirar la moneda cien veces al aire y formular la teoría que existe un 50% de probabilidades que caiga sobre la cara. En este caso, de acuerdo con la probabilística, está prácticamente comprobado que esta sería la regla general. Ahora bien, en cuanto al ejemplo de la biología podríamos formular la teoría de que una mujer de más de 60 años es *altamente probable* que no podrá tener hijos de manera natural por primera vez.

Finalmente, en oposición a la primera categoría, estarían aquellas teorías que se basan en experimentación y comprobación empírica *más allá de toda duda razonable*. Aun cuando no podría hablarse de verdades absolutas en muchas de las

ciencias, sí puede decirse que existen ciertas cuestiones cuyo grado de comprobación indican un altísimo grado de certeza. Por ejemplo, la teoría que sostiene que la tierra es redonda, o que los objetos que son tirados al vacío caerán al piso con base en las leyes de la gravedad.

El uso de una tipología de este tipo puede ayudar a decidir situaciones como la que suscita el presente caso. A nuestro juicio, esta metodología resulta operativa a la hora de ponderar los distintos principios constitucionales que pueden estar en juego como son la deferencia del debate democrático frente a los límites y competencias del juez constitucional, y las opciones posibles a ser adoptadas por el legislador y los límites constitucionales derivados de la presunción de inconstitucionalidad cuando se presenta disparidad en el trato con base en criterios sospechosos de discriminación.

Así, los intervinientes consideramos que una forma ideal de armonizar estos distintos principios sería aquella en la cual, por regla general, está dado al legislador la búsqueda de las mejores opciones para regular una situación, máxime cuando existe una controversia sobre el camino que debería trazarse para regular ese bien constitucional. Allí, es el debate democrático el que debe orientar la solución con base en la consideración y ponderación razonable de las opciones posibles. Sin embargo, en aquellos casos en los que existen garantías reforzadas en la constitución, ese grado de razonabilidad exigido en la ponderación de opciones debe ser más limitado y, por ende, el papel del juez constitucional adquiere mayor relevancia. De la misma forma como la Corte decidió en el caso de las opciones económicas y la regresividad de derechos sociales, se debe aplicar una regla de interpretación que lleve a un escrutinio mayor cuando las opciones sobre las que decide el legislador involucran la posible limitación de un derecho fundamental como es el de la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados. En este sentido, para que una limitación no sea ilegítima y desproporcionada debería considerarse que el legislador está habilitado para entrar a limitar el ejercicio de un derecho solamente cuando cuenta con comprobación empírica del más alto grado. Es decir, para efectos de salvaguardar la protección reforzada que prohija la Constitución, el legislador sólo podría usar criterios restrictivos cuando cuenta con evidencia que le indica que un resultado será *altamente probable*, o que las conclusiones están *más allá de toda duda razonable*.

3.3 La restricción establecida por el legislador no satisface un estándar razonable de valoración de la prueba empírica en el caso concreto

Aplicando este modelo al caso concreto encontramos que, de un lado, existe una protección constitucional reforzada y que se deriva en la presunción de inconstitucionalidad de toda diferencia de trato que se base en la orientación sexual. Por otro lado, contamos con prueba científica que sugiere que el paradigma mayoritario y más reconocido en la materia refiere que no existe evidencia de que la crianza y educación familiar de menores por parte de parejas homosexuales afecte en modo alguno a los menores. Es decir, tenemos un marco fáctico que permitiría al juez constitucional estudiar bajo un criterio estricto las decisiones tomadas por el legislador. Y, al hacerlo, nos damos cuenta que la decisión tomada por el legislador y

que resulta altamente restrictiva de los derechos de las parejas del mismo sexo no se sustenta en una prueba científica que resulte si quiera preponderante. Es más, de acuerdo con todos los conceptos científicos allegados a la Corte, dentro de la tipología arriba sugerida la decisión del legislador se basaría en una prueba probable pero poco probable. A nuestro juicio, basar una restricción a un derecho en este estándar probatorio es altamente desproporcionado y, por ello, contrario a la Constitución y la jurisprudencia constante de la Corte.

En conclusión, al evaluar la evidencia aportada en este caso puede verse que, aun admitiendo la falta de contundencia y certeza de los estudios científicos o del estado del arte médico al día de hoy, la prueba existente no satisface un estándar mínimo que pueda justificar la limitación a las parejas del mismo sexo a adoptar menores. En otras palabras, no existe evidencia contundente en este caso que sugiera que existe una vulneración . ni siquiera un riesgo- al interés superior del menor al permitir la adopción por parte de parejas del mismo sexo. En consecuencia, no existe un interés constitucional legítimo que pueda llegar a justificar la limitación de la adopción a estas parejas.

Finalmente, si se observa con detenimiento los resultados de los conceptos científicos allegados por las prestigiosas universidades que atendieron el llamado de la Corte, el único argumento que podría llegar a considerarse para justificar la limitación es aquel que sostiene que los menores criados por parejas homosexuales pueden ser estigmatizados, maltratados o victimizados por sus pares. Sin embargo, este argumento tampoco es de recibo para el juez constitucional, pues justificar la exclusión en este argumento sería tanto como justificar la discriminación estructural basada en la orientación sexual. Aceptar este argumento sería tanto como justificar socialmente la discriminación.

Por las anteriores razones, los intervinientes reiteramos nuestra posición presentada en nuestra intervención inicial, pues consideramos que la prueba técnica solicitada por la Corte fortalece las conclusiones jurídicas allí presentadas.

De la Honorable Corte,

De los Honorables señores Magistrados,

Rodrigo Uprimny Yepes,
c.c. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios de
Derecho, Justicia y Sociedad
DeJuSticia

Nelson Camilo Sánchez León
c.c. 11.203.155 de Chía
Investigador
Centro de Estudios de
Derecho, Justicia y Sociedad
DeJuSticia

