Sentencia C-802/09

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Incumplimiento de requisitos de la demanda/**SENTENCIA INHIBITORIA POR INEXISTENCIA DE PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-** Procedencia en demanda por exclusión en la posibilidad de adoptar a parejas homosexuales

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda

Referencia: expediente D-7415

Asunto:
Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 *"por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"* y contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990 *"por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes."*

Demandante: Luis Eduardo Montoya Medina

Magistrado Ponente:
Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil nueve (2009)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina demandó parcialmente el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 *"por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"*.

2. Mediante Auto del cuatro de septiembre de dos mil ocho, el Magistrado Sustanciador decidió inadmitir la demanda, por considerar que, por una parte, la misma no incluía la totalidad de las normas que deberían ser objeto de reproche constitucional, para evitar que el fallo que se profiera sobre el particular sea inocuo; y que, por otra parte, las razones que fundamentaban los cargos contra la norma acusada adolecían del requisito de *certeza.*

3. Así las cosas, el ocho de septiembre de dos mil ocho, el accionante radicó en la Secretaria de esta Corporación escrito de subsanación en el que procedió a integrar la unidad normativa con la inclusión en la demanda del artículo 1º de la Ley 54 de 1990 *"por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes"*, de acuerdo con lo dispuesto por el Despacho en concordancia con la jurisprudencia constitucional pertinente para el efecto.

4. Mediante Auto del 25 de septiembre de 2008, el Magistrado Sustanciador procedió decidió: (i) admitir la demanda en relación con los cargos presentados en contra del numeral 3º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y del artículo 1º de la Ley 54 de 1990 y (ii) rechazar la demanda *"en lo relacionado con los cargos presentados contra el inciso primero (parcial) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006"* por considerar que frente a este punto, el demandante no había logrado subsanar los problemas advertidos en el auto admisorio.

En el mismo auto se ordenó fijar en lista las normas acusadas por el término de diez días, así como dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto a su cargo y se dispuso, además, comunicar de la iniciación del proceso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Corporación Colombia Diversa, a la Alianza por la Niñez Colombiana y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Rosario, Javeriana y Nacional, para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o

defender la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

5. Contra la decisión de rechazo parcial el actor presentó recurso de súplica, con la consideración conforme a la cual la demanda presentada satisface los requisitos mínimos de procedibilidad que la Corte ha identificado como indispensables para efectos de decidir de fondo un asunto sometido a su consideración. En su criterio, la interpretación que se ha hecho de la disposición respecto de la cual se rechazó la demanda sí se desprende del texto de la misma, y que, en todo caso, debe plantearse en la sentencia y no en el auto admisorio.

La Secretaría General de la Corte Constitucional, el nueve de octubre de dos mil nueve, pasó el expediente de la referencia al Despacho del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, para que se encargara de sustanciar el recurso de súplica interpuesto, una vez la Sala Plena de la Corporación aceptara el impedimento manifestado por el Magistrado Mauricio González Cuervo.

6. A través de Auto No. 281 del veintidós de octubre de dos mil ocho, la Sala Plena de esta Corporación decidió confirmar, en todas sus partes, la providencia dictada el veinticinco de septiembre que rechazó la demanda en lo relacionado con los cargos presentados contra el inciso primero (parcial) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, habida cuenta de que las razones expuestas en el recurso de súplica no iban dirigidas a controvertir los argumentos contenidos en el auto de rechazo, como debería suceder a la luz de lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2067, sino que se encaminaban a reafirmar los argumentos contenidos en la demanda y que no fueron corregidos dentro de los tres días siguientes al auto de inadmisión. De este modo, señaló la Corte, si bien el actor manifestó que no compartía los argumentos desarrollados por el Magistrado Sustanciador, no presentó argumentos que sustentasen su oposición, y, particularmente, no explicó las razones por las cuales consideraba que la interpretación que propuso si se deduce de la disposición acusada. Así, para la Corte, el actor no demostró que el cargo fuese cierto, ni que la referida interpretación se infiriera del texto demandado.

7. Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

A continuación se transcriben las normas acusadas, destacando en negrilla, cursiva y subraya los apartes objeto de reproche constitucional.

"**LEY 1098 de 2006**
Diario Oficial No.46.446, de 8 de noviembre de 2006

por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(…)

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

(…)

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

"**LEY 54 de 1990**
Diario Oficial No. 39.615, de 28 de diciembre de 1990

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

Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre ***un hombre y una mujer***, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, ***al hombre y la***

mujer que ***forman parte de la unión marital de hecho***."

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

El demandante estima que las normas acusadas excluyen de su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales y a sus integrantes, de manera que, en general, contravienen lo dispuesto en los artículos 1, 2, 13, 15, 16 y 42 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

2.1. El accionante empieza por señalar, a manera de consideración general, que a partir del viraje jurisprudencial que en materia de reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales realizó la Corte Constitucional, en la Sentencia C-075 de 2007, tanto el Estado como la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia, entendiendo por aquella, no solo la integrada por parejas heterosexuales, sino, también, la conformada por parejas del mismo sexo. De ahí que se entienda que la Constitución Política no permite que haya distinción alguna entre los diversos conceptos de familia que actualmente ampara.

A partir de esa consideración, el accionante expresa que si bien, inicialmente, las voces del artículo 42 de la Carta Política, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, señalaban como modos tradicionales de conformación de una familia, a los vínculos naturales y jurídicos entre hombres y mujeres, lo cierto es que, a partir de la Sentencia C-075 de 2007, se reconoce que dicho precepto constitucional admite otras dinámicas que se han decantado en la sociedad, las cuales pueden tomarse como nuevas *"variedades jurídicas socialmente constatables"*, que superan la noción tradicional de familia.

Este nuevo precedente, según puntualiza el actor, supone una modificación de índole normativa a partir de la cual debe producirse, no sólo una efectiva protección del derecho a la igualdad y del mandato de no discriminación de las personas homosexuales en el plano individual, sino también, una extensión de dicho ámbito de protección a la parejas conformadas por estas personas.

A juicio del demandante, de tal modificación interpretativa se sigue, no obstante los limitados efectos establecidos en la citada providencia, el necesario reconocimiento de las personas homosexuales que conviven en pareja como fuente de familia, al igual que ocurre con las parejas heterosexuales que deciden hacer una comunidad de vida permanente y singular, de conformidad con los precisos términos del artículo 1º de la Ley 54 de 1990.

Apunta el actor que otra especie de familia que debe reconocerse en la actualidad y que igualmente merece protección constitucional, es aquella que corresponde a la noción de *"mujer cabeza de familia"*, en donde cabe incluir los eventos de personas con inclinaciones homosexuales.

Así, para el actor, cuando una pareja homosexual integra una familia basada en una comunidad de vida permanente y singular, tal y como lo dispone el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, conforma, sin más, una familia digna de protección por parte del Estado e idónea para gozar a plenitud de la totalidad de los derechos que emergen del texto constitucional. En efecto, al ser *"partícipes de algo más que su comunidad de vida material, pues se hallan ligados en sus aspectos anímicos, síquicos, afectivos, amatorios, sociales y económicos, están en las mismas condiciones de la pareja de convivientes de distinto sexo para recibir hijos en adopción y para convivir con los suyos propios, fruto de sus relaciones anteriores, nacidos de ellos o asistidamente concebidos, los cuales no se les quitan en prevención de daños, pues el Estado frente a otros no les puede descalificar como pareja de convivientes sin razones de peso constitucional o respecto de los hombres y las mujeres casados o maritalmente unidos, sobre los que no existen reparos por sus inclinaciones sexuales y sin que olvidemos, en primer término, que se les desconocería el derecho del artículo 13 Superior"*.

2.2. A partir de las anteriores premisas, el actor anota que el régimen de adopción previsto en la Ley 1098 de 2006, debe entenderse hoy como un derecho que se garantiza a hombre y a mujeres, con independencia de sus inclinaciones sexuales.

Sin embargo, en los textos acusados, la posibilidad de adoptar tiene como destinatarias a las parejas heterosexuales, con exclusión de las parejas homosexuales, en razón a que se han articulado en torno a la clásica noción de familia, que sólo incluía a las parejas formadas por un hombre y una mujer, concepto que, como ya fue expuesto, fue superado por la jurisprudencia constitucional.

2.2.1. Para el demandante no es posible establecer, en materia de adopción, diferencias entre los distintos tipos de familia, y, al hacerlo así, para excluir de la adopción a las parejas homosexuales, se desconocen los derechos de sus integrantes al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad, a la igualdad y a la intimidad al impedirles acceder a la adopción como sustituto de las fuerzas procreativas naturales.

2.2.2. Expresa el actor que, por otra parte, debe tenerse en cuenta que los conceptos de paternidad y de maternidad no surgen exclusivamente del hecho de la procreación, sino de un conjunto de condiciones vitales y valorativas que justifican que una persona sea denominada *"padre"* o *"madre"*.

De este modo, los derechos y las obligaciones de la paternidad o la maternidad, no están ligados sólo a la procreación, circunstancia que, precisamente, permite la ficción legal creada por el legislador en torno a la adopción. Tales derechos y obligaciones tampoco responden a la orientación sexual de los sujetos, y, por consiguiente, resulta inexplicable la exclusión legislativa de las parejas homosexuales de la posibilidad de acceder a la paternidad o a la maternidad a través de la adopción. De este modo, se priva a las parejas homosexuales de la posibilidad de realizarse en su descendencia, entendida, no desde el aspecto puramente biológico, sino a partir de los valores que ese estado comporta.

2.3. Por otro lado, desde la óptica de los derechos de los niños y adolescentes a tener una familia -arts. 44 y 45 C.P.- , el actor considera que, sobre la base de lo dispuesto en la Sentencia C-075 de 2007, resulta válido afirmar que aquella incluye tanto la conformada por un hombre y una mujer, como la compuesta por personas del mismo sexo, todas las cuales deben ser protegidas por el Estado de manera integral. Agrega, en ese contexto, que no es posible descalificar, *per se*, a las parejas homosexuales como entornos familiares adecuados para los menores a adoptar. Aduce, por un lado, que *"existe una discriminación que rechaza al candidato para ser padre o madre adoptante a aquel de inclinaciones homosexuales por no constituirse en expectativa de familia estable y adecuada, así no tenga reparos por los restantes requisitos";* y, por otro, que se presenta una contradicción respecto de la persona que no obstante su orientación homosexual, decide procrear libremente, puesto que a sus hijos no se les puede separar del seno familiar.

Así, según la demanda, resulta claro que la exclusión de las parejas del mismo sexo de los beneficios contenidos en las normas acusadas es inconstitucional,

como quiera que *ex ante*, realiza un juicio sobre la orientación sexual para determinar la idoneidad del adoptante, desconociendo, por contera, los derechos de los menores a crecer en una familia donde bien pueden desarrollar libremente su personalidad, recibir afecto y cuidado, con el debido acompañamiento que el Estado debe brindar igualmente a los niños entregados en adopción a las parejas heterosexuales. En su entender, *"la circunstancia de que el Estado mire receloso los derechos superiores del niño adoptable, no se refiere necesariamente a sus condiciones personales respecto de los futuros padres adoptivos, por lo que nada le autoriza a deducir que esa inclinación sexual ponga en peligro, de suyo, los derechos del niño a tener una familia"*.

Bajo esa consideración, también podría decirse que a los menores se les limitan sus derechos fundamentales a tener una familia y a crecer en ella y a no ser separados de la misma, de suerte que lo que ampara el Estado, finalmente, es una visión prejuiciosa de familia heterosexual, sin que para ello haya justificación razonable alguna y sin que se tengan en cuenta los valores que se han venido asentando actualmente en la sociedad. Lo anterior, teniendo en cuenta, en todo caso, que no existe prueba alguna que revele que la adopción por parte de parejas homosexuales incide negativamente en los adoptados y que la formación sexual de éstos, lejos del deber de protección que se radica en cabeza del Estado, es del resorte propio del ejercicio al libre desarrollo de la personalidad.

De esta manera, el actor le propone a este Tribunal que declare la inexequibilidad de las normas objeto de censura o que, en su defecto, proceda a proferir un fallo modulativo que, en todo caso, no desconozca los derechos de los homosexuales, tanto en el plano individual como en aquel en el que sean reconocidos como pareja, como miembros de una familia, la cual se integra no sólo por padres y madres de diversa inclinación sexual, sino con los hijos también, en el entendido de que no constituye impedimento alguno que las parejas conformadas por parejas homosexuales convivan como una familia con sus hijos habidos naturalmente y que éstos convivan con sus hijos nacidos de otras relaciones, bien sean naturales, asistidas o con hijos adoptados.

IV. INTERVENCIONES

Como quiera que la Corte rechazó la demanda en relación con los cargos dirigidos a cuestionar el primer inciso del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, que en criterio del actor, excluía a las personas y a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar a partir de consideraciones en torno a la idoneidad moral y

social, en este aparte de los antecedentes de esta providencia, la Corte se limita a presentar las consideraciones de los intervinientes en torno a los aspectos en los cuales la demanda fue admitida, y se abstiene de hacer alusión a aquellas que versan sobre los aspectos rechazados.

1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar intervino en el proceso de la referencia para solicitar a la Corporación que rechazara las pretensiones de la demanda, de suerte que las normas acusadas se declaren exequibles.

Para el Instituto, los presupuestos de la demanda en torno al concepto de familia deben ser objeto de expreso desarrollo por el constituyente y, en tanto ello no ocurra así, es preciso atenerse a los preceptos constitucionales conforme a los cuales la familia se constituye por la unión de un hombre y una mujer. Así las cosas, de acuerdo con el régimen constitucional vigente, otorgarle a una pareja homosexual la posibilidad de adoptar a un menor, resultaría contrario al derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella.

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

2. Universidad del Rosario

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, mediante concepto emitido por uno de sus profesores, en el que se estima que las normas demandadas se ajustan a la Constitución y que no es de recibo la solicitud de modulación de su alcance que se hace en la demanda.

De manera preliminar, el interviniente expresa que el demandante no pretende la declaratoria de inconstitucionalidad de ninguna norma, sino que busca un

pronunciamiento orientado a evitar que quien aplique la norma lo haga de modo que se discrimine a las parejas homosexuales. En su criterio, ello resulta imposible, porque hoy por hoy, la expresión compañeros permanentes incluye a las parejas homosexuales, y no le corresponde al juez constitucional declarar que las normas deben aplicarse de manera que no resulte discriminatoria, abusiva o ilegítima, lo que es obvio.

Para sustentar su posición alude a la evolución legal del instituto jurídico de la adopción, para significar que con el Decreto 2737 de 1989 quienes podían adoptar, tenían que ser, en términos fisiológicos, heterosexuales, en orden a que el adoptante se asimilara, en la medida de lo posible, a la situación reproductiva general o natural de la especie.

A continuación, indica que tal panorama fue modificado por el actual Código de la Infancia y la Adolescencia -Ley 1098 de 2006- y los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la materia, los cuales dan cuenta de la integración normativa que se hizo a la Ley 54 de 1990, en el sentido de reconocerles a las parejas homosexuales su condición de compañeros permanentes y los derechos patrimoniales derivados de tal calidad.

Tal acontecer fáctico, impondría, según su entender, el reconocimiento a las parejas homosexuales como potenciales adoptantes, pues *"sería ilegítimo tomarlos como inhabilitados para adoptar, porque la ley permite que los compañeros permanentes adopten y no distinguió sobre el sexo biológico de estas parejas y es contrario a Derecho hacer distinciones donde la ley no lo hace"*.

De manera general señala, por último, que la aptitud para adoptar y para brindarle al menor una familia adecuada debe apreciarse a la luz de las circunstancias de cada caso, sin que sea posible que, de manera general, se hagan declaraciones sobre el particular. De manera específica expresa que no cabe que el juez constitucional declare que todos los homosexuales quedan excluidos de la adopción, como tampoco cabe la opción contraria, esto es, que declare que los homosexuales son naturalmente aptos para el ejercicio de la adopción, puesto que, como curre con los heterosexuales, algunos tendrán esa aptitud, y otros no.

3. Comisión Colombiana de Juristas

Mediante escrito allegado oportunamente a esta Corporación, Gustavo Gallón Giraldo, actuando en calidad de director y representante legal de la Comisión

Colombiana de Juristas, intervino en el trámite de la presente acción con el fin de que las expresiones censuradas se declaren ajustadas a la Carta Política de 1991, en el entendido de que la expresión *"compañeros permanentes"*, contenida en el numeral 3º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, incluye a las uniones maritales de hecho conformadas por parejas del mismo sexo.

A tal consideración arribó el interviniente, luego de que concluyera que las normas demandadas, al excluir a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar, contienen una discriminación injustificada en contra de este tipo de uniones por razones de orientación sexual. Por esa razón, estima que la Corte Constitucional, conforme al giro que realizó en su jurisprudencia, materializado concretamente a partir de la Sentencia C-075 de 2007, debe establecer que la prohibición a estas parejas, para adoptar, desconoce por entero uno de los principios sobre los cuales se erige nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, cual es el pluralismo; así como también los derechos fundamentales a la igualdad, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad de los integrantes de las parejas homosexuales.

En cuanto se refiere al derecho de los niños a tener una familia, expone que la adopción de menores por parte de parejas homosexuales, contrario a lo que podría llegar a pensarse, no afecta el interés superior de éstos y materializa la protección y realización de algunos de sus derechos fundamentales. En efecto, más allá de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso, lo cierto es que el hecho de que una pareja homosexual pueda adoptar, envuelve una situación más ventajosa para el adoptado, en comparación con la situación que acontecería en un hogar de atención en el que permanecería sin lograr hacer parte de una familia.

Pareciera entonces que no existe razón suficiente que niegue la posibilidad de que un menor sea entregado a una pareja homosexual, teniendo en cuenta para ello que el funcionario administrativo encargado de la totalidad de los trámites para llevar a cabo una adopción, realiza, en cada caso, una ponderación sobre la idoneidad y estabilidad de la pareja, en orden a procurar la materialización del principio del interés superior del menor.

Agrega que la importancia de la adopción de los menores radica en las dinámicas que en el interior de cada seno familiar se estructuren y en el compromiso que asuman los padres con el desarrollo y crecimiento del niño.

En esa medida, a manera de conclusión, advierte el interviniente, que será el operador jurídico quien determinará cuál es el mayor beneficio que recibirá un

niño, una niña o un adolescente al ser adoptado por una pareja homosexual que cumpla con los requisitos legales para el efecto, o si, por el contrario, es preferible que continúen en sitios de asistencia por cuenta del Instituto de Bienestar Familiar.

Bajo esa consideración, sería plausible considerar la primera de las opciones, ya que el legislador, al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar, estaría no solamente quebrantando el derecho fundamental a la igualdad, sino, además, contrariando el principio del interés superior del menor.

El interviniente se refiere a continuación a algunos argumentos que se han empleado para oponerse a la adopción por parejas homosexuales: En primer lugar, los impactos sicológicos negativos que ello podría tener sobre el menor y, por otra parte, la discriminación que podría sufrir el menor adoptado por parejas homosexuales debido a un supuesto rechazo generalizado que existe en la sociedad hacia el homosexualismo.

Para desvirtuar esos argumentos se expresa que, en el primer caso, el impacto negativo se asocia, por un lado, con la afirmación de que el menor que crezca en un hogar en el que uno o ambos de los padres sea homosexual, terminará siendo homosexual, afirmación en torno a la cual, no sólo no existe un consenso en la comunidad científica y la tendencia es en la dirección contraria, sino que, además, parte de la consideración, insostenible a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, de que el homosexualismo es algo negativo que debe evitarse a toda costa, y, por otro, con la creencia conforme a la cual los menores adoptados por parejas homosexuales carecerían de un claro referente paterno-materno, circunstancia que, sin embargo no resulta imprescindible para el adecuado desarrollo del menor, de acuerdo con numerosos estudios psicológicos y psiquiátricos.

En el segundo caso, los intervinientes sostienen que el argumento de la posible discriminación del menor es insostenible y paradójico, porque al paso que reconoce la existencia de una valoración social negativa hacia el homosexualismo, propone una medida -prohibir la adopción por parejas homosexuales- que dejará intacta la práctica discriminatoria.

Concluyen los intervinientes este acápite señalando que el legislador no puede negar categóricamente la adopción por parte de parejas homosexuales, pues ello desconocería el interés superior del menor, razón por la cual consideran que las normas acusadas deben declararse exequibles pero con un condicionamiento que

aclare que las parejas homosexuales no están excluidas de la posibilidad de adoptar.

4. Fundación Para el Avance de la Psicología

El Director de la Fundación para el Avance de la Psicología intervino en el proceso de la referencia con el propósito de apoyar la demanda y solicitar a la Corporación que declare no ajustadas a la Constitución las disposiciones acusadas.

Sustenta su posición en el hecho de que la orientación sexual se fundamenta a partir de la biología del individuo que interactúa de manera compleja y multivariada en sus experiencias a lo largo de la vida. En ese entendido, puede advertirse que la persona nace con una orientación sexual predominante que se mantiene en el tiempo y que no se modifica en razón de la figura paternal.

Para el caso de los homosexuales, arguye, por vía de ejemplo, que casi todos ellos son hijos o hijas de padres cuya orientación sexual era heterosexual. A su vez, los padres y madres de la comunidad LGBT no tienen hijos que presenten su misma orientación en cantidades que estadísticamente difieran de las de los padres o madres que no pertenecen a la comunidad LGBT.

Por otra parte, en términos generales, podría incluso afirmarse, con apoyo en diversas fuentes científicas, que los hombres o mujeres con orientación homosexual bien pueden llevar a cabo su rol como padres, con resultados iguales que aquellos que arroja el análisis de las parejas heterosexuales.

Conforme con lo anterior, apunta el interviniente que es necesario reconocer la evolución de la sociedad y sus distintas dinámicas, entre las cuales se encuentran, por supuesto, aquellas comunidades de vida conformadas por parejas del mismo sexo, las cuales tienen pleno derecho a realizar su plan de vida de acuerdo con su propia autodeterminación. Y si ello incluye la adopción como parte integral de su realización personal, no es el Estado quien deba sustraerse de efectuar tal reconocimiento.

5. Instituto de Investigación del Comportamiento Humano

El Instituto Investigación del Comportamiento Humano coadyuvó la demanda de inconstitucionalidad con apoyo en estudios científicos sobre la materia, entre los

cuales se encuentran *"Cameron P. Numbers of homosexual parents living with their children. Psychological Reports 2004;94: 179-188"* y *"Downs AC, James SE. Gay, lesbian, and bisexual foster parents: strengths and challenges for the child welfare system. Child Welfare 2006; 85: 281-298"*.

Expresan que no obstante que existen pocos estudios con carácter científico que se hayan dedicado a analizar el comportamiento de los niños y niñas frente a los efectos de la crianza por parte de padres homosexuales, lesbianas, transexuales sí es posible concluir que los estudios existentes, ponen en evidencia que el crecimiento y desarrollo integral de los niños se sujeta, en gran parte, a la calidad de las relaciones familiares y no a la orientación sexual de los padres. Así, puntualiza el interviniente, que la orientación sexual de los padres no condiciona, de ninguna manera, la orientación sexual que tendrán los hijos, por lo que no hay razón suficiente para que se niegue de plano la posibilidad de adopción a las parejas homosexuales.

En su criterio, tampoco hay evidencia que, desde la perspectiva del interés superior del menor, muestre que las políticas actuales en materia de adopción sean las más adecuadas.

6. Centro Comunitario de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas (LGBT).

La Directora del Centro Comunitario LGBT de Bogotá, presentó escrito en el que se señala que no se debe discriminar a las parejas del mismo sexo limitándoles el derecho a constituir una familia por medio de la adopción.

Manifiesta la interviniente, que hoy en día se debe ser consciente de las relaciones que son diferentes a las tradicionales y, es un reto para la sociedad, reconocer y aceptar los derechos de éstas, como lo es, precisamente, la posibilidad de adoptar.

El escrito aborda, en primer lugar, el problema de la igualdad, y, al respecto, señala que *"... en materia jurídica el reconocimiento de iguales derechos para los miembros de la comunidad LGBT ha girado, alrededor de los conceptos de familia y sociedad"*. Por su parte, el concepto de familia, en el derecho colombiano, se vincula con el de matrimonio y con la unión marital de hecho, pues así lo establece la Carta Política en su artículo 42.

Agrega que lo que marca la distinción entre la pareja y la familia es la presencia de

los hijos y que la relación paterno-filial, como uno de los requisitos para la conformación de la familia, puede constituirse no sólo mediante vínculos naturales, sino, también, civiles, ámbito donde la adopción cumple su papel.

Con todo, dicho concepto ya no es el mismo de hace unos años, pues *"las necesidades afectivas y sociales de las personas han conllevado a nuevas formas de organización"*, a pesar de lo cual, la familia se mantiene como el núcleo básico de la sociedad, tal y como lo dispone el artículo 42 Superior.

Por otra parte, pone de presente que los expertos han manifestado que no se encuentra probado que un menor sufra problemas psicológicos porque sus padres sean homosexuales. Por el contrario, diversos estudios han establecido que una pareja homosexual puede educar de igual forma a los niños que una pareja heterosexual. Agrega que, no obstante que los niños podrían sufrir cierta clase de rechazo, ello no sería atribuible al trato que les den sus padres, si al entorno social en el que viven.

Adicionalmente, se ha dicho que lo importante para el correcto desarrollo de un menor, es el cariño y el ambiente sano en que éstos crezcan y no, la orientación sexual de sus padres. Se ha demostrado a partir de distintas investigaciones que *"el 90% de hijos adultos de madres lesbianas o de padres gays desarrollaron una orientación heterosexual, además, los hijos de padres y madres homosexuales son cognitiva y emocionalmente igual de maduros que los hijos de los heterosexuales"*.

En conclusión, no hay evidencia científica que permita concluir que el desarrollo social, emocional, afectivo y sexual de los niños, niñas y jóvenes, se vea afectado por el hecho de que sus padres sean homosexuales, por lo cual, no se justifica negar el derecho a la paternidad o maternidad con base en la orientación sexual.

7. Colombia Diversa

Marcela Sánchez Buitrago, actuando en su condición de Directora Ejecutiva de Colombia Diversa, intervino en el trámite de la acción de inconstitucionalidad del numeral 3 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, mediante escritos enviados a esta Corporación, el 29 de enero y el 26 de febrero de 2009, en los que solicitó que se declarara la exequibilidad condicionada de la norma objeto de revisión, en el entendido de que la misma también es aplicable a las parejas del mismo sexo.

La interviniente comienza por hacer una observación en torno a la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, para señalar que en relación con dicha norma, existe cosa juzgada constitucional, como quiera que la Corte, en Sentencia C-075 de 2007, se pronunció acerca de su exequibilidad.

Hecha la anterior precisión, la intervención gira en torno a los siguientes aspectos:

a. Una consideración sobre el precedente jurisprudencial aplicable, para destacar que en los últimos años, la Corte Constitucional ha dado un giro jurisprudencial de gran trascendencia en materia de derechos de las personas homosexuales.

En este sentido expresa que, a partir de la Sentencia C-075 de 2007, se extendieron los efectos de la unión marital de hecho y la calidad de compañero o compañera permanente, a las parejas del mismo sexo, otorgándoles de este modo el mismo grado de protección que a las parejas heterosexuales, postura que ha sido reiterada y reafirmada en números fallos posteriores, entre los cuales cita la Sentencia C-811 de 2007, que señaló que la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud también es aplicable a las parejas del mismo sexo; la Sentencia T-856 de 2007, en la que la Corte dictaminó que la negativa de una EPS a afiliar como beneficiario al compañero permanente homosexual de un cotizante era discriminatoria; la Sentencia C-336 de 2008, en la que la Corte Constitucional determinó que la exclusión de las parejas del mismo sexo de la pensión de sobrevivientes no responde a un principio de razón suficiente y constituye un déficit de protección vulneratorio de la prohibición de discriminación, de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad; y la Sentencia C-798 de 2008, en la que se amplió a las parejas del mismo sexo el régimen de protección en materia de obligaciones alimentarias.

b. La interviniente plantea la necesidad de que para el estudio de la presente demanda de inconstitucionalidad, se aplique el *test estricto de proporcionalidad*, para determinar si el trato diferenciado que se da a las parejas homosexuales en materia de adopción resulta justificado.

c. En ese contexto, señala, debe cambiarse la jurisprudencia que la Corte fijó en la Sentencia C-814 de 2001 sobre adopción de niños por parte de compañeros permanentes del mismo sexo, específicamente a la luz de la interpretación del artículo 42 de la Constitución en relación con el concepto de familia.

d. Adicionalmente, en criterio de la interviniente, debe cambiarse la jurisprudencia sentada en la Sentencia C-814 de 2001 en el sentido de que existe una tensión entre el interés superior del menor y el derecho a fundar una familia de las parejas del mismo sexo.

e. Par sustentar sus puntos de vista, la interviniente presenta una reseña de varios estudios científicos sobre padres y madres homosexuales.

8. Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas

El Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas de Bogotá, creado hace más de cinco años, intervino con base en *"... la experiencia adquirida en estos años y no en argumentos jurídicos propiamente dichos"*.

En general, señala el Grupo en su intervención que, muchos de los argumentos jurídicos que se presentan en contra del derecho a adoptar de las parejas del mismo sexo, *"... no son más que argumentos morales basados en el prejuicio"*. Este grupo manifestó que los altos índices de discriminación que existen en la sociedad colombiana, han impedido que se reconozca la existencia de los padres y madres homosexuales.

A pesar de que este grupo apoya la existencia del requisito de la idoneidad para adoptar, considera que el mismo, como tal, es un concepto subjetivo, lo que se ha prestado para que, en la práctica, los funcionarios responsables de realizar la evaluación obren con base en prejuicios hacia las personas homosexuales y sin tener en cuenta, por ejemplo, que la mayoría de casos de maltrato infantil se han dado en hogares constituidos por padres heterosexuales.

En cuanto a la maternidad lésbica, el Grupo expresa que no se ha reconocido el hecho de que se trata de familias constituidas, adecuadas y estables, que se ocupan del bienestar y cuidado de los hijos.

En relación con el riesgo de que los hijos de parejas homosexuales puedan sufrir tratos discriminatorios, dada la fuerte prevención social hacia las parejas homosexuales, señala este Grupo que en los cinco años que llevan de trabajo, sólo han conocido de dos situaciones en las que uno de los hijos de una pareja homosexual sufrió tratos discriminatorios. Señala el Grupo que esto, si bien es un evento desafortunado, constituye una proporción mínima en el universo de familias homosexuales. En segundo término, señala el Grupo que la respuesta

social a este tipo de situaciones no debería ser la restricción de la posibilidad de constituir familias homosexuales, sino un adecuado proceso educativo basado en la diversidad, la tolerancia y el respeto.

Por otro lado, manifiesta que los hijos de parejas homosexuales tienen comportamientos y situaciones muy similares a las que viven los hijos de parejas heterosexuales. Añaden que existe una errada comprensión de que la homosexualidad es una enfermedad y que como tal, se transmite. Al respecto, se indica que con base en la experiencia del Grupo, la proporción de hijos de parejas homosexuales que manifiestan una orientación homosexual, es la misma que existe en las parejas heterosexuales. Igualmente, se indica que el hecho de que la mayoría de personas homosexuales provengan de hogares heterosexuales, comprueba que la orientación sexual es una característica de la identidad, es individual y no se aprende. Por último, en caso de que sus hijos decidieran ser homosexuales, en nada podría considerarse ello como una conducta sancionable.

Pone de presente la situación de desprotección que se presenta en el seno de parejas homosexuales, para los hijos de uno de sus integrantes, que no pueden ser beneficiarios del otro integrante de la pareja en materias como salud o pensiones.

Este grupo sometió a consideración de la Corte el escrito presentado por Karen Atala, ciudadana y abogada chilena, en el que se plantea la declaración de exequibilidad condicionada de la norma demandada, en el entendido de que la expresión *"conjuntamente los compañeros permanentes"* también incluye a las uniones maritales de hecho conformadas por compañeros permanentes del mismo sexo, a partir de su experiencia personal en un caso que presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por considerar que el Estado chileno *(en razón de un fallo proferido por la Corte Suprema de Chile)* violó varias disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, al negarle la custodia de sus tres hijas, por considerar que su orientación sexual podía poner en peligro el interés superior de las menores.

En primer lugar, la señora Atala describe los hechos del caso, según los cuales mediante un recurso extraordinario de queja, la Corte Suprema chilena revocó las sentencias de primera y segunda instancia, las cuales le habían otorgado el cuidado personal (tuición) de sus tres hijas menores de edad, luego de la separación de su matrimonio. La interviniente manifiesta que el fundamento de la Corte Suprema para revocar los fallos de instancia fue *"la falta de debida apreciación de los jueces sobre las pruebas relativas a su lesbianismo como madre y el inicio de una relación de convivencia con una pareja del mismo*

sexo". Se indica que la Corte Suprema argumentó que las niñas podrían ser discriminadas por el medio social chileno, el cual es "tradicional y heteronomado".

En segundo lugar, se allega un resumen del fallo de primera instancia del Juzgado de Letras de Villarica (Chile) proferido el 29 de octubre de 2003. En esta providencia se estableció que no existía ninguna causal legal que inhabilitara a la señora Atala, o que impidiera que se le reconociera el cuidado personal de sus tres hijas. En adición, este Juzgado presentó algunos estudios e informes psicológicos presentados por algunas universidades chilenas que soportan esta decisión. En especial, la no acreditación de la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las niñas, derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar. Este fallo manifestó igualmente que "*el concepto de familia se encuentra en constante evolución"* y que "*las menores no han sido objeto de ninguna discriminación hasta la fecha, por lo cual este tribunal debe fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores"*.

En tercer lugar, se permite resumir el Informe de Admisibilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el cual este organismo declaró admisible la petición en relación con la presunta violación de los derechos reconocidos por los artículos 8(1) (garantías judiciales), 11(2) (protección de la honra y la dignidad, en cuanto a injerencias arbitrarias en la vida privada y de familia), 17(1) (protección a la familia), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1(1) (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de dicho instrumento, así como decidió continuar con el fondo del asunto. Consideró esta Comisión que *"la Corte Suprema no tomó en cuenta el deseo de las niñas de permanecer con su madre, lo que sí hicieron los tribunales inferiores"*. Por último, la Comisión decidió que interpretará el alcance y el contenido de dichos derechos de la Convención Americana a la luz de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente su artículo 12 (derecho del niño(a) a expresar libremente su opinión en los asuntos que le afectan).

Por último, la señora Atala presentó como anexos el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado de Letras de Villarica (Chile), el Informe de Admisibilidad No. 42, petición 1271-04, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como tres intervenciones en calidad de *amicus curiae* por parte de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Corporación Opción (Chile) y el Consejo de la Red Iberoamericana de Jueces, las

cuales aportan argumentos jurídicos y soportes jurisprudenciales proferidos por otros sistemas regionales de protección de derechos humanos, relacionados con la prohibición de tratos discriminatorios basados en la orientación sexual de las personas.

V. Otras intervenciones ciudadanas

1. En el término de fijación en lista, los ciudadanos Catalina Lleras y Mauricio Noguera, Mariana Gómez García, Miguel Antonio Rueda Sáenz, Rodrigo Uprimny Yepes y Nelson Camilo Sánchez, y Diana Carolina Roa, intervinieron con el fin de coadyuvar la demanda.

1.1. Los ciudadanos Catalina Lleras Cruz y Mauricio Noguera Rojas, allegaron escrito en el que solicitaron a esta Corporación que se declarara la exequibilidad condicionada de la Ley 1098 de 2006, artículo 68, numeral 3, en el entendido de que la expresión allí contenida *"conjuntamente los compañeros permanentes"*, también incluya a las uniones maritales de hecho conformadas por compañeros permanentes del mismo sexo.

El escrito presentado por estos intervinientes se encuentra dividido en dos partes. En la parte A, se analiza el artículo 42 de la Constitución Política y en la parte B, se examina el interés superior de los niños y cómo éstos no se ven afectados por la adopción por parte de parejas homosexuales.

En relación con el artículo 42 de la Constitución Política, los intervinientes señalan que en la forma cómo se ha interpretado esta norma en algunas decisiones de la Corte, marcada por una aproximación literal e histórica, que conduce a la prevalencia de la familia monogámica y heterosexual, desconoce que existen múltiples formas de conformación de familias distintas a la anteriormente mencionada, y que pueden considerarse expresamente reconocidas por el artículo 42 bajo el entendido de *"vínculos naturales o jurídicos"*, o *"por la voluntad responsable de conformarla"*. Entre tales tipos de familia, señalan, se encuentran la familia conformada por la madre/padre cabeza de familia, la familia conformada por un solo padre adoptante y un hijo adoptado y la llamada *"familia de crianza"*. Expresan que la pareja homosexual debe considerarse como un núcleo familiar que merece igual respeto y trato que la familia heterosexual, y que sobre la materia existe un déficit de protección que la jurisprudencia debe corregir.

Por otro lado, los intervinientes advierten sobre una eventual responsabilidad

internacional del Estado Colombiano, en tanto que, con la renuencia a permitir que los homosexuales puedan ejercer plenamente sus derechos a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, a través de la conformación de parejas y familias homosexuales, se desconocerían los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que el Comité de Derechos Humanos, en el caso Young vs. Australia, determinó que el trato discriminatorio sobre los homosexuales no encontraba ningún argumento razonable ni objetivo. Se menciona igualmente el fallo *"Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal"*, por medio del cual la Corte Europea de Derechos Humanos indicó que la protección a la familia no justifica que la legislación interna discrimine a las parejas homosexuales.

En la Parte B, concerniente al principio del interés superior del niño, los intervinientes describen el tránsito normativo y jurisprudencial entre el Decreto 2737 de 1989 y la Ley 1098 de 2006, luego de la ratificación por parte de Colombia de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la cual consagra la protección especial del menor de edad, tomándolo como un sujeto de derechos, en lugar de considerarlo como un *"menor"*. En otras palabras, la *"protección integral"* a la que se refiere la Ley 1098, ya no se funda en una situación concreta reconocida por el Estado (*"situación irregular"*), sino en el *"interés superior del niño"*, independientemente de la situación en la que se encuentre. Adicionalmente, la Ley 1098 consagró la adopción como una medida concreta de restablecimiento de derechos.

Por último, con respecto al principio del interés superior del niño/a, los intervinientes concluyen que, a) ni legal, ni constitucionalmente se ha fijado un criterio basado en la sexualidad de los adoptantes, b) no existe una evidencia empírica concreta y contundente que demuestre que la adopción por parte de parejas homosexuales atente contra el interés superior del niño, c) no es cierto que existe una tensión entre los derechos de las parejas homosexuales y el interés superior del niño (en este punto se hace alusión al más reciente fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, relativo al caso E.B. vs. Francia) y, d) el no reconocimiento de las parejas del mismo sexo como potenciales adoptantes iría en detrimento del interés superior del niño.

1.2. La ciudadana Mariana Gómez intervino con el propósito de allegar el texto elaborado por el ciudadano español Miguel Ángel Sánchez, Director de la Fundación Triangulo de España, en el que se exponen criterios relacionados con algunas dudas sobre el tema de la demanda. En el mencionado documento, se

señala que la adopción es un derecho del menor de edad y no de los padres, pues son los menores los que se encuentran en una situación de desamparo y quienes tienen derecho a que la sociedad les proporcione una familia.

Se debe partir de la premisa de que ya existen familias homoparentales, por lo que no se está en presencia de un debate abstracto. Ahora bien, lo que se debe analizar es la idoneidad de los hombres y/o las mujeres como padres, los cuales deben estar en la capacidad de acoger, cuidar, querer y educar a un niño o una niña, sin la necesidad de fijarse en la orientación sexual del adoptante, puesto que éste no es un factor relevante para darle un hogar al menor.

Permitir la adopción por parejas homosexuales favorecería a los menores de edad, pues podría acceder a los beneficios del régimen de salud de los dos integrantes de la pareja, garantizaría que los dos puedan dar su consentimiento en cuidados médicos, en su educación y en otras decisiones relevantes para la vida del menor. Además, la adopción garantizaría al niño o niña, el derecho de herencia de ambos padres, entre otros beneficios.

Agrega que es importante resaltar que varios estudios han demostrado que los niños que viven en familias homoparentales son heterosexuales y que la orientación sexual de los padres no es determinante para un niño, pues si así lo fuera, no cabría la existencia de gays y lesbianas que se a hayan criado en familias heteroparentales.

En conclusión, permitir la adopción por parejas homosexuales, garantizaría la protección de los derechos de los niños y las niñas.

1.3. El ciudadano Miguel Antonio Rueda Sáenz, psicólogo clínico, intervino con el objeto de coadyuvar la demanda.

El señor Rueda Sáenz pone de presente, de manera preliminar, la inexistencia en Colombia de estudios relevantes acerca de padres y madres con sexualidades diversas (gay, lesbianas, bisexuales, transgeneristas, o *queer*), razón por la cual la mayoría de los análisis sobre la materia se plantean con base en estudios realizados en Estados Unidos.

Expresa que las investigaciones muestran que no existe ninguna diferencia significativa en el desarrollo de los niños y jóvenes que conviven con padres o madres con identidades de género diversas, no obstante lo cual enfrentan altos niveles e prejuicios y discriminación, por la homofobia y transfobia existentes en

la sociedad.

Otros estudios indican que no existe evidencia de que los niños/as con padres LGBT sufran de daños físicos o psicológicos, ni que la orientación sexual de los padres sea determinante de su propia identidad de género. Es decir, la mayoría de problemas enfrentados por estos menores de edad se debe más a asuntos relacionados con el divorcio y la homofobia social, que con la orientación sexual de sus padres/madres. El interviniente manifiesta que este tipo de prejuicios no están basados en experiencias personales sino en la manera como se transmiten las creencias culturalmente. Adicionalmente, el señor Rueda manifiesta que no existe evidencia empírica que demuestre que las parejas homosexuales difieren significativamente de las heterosexuales para conformar una familia; pues, por el contrario, los resultados de las investigaciones sugieren que estas parejas son tan adecuadas como los heterosexuales para proveer a los niños/as de ambientes familiares, sanos y de apoyo.

Por otro lado, el señor Rueda indica que diversos Estados que han permitido la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Entre éstos se encuentran Holanda, España, Gran Bretaña, Dinamarca, Suecia, Canadá, Alemania, Sudáfrica y algunos estados pertenecientes a Estados Unidos.

1.4. Los ciudadanos Rodrigo Uprimny Yepes y Nelson Camilo Sánchez, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), solicitaron a la Corte Constitucional la declaratoria de inexequibilidad del numeral 3º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y del artículo 2 de la Ley 54 de 1990.

Empiezan los intervinientes por señalar que la Sentencia C-814 de 2001, que declaró exequible la exclusión de las parejas del mismo sexo para acceder a la adopción, fue, en su momento, equivocada y es constitucionalmente inconveniente, lo cual resulta evidente a la luz de los nuevos desarrollos jurisprudenciales de la Corte. Así, consideran que si bien es cierto que no existe un derecho fundamental a adoptar y que el legislador puede regular la adopción, ese fallo no tuvo en cuenta que se debió haber realizado un *"test estricto de igualdad"*, en cuanto se trataba de una distinción basada en una categoría sospechosa, cual es la orientación sexual.

Manifiestan los intervinientes que la protección a la familia parece no requerir de esa diferencia de trato, pues *"no se entiende por qué admitir la adopción de parejas homosexuales sería un atentado contra las familias heterosexuales"*. Finalmente, en cuanto al principio del interés superior del niño, consideran que no

existe evidencia para concluir que este tipo de adopción atente contra los menores de edad.

De este modo, concluyen que *"[p]ara que los prejuicios contra la homosexualidad sean erradicados y para que la diversidad sea entendida como fuente de riqueza social, es fundamental que en el proceso de la referencia la Corte Constitucional reconozca la igualdad real de derechos de las parejas del mismo sexo y, en consecuencia, acceda a la solicitud de declarar inconstitucional la exclusión a las parejas del mismo sexo de acceder a la adopción."*

1.5. La ciudadana Diana Carolina Roa coadyuvó la demanda de inconstitucionalidad, para solicitar que se declare la exequibilidad condicionada de las normas acusadas.

1.5.1. Para sustentar su posición, la interviniente anexa el texto del investigador chileno Juan Marco Vaggione, titulado *"las familias más allá de la heteronormatividad"*, en el cual, realiza un exhaustivo análisis sobre la concepción tradicional de familia, entendida como la unión de un hombre y una mujer, cuyo objetivo es la procreación, y la concepción contemporánea de familia, como una realidad múltiple y diversa, que abarca a las personas de un mismo sexo. En este aspecto, el autor resalta *"la influencia de la Iglesia Católica y sus sectores aliados en la moral y las costumbres latinoamericanas, por lo que, en su sentir, esta institución continúa siendo el principal opositor a la sanción de leyes y la articulación de políticas públicas favorables a los derechos sexuales y reproductivos de los homosexuales"*.

Para el investigador, la concepción tradicional de familia es heteronormativa, porque *"la heterosexualidad se constituye en la norma desde la cual se regulan las barreras morales y legales. De ahí que el Estado y la sociedad sólo protegen a las uniones conformadas por personas heterosexuales, como quiera que esa la organización legitimada para procrear y así conformar el ideal de familia"*.

No obstante, afirma que el movimiento por la diversidad sexual se ha convertido en los últimos años en un actor político fundamental en la búsqueda de la desinstitucionalización legal y cultural del concepto tradicional de familia, como quiera que, a través de grandes luchas, ha obtenido el reconocimiento de derechos civiles y económicos. Ejemplo de ello, expresa, es el reconocimiento de las uniones de hecho, como sucedió en Dinamarca, primer país en reconocer que las parejas homosexuales gozan de los mismos derechos que ostentan las parejas heterosexuales, y el matrimonio, como sucedió en países como Bélgica,

Sudáfrica, Canadá y España.

En el caso de Latinoamérica, el investigador trae a colación la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, específicamente la Sentencia C-075 de 2007, en la que el concepto de *"dignidad"* tiene un papel preponderante en la discusión sobre los efectos legales de las parejas del mismo sexo. Así, resalta que en dicha sentencia se considera que la exclusión de las parejas homosexuales del régimen patrimonial de las parejas heterosexuales, es discriminatoria, y por lo tanto, contraria a la Constitución.

Por otro lado, el autor cuestiona el hecho de que la heterosexualidad sea la regla en el ejercicio de la paternidad y la maternidad, habida cuenta que *"se ha demostrado que personas y parejas cuya sexualidad se supone no es reproductiva, se reproducen. Adopción, inseminación artificial, intervención de terceros, parejas previas, son algunas de las formas utilizadas para reinscribir la reproducción desde un lugar imposible"*.

En por ello, que el movimiento por la diversidad sexual busca espacios donde se puedan modificar las barreras legales que traban el ejercicio efectivo de los derechos derivados de la filiación.

Bajo esta perspectiva, se presentan dos problemas. De una parte, en relación con la adopción, y por otra, en relación con el cuidado y tenencia de los hijos.

En efecto, para la adopción de niños y niñas por parte de parejas homosexuales se cuestiona si tiene o no *"idoneidad moral"*, partiendo de la premisa de que lo general es concebir la idoneidad en el rol parental de la familia heterosexual.

Sin embargo, bien es sabido que hoy en día existen países que han roto los esquemas tradicionales y les han conferido a las personas LGBTQ la posibilidad de ejercitar su paternidad o maternidad a través de la adopción. Ejemplo de ello lo constituyen países como Dinamarca, Alemania, Islandia y Noruega. Y en Latinoamérica, ejemplos aislados se presentan en México y Argentina.

En Colombia, Vaggione destaca el caso objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia T-290 de 1995. En dicha providencia un ciudadano acudió a la acción de tutela porque afirmaba que su homosexualidad fue factor determinante para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le asignara a terceros la custodia de una menor que se encontraba bajo su cuidado y protección. Aunque en este fallo no se ampararon los derechos invocados por el

accionante, el investigador lo trae a colación para puntualizar que en los temas relacionados con la sexualidad, algunos instrumentos como las disidencias, las aclaraciones y los salvamentos cobran importancia, como quiera que allí se plasman elaboraciones más favorables a las personas homosexuales.

Bajo esta premisa, también se hace alusión a la Sentencia C-814 de 2001, en donde tres de los nueve magistrados que integran la Corporación salvaron su voto, bajo la concepción de que *"el interés superior del menor no es una entelequia abstracta que pueda ser definida por fuera de todo contexto y situación particular, como lo pretendió hacer la Corte, al decidir que el interés de todo menor es pertenecer a una familia monogámica y heterosexual, Sino que, por el contrario, el interés superior del menor es apreciable únicamente a partir del caso particular"*.

Finalmente, En relación con la guarda y tenencia de menores por parte de las personas LGBTQ, el autor afirma que la forma como la heteronormatividad permea el pensamiento judicial cuando se debaten casos de guarda-tenencia de menores es compleja. De este modo, se pueden identificar tres tipos de razonamientos heteronormativos, así:

(i) Para algunos jueces la condición de homosexualidad es razón suficiente para denegar o restringir los derechos de los progenitores, en razón a que esta circunstancia se presenta como una desviación o enfermedad.
(ii) Otros, supeditan el reconocimiento del derecho de las personas homosexuales a la guarda-tenencia de los hijos a la acreditación de que esta situación no constituye un peligro para los menores.
(iii) Si bien la homosexualidad no es dañina en si misma, puede ser utilizada para denegar la tenencia cuando existan pruebas sobre potenciales consecuencias negativas para los menores.

1.5.2. Aunado a lo anterior, la interviniente Diana Carolina Roa allega el contenido de estudios realizadas por la investigadora Charlotte J. Patterson sobre los padres gays y lesbianas y sus hijos- *Lesbian and Gay Parenting*-, cuyo resultado refleja que las habilidades de las madres lesbianas y de los padres gays en la crianza de los hijos pueden ser superiores a las de las parejas heterosexuales, como quiera que desarrollan un alto grado de sensibilidad.

Igualmente, presenta un informe preliminar sobre *el desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales* del Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación en el que se concluye, en relación con el desempeño de gays y

lesbianas en sus roles parentales, que los padres y madres de la muestra estudiada reúnen características personales que aportan, *a priori*, garantías de un buen desempeño en estas tareas.

Adicionalmente, trae a colación un *Dossier* redactado por la Comisión de Educación de COGAM (Colectivo de Lesbianas y Gays de Madrid) en el año 2000, en el que se presenta un informe sobre *la realidad social de las familias formadas por lesbianas, gays y sus hijos e hijas*. Allí se exponen temas como la legislación española sobre la adopción, el lesbianismo y la maternidad, la jurisprudencia sobre la adopción en Estados Unidos, entre otros.

Del mismo modo, la coadyuvante envía apartes del escrito publicado por el psicólogo clínico, epistemólogo e investigador de la sexualidad humana, Lic. Jorge Horacio Raíces Montero, donde se tratan temas como la epistemología de la solidaridad y adopción, la orientación sexual, la identidad de género y la ley de unión civil.

Por último, se presenta el texto denominado "*La adopción, la caída del prejuicio, Proyecto de Ley Nacional de Unión Civil de Argentina*", el cual incluye en su contenido temas como "*la adopción y la alternativa homosexual*", "*adopción y de derechos de los homosexuales", "parejas del mismo sexo que adoptan niños"* entre otros.

2. El ciudadano Hernando Salcedo Tamayo intervino para solicitar que la Corte Constitucional declare que las normas demandadas se ajustan a la Constitución Política. Como fundamento de su intervención, manifiesta que tanto la Asamblea Nacional Constituyente como el legislador, adoptaron de manera expresa el concepto de familia heterosexual, por lo cual, la adopción por parte de parejas homosexuales sólo podría obtenerse mediante una reforma constitucional y, por ende, la Corte Constitucional no está facultada para tomar ese tipo de decisiones. El señor Salcedo señala que la declaratoria de exequibilidad condicionada, adoptada por esta Corte, en numerosas sentencias, no puede llevar a que el juez se convierta en legislador positivo. Por último, el interviniente insta a la Corte para que, de dictar un fallo de fondo, se acoja al precedente establecido en la Sentencia C-814 de 2001.

3. En intervención adicional a la ya reseñada, los ciudadanos Rodrigo Uprimny Yepes y Nelson Camilo Sánchez, amplían los conceptos inicialmente expuestos en el sentido de que la orientación sexual es un criterio sospechoso que justifica la aplicación de un test estricto de proporcionalidad y que la adopción por parte de

parejas del mismo sexo no vulnera la obligación constitucional de proteger a la familia, para hacer algunas consideraciones alrededor de los conceptos científicos emitidos, a solicitud de la Corte, por los departamentos de psicología de algunas universidades.

En ese sentido expresan que los conceptos científicos aportados al debate constitucional tienden a confirmar que no existe prueba empírica que demuestre afectación en los menores que crecen en hogares conformados por parejas del mismo sexo y que, en consecuencia, *"... la regla constitucional adecuada que debe formularse en este 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 desarrollar su argumento, los intervinientes reiteran que en este caso el juicio de igualdad debe abordarse bajo el modelo de test estricto, por tratarse de una categoría constitucionalmente sospechosa; a continuación analizan, desde una perspectiva crítica, las razones que se han presentado para justificar la restricción, principalmente la protección de la familia y el interés superior del menor y, finalmente presentan algunas ideas sobre la función del juez constitucional en la valoración de pruebas empíricas.

4. Mediante escrito radicado el 9 de octubre de 2009, la ciudadana Elizabeth Castillo allega cinco escritos de mujeres que, a partir de sus experiencias personales, manifiestan que no existen razones para impedir que una persona homosexual pueda ejercer la paternidad, por la vía de la adopción, si es del caso.

5. El ciudadano Carlos Fradique Méndez presentó, el 29 de octubre de 2009, escrito en el que manifiesta defender la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

VI. INVITACIÓN A FACULTADES DE PSICOLOGÍA

El Magistrado Sustanciador en el proceso de la referencia, mediante Auto del 5 de mayo de 2009, invitó a los departamentos de psicología de distintas universidades del país para que rindieran un concepto de carácter científico con respecto al

posible efecto que, en el desarrollo integral del menor, puede tener el hecho de ser adoptado y convivir con parejas del mismo sexo, específicamente, indicando su posible incidencia en el proceso de entendimiento de los roles de padre y madre, así como en la formación de su identidad sexual.

En virtud de la mencionada solicitud intervinieron las siguientes universidades:

1. Universidad Javeriana

Mediante escrito allegado a esta Corporación el 22 de mayo de 2009, la facultad de psicología de la Universidad Javeriana, rindió concepto en el que señaló que, la revisión de distintos estudios existentes sobre el particular, muestra que, en la mayoría de los mismos, se concluye que no hay diferencias significativas entre los niños criados por padres heterosexuales y los criados por padres homosexuales, lo cual indica que no existe una razón científica para oponerse *a priori* a la adopción por parte de éstas parejas.

Agrega el concepto que, no obstante lo anterior, un elemento importante a considerar en el presente caso es el impacto social que puede llegar a ocasionar, pues se trata de una situación nueva que contrasta con la forma tradicional y hegemónica de crianza.

1.1. En relación con la familia se expresa que la definición de la misma se ha ampliado, de manera que ésta ya no se reduce a la familia nuclear (padre, madre, hijos) sino que incluye una variedad de tipos de familia, tales como la familia mono parental, las familias reconstituidas, las familias multiculturales, las familias extensas, y, actualmente, las familias de padres del mismo sexo. En relación con éstas ultimas, afirma que aunque en otros lugares han alcanzado reconocimiento social, todavía no ocurre lo propio en Colombia, sin tener en cuenta que las familias, como unidad, cumplen funciones de protección, afecto, educación y contención importantes en el desarrollo de los niños, independientemente de la orientación sexual de los padres.

Advierte que las relaciones entre padres e hijos juegan un papel importante en el desarrollo psicológico y social de los niños y que, hasta el momento, no existe nada que indique que la orientación sexual de los padres afecte su adecuado desarrollo.

Manifiesta que, según los artículos revisados, así como los casos particulares

conocidos por psicólogos, se sostiene que no existe un indicador que manifieste que el funcionamiento de una familia con padres del mimo sexo es diferente a aquellas de padres del sexo opuesto. Los resultados indican que éstas familias no difieren en las dimensiones psicosociales básicas y que la orientación sexual de los padres no está relacionada con sus habilidades para proporcionar un contexto familiar saludable y apropiado a los hijos.

1.2. Indica el concepto que, en los casos de adopción, es fundamental establecer la salud mental de los adoptantes y que ha quedado demostrado que las parejas homosexuales gozan de habilidad parental y salud mental y que, en algunas ocasiones, pueden encontrarse en mejores condiciones que los padres de sexos opuestos.

1.3. Los estudios realizados en Estados Unidos y Reino Unido indican que los niños criados por padres del mismo sexo no presentan diferencias en el funcionamiento social y psicológico con respecto de aquellos que son criados por padres heterosexuales.

1.4. En lo concerniente al desarrollo psicosexual, se señala que aunque no es nuevo el hecho de que dos personas del mismo sexo funcionen como padres de un infante, si es novedosa la posibilidad del reconocimiento del vínculo homosexual de los padres, lo cual parece controversial y preocupante porque aún prima en la cultura la visión de la homosexualidad como una anomalía. Ello explica el temor, en relación a las familias con padres del mismo sexo, de que los hijos sean homosexuales. Sobre esta materia se expresa que no se puede establecer una relación directa y que las investigaciones indican que aunque los niños que han vivido en un ambiente tolerante y de aceptación a la diversidad sexual, tienden a explorar relaciones homosexuales, la mayoría llegan a ser heterosexuales. Así como una pareja heterosexual no determina que su hijo sea heterosexual, de igual manera los hijos de parejas homosexuales no están destinados, dada la inclinación sexual de sus padres, a ser ellos también homosexuales.

1.5. En cuanto al impacto social, en el concepto se manifiesta que todavía hay amplios sectores en nuestro país que rechazan la homosexualidad y que, por lo tanto, los hijos de parejas del mismo sexo podrían ser estigmatizados, sufrir de discriminación y rechazo social. Estas condiciones de rechazo pueden generar en los hijos contradicciones emocionales y posibles dificultades en la socialización. Sin embargo, algunas investigaciones revelan que las parejas de lesbianas y sus hijos son saludables, seguras y efectivas en negociar los múltiples desafíos que

acompañan el ser una minoría y ser estigmatizados. Se ha demostrado que las parejas homosexuales tienen éxito en crear una familia y criar niños socialmente tolerantes.

1.6. Desde la perspectiva de los roles, se expresa que el hecho de que los padres sean del mismo sexo, no implica imposibilidad de la transmisión y el ejercicio de una función materna y una función paterna, porque esto se transmite en el lenguaje, en la vivencia y en la devoción de los padres para responder a las necesidades de los niños, cuyo entorno, por otra parte, no se limita al de la pareja de los padres sino que los menores interactúan con un mundo de hombres y mujeres que les da la oportunidad de reconocerse como pertenecientes a una categoría u otra.

Por lo anterior, el Grupo de Psicología Clínica de la Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana manifiesta que no encuentra objeción a la adopción por parte de parejas homosexuales y considera que éstas deberán ser evaluadas con la misma rigurosidad que las parejas heterosexuales frente a su deseo de adoptar. Estima que crecer en una familia homosexual no implica, de ninguna manera, un trastorno frente a la posibilidad de comprender el rol paterno y materno, pues éste, lejos de ser universal, encuentra su expresión particular en cada familia, todas las personas efectúan la compresión de estos roles y de la identidad sexual.

2. Universidad del Valle

2.1. El Instituto de Psicología de la Universidad del Valle, en escrito allegado el 27 de mayo de 2009, emitió concepto conforme al cual *"... nada en las parejas homoparentales se constituye en un óbice evidente para llevar a cabo una paternidad responsable y que la identidad sexual de aquellos criados bajo su egida no estará marcada de manera lineal por la de sus padres."*

Señala el concepto que a partir del hecho de que la homosexualidad ha sido retirada de los manuales de psicopatología y ha pasado a ser definida como una preferencia en la escogencia de las relaciones de pareja, no es dable anticipar que las parejas homoparentales se constituyan en un riesgo particular para aquellos a quienes aspiren a criar en calidad de padres adoptivos.

Por otra parte se expresa que los roles de padre y madre no se construyen en la mente y en la psiquis de un niño exclusivamente a partir de la figura física de los

padre, sino, principalmente, como resultado de un proceso complejo de socialización y simbolización de relaciones interpersonales que desbordan el ámbito familiar. En este sentido, se indica que la identidad sexual de un niño es compleja y multi-determinada y no puede ser pensada de una forma lineal.

Finalmente, manifiesta que no existen estudios e indicadores fehacientes que determinen los efectos en el desarrollo integral del menor criado en parejas homoparentales, pero que debe tenerse en cuenta que tampoco las parejas heterosexuales son garantía de un desarrollo armónico y que lo relevante es el compromiso que se adquiere al adoptar un menor, que, según ha mostrado la experiencia de otros países, no tiene un destino particularmente distinto en atención al tipo de pareja.

2.2. El 26 de mayo de 2009 se allegó escrito de un profesor de la Universidad del Valle, especialista en psicología y sexología, que no se reseña por no venir avalado por la Universidad.

3. Universidad de los Andes

3.1. En escrito radicado el 5 de junio de 2009, la doctora Angela María Estrada Mesa, profesora asociada del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes, presentó como *amicus curiae* un concepto sustentado en el amplio y específico acervo teórico y de investigación científica existente en el contexto internacional, pertinente respecto del concepto solicitado por la Corte.

De acuerdo con dicho concepto, a partir de las investigaciones científicas revisadas es posible concluir que la orientación sexual no constituye una condición que determine o explique diferencias en el desarrollo psicológico de los hijos de parejas homosexuales.

Al respecto, manifestó que actualmente las organizaciones científicas y profesionales más reconocidas y respetadas mundialmente han señalado que la homosexualidad no constituye un factor que explique diferencias psicosociales entre las personas. De hecho la investigación empírica de alta calidad muestra que los hijos de las parejas lesbianas, gays y bisexuales, no sólo no presentan déficit en el desarrollo, sino que su identidad sexual es mayoritariamente heterosexual.

Los retos de la familia contemporánea, de cara al desarrollo de una identidad

acorde con el tiempo, implican que los padres desarrollen roles de géneros parentales mucho menos estereotipados y diferenciados según el modelo binario de género, el cual, según dicho criterio, a toda luces, está mostrando desfases culturales importantes.

Indicó que los estudios señalan que los homosexuales son personas comunes y corrientes, diferenciándose de las personas heterosexuales en el sexo de las personas con las que establecen relaciones íntimas. En reconocimiento a la evidencia científica acumulada, la *American Psychiatric Association* reconoció en 1973 que "la homosexualidad *per se* no implica discapacidad alguna en cuanto al juicio, la estabilidad, la confiabilidad, ni en general, a las capacidades sociales o vocacionales". Adicionalmente se reconoció que al igual que las personas heterosexuales, las mujeres lesbianas y los hombres gays obtienen importantes beneficios psicosociales cuando reciben reconocimiento y soporte de sus familias y redes sociales. Muchos estudios muestran como lesbianas y gays manifiestan mejor salud mental cuando mantienen sentimientos positivos respecto de su propia orientación sexual, han tenido la oportunidad de desarrollar un sentido positivo respecto de su identidad personal y han logrado una efectiva integración de sus vidas afirmando su orientación sexual.

En cuanto a la formación de identidades de género en niños y niñas criados por parejas homosexuales señaló que, en éste campo, las investigaciones han considerado que existen tres aspectos en la identidad sexual de los hijos de las parejas del mismo sexo. La identidad de género, la cual tiene que ver con la forma como las personas se auto-identifican como hombres o como mujeres; rol de género, se refiere a las actividades de las personas consideradas como conductas propias de su género; y orientación sexual, que se refiere a la escogencia de parejas homosexuales, bisexuales u heterosexuales que llevan a cabo las personas.

a) Identidad de género. 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 normal.

b) Rol de género. Un importante número de estudios han reportado que *"el rol de género y los roles sexuales de los hijo y las hijas de madres lesbianas se mantiene dentro de los límites convencionales típicos"*.

c) Sexual Orientation. En todos los estudios incluidos, la mayoría de los hijos de parejas lesbianas y gays se describen a sí mismos como heterosexuales.

Por lo anterior, concluye que la orientación sexual no es una condición que determine diferencias en el desarrollo psicológico entre niños criados en familias homosexuales y heterosexuales.

3.2. Mediante escrito del 26 de mayo de 2009, el Director del Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes, intervino para aportar un conjunto de pronunciamientos internacionales que refieren estudios científicos de carácter psicológico que avalan la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

La intervención acompaña copia de los siguientes pronunciamientos:

1. Case of E.B. v. France. European Court of Human Rights. Strasbourg 22 January 2008.

2. Supreme Court of Iowa. Supreme Court Case No. 07-1499. Estados Unidos.

3. Supreme Court of Arkansas. Department of Human Services and Child Welfare Agency Review Board.

4. Circuit Court the sixteenth judicial circuit in and for Monroe County, Florida. Juvenile Division. Adoption of John Doe.

5. Circuit Court of the eleventh judicial circuit in and for Miami-Dade County, Florida. Juvenile Division. Adoption of John Doe.

6. La posibilidad jurídica de la adopción homoafectiva. Maria Berenice Dias. Vicepresidenta Nacional del Instituto Brasileiro De Direito De Familia. ExDesembargadora del Tribunal de Justicia del Estado do Rio Frande do Sul. Brasil.

7. Constitucional Court of South Africa. Suzanne Du Toit versus The Minister for welfare and population development.

El interviniente solicita que, a la luz de los anteriores pronunciamientos judiciales, la Corte Constitucional declare la exequibilidad condicionada del numeral 3º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, en el entendido de que la expresión *"conjuntamente los compañeros permanentes" "... también incluye a las uniones maritales de hecho conformadas por compañeros permanentes del mismo sexo".*

4. Universidad Simón Bolívar

El primero de junio de 2009, la Directora del programa de la Universidad Simón Bolívar, rindió concepto respecto del carácter científico sobre el posible efecto que, en el desarrollo integral del menor puede tener el hecho de ser adoptado y convivir con parejas de un mismo sexo.

Expresa el concepto que a través de las relaciones primarias con la madre y el padre se estructura la psiquis infantil, en relación con ellos se interioriza el concepto de masculinidad y feminidad. Ellos trasmiten su concepción de la sociedad y su estructura de valores.

Por lo anterior, resalta la necesidad de la complementariedad que la ofrece la heteroparentabilidad definida por una figura materna claramente diferenciada de una figura paterna. Señala que la madre supone el primer soporte emocional del bebé y que el padre tiene al principio una función importante de apoyo a la díada madre-hijo y que, posteriormente, su papel es básico para introducir al niño en la sociedad en la que vive. A través de su aceptación y valoración, le está posibilitando el que se sienta con pleno derecho a ocupar un lugar en el mundo, consolidando así su autoestima.

Indica, además, que los niños susceptibles de adopción suelen tener una singular experiencia de abandono, maltrato, abuso sexual, internamiento, acogimientos diversos, entre otros. Señala que en este sentido, la orientación homosexual de los padres adoptivos supondría una diferencia adicional y, probablemente, un incremento del sufrimiento y de la discriminación de estos niños.

En cuanto a los estudios referentes a la adopción de menores por parejas homosexuales, señala que presentan algunos problemas metodológicos que impiden su posterior generalización. Sin embargo existen algunas afirmaciones derivadas del conocimiento psicológico, pedagógico y de salud mental que permiten una perspectiva psicoanalítica, por ejemplo, de la importancia díada heterosexual, la cual considera fundamental para superar el complejo de Edipo que da lugar al proceso de identificación, definido como el momento en el cual el niño adopta las características, valores y comportamientos de su progenitor del mismo sexo.

En lo referente al planteamiento de la teoría del desarrollo cognitivo se establece

que los esquemas de género guían las conductas y el mundo que rodea al menor, el cual va formando su visión. De acuerdo con la teoría del esquema de género a partir del procesamiento de información cultural el niño organiza y categoriza la información de acuerdo con lo que dicta una cultura en particular.

Por otra parte, la teoría del aprendizaje social destaca el papel de los padres como agentes que influyen sobre el desarrollo del género de sus hijos, desde una perspectiva más actual, el modelo cognitivo-conductual destaca la interacción entre los procesos cognitivos y los factores sociales. A través del proceso de socialización los niños aprenden el concepto de género, siendo éste el resultado de la interacción entre influencias personales y sociales, en la que se destacan la forma en las que el menor interpreta las experiencias vividas con sus progenitores.

Teniendo en cuenta la anteriores teorías, se concluye que los padres influyen en la identificación de género y se observa como la función desempeñada por ellos orienta al niño hacia actividades apropiadas para el género representando los papeles tradicionales.

Establece que para el psicoanálisis, la importancia de la familia no se centra en los lazos de consanguinidad y parentesco de sus miembros sino en las funciones que cada uno cumple en relación al otro.

De los análisis anteriores se concluye que el estilo de educación predominante en la familia juega un papel importante en la capacidad que los niños desarrollan para lograr acoplamiento o ajuste social, por tal razón, considera que toda situación de adopción busca que el menor en situación de desamparo se integre a la familia adoptiva, constituyéndose un tipo de filiación con efectos idénticos a la filiación biológica.

5. Universidad Pontificia Bolivariana

La Decana de la Escuela de Ciencias Sociales y la Directora de la Facultad de Psicología de la Pontifica Universidad Bolivariana de Medellín, allegaron concepto a la secretaría de esta Corporación, el 10 de junio de 2009, en el cual se hace una aproximación general al tema propuesto, a partir de una revisión del concepto de familia y de la realidad de la adopción de niños en Colombia, para proponer algunas conclusiones desde una perspectiva ética y científica sobre la adopción de menores por parejas del mismo sexo.

Se pone de presente en el concepto que, en la actualidad, la estructura de las relaciones de pareja ya no es únicamente heterosexual y que la sociedad es consciente de las relaciones entre hombres y de las relaciones entre mujeres. Así, se expresa, los avances sociales han dado lugar a nuevas formas de estructura familiar, además de la conformada por la pareja heterosexual, como las que surgen de padres o madres homosexuales, las familias que se originan en la adopción, las reconstituidas, las de acogida y otras. En este contexto se señala que las familias homoparentales son aquellas conformadas por parejas de personas del mismo sexo (dos hombres o dos mujeres) que establecen una relación de pareja conviviente y que pueden tener a su cargo hijos biológicos o de crianza, habidos en relaciones anteriores de uno o ambas personas. Dentro de la diversidad de las estructuras familiares, las familias de padres gay y madres lesbianas son cada vez más visibles y comunes.

Agrega el concepto que algunas investigaciones advierten que no hay repercusiones negativas significativas en los niños adoptivos por parejas homosexuales, lo que quiere decir, que la orientación sexual de los padres adoptivos no es determinante en el desarrollo integral de los hijos. Ésta postura plantea que los padres y madres homosexuales ejercen sus funciones parentales de cuidado, afecto y orientación de un modo no estadísticamente diferente al de los padres heterosexuales, sin repercusiones mayores para los hijos.

Expresa que, por otro lado, diferentes investigaciones señalan que sí existen repercusiones significativas en los niños adoptados por parejas homosexuales, como mayor prevalencia de problemas psicológicos, mayor presencia de experiencias traumáticas, una salud general más deteriorada y mayores conductas de riesgo en relaciones afectivas. Por tales razones, en dichas investigaciones se concluye que el entorno educativo más adecuado para niños y niñas sigue siendo el de una pareja heterosexual establemente comprometida en el matrimonio.

En conclusión, se señala en el concepto que la mayor parte de la literatura no ha detectado diferencias sistemáticas en el funcionamiento del comportamiento infantil de los niños criados por homosexuales en comparación con los que viven con un padre y una madre, ni en el funcionamiento emocional, ni conductual, ni cognitivo, ni social, ni en el área de la preferencia sexual. Se agrega que, sin embargo, en numerosos estudios se sostiene que los datos de dichas investigaciones carecen de rigurosidad metodológica por lo que los resultados son poco confiables. Además, en nuestro país no existen todavía estudios significativos, lo cual no permite extraer conclusiones al respecto.

Desde la perspectiva ética, se plantean argumentos que se sistematizan en diez puntos que confluyen en la consideración conforme a la cual, no obstante que las personas homosexuales merecen todo el respeto y tiene los mismos derechos y deberes que los demás, su unión no es asimilable al matrimonio y permitir la adopción de menores por parejas homosexuales puede implicar que los niños se conviertan en conejillos de indias de un experimento social, privándolos de la posibilidad de acceder a aspectos esenciales de la familia.

Por último, se señala que la adopción no es un derecho de las parejas a tener un hijo, sino es el derecho del niño a tener un padre y una madre y, desde esta perspectiva, debe procederse a defender los derechos de los niños, así como sus intereses en beneficio de su desarrollo integral.

6. Universidad del Norte

Mediante escrito del 28 de mayo de 2009, la Facultad de Psicología de la Universidad del Norte señaló que la adopción por parte de parejas homosexuales genera una serie de preocupaciones desde el ámbito psicológico.

Indicó que la organización psicológica del individuo se puede entender desde un potencial constitucional que hace encuentro con las formas como se constituye el vínculo con los padres y otras figuras que complementan el desarrollo evolutivo del niño, esto se encuentra enmarcado en contextos sociales e históricos que definen los lugares de ser madre, padre, hijos que constituyen el concepto moderno de familia.

Se pone de presente en el concepto que, desde la perspectiva biológica, existe un orden natural que implica la procreación *"... y señala lugares y actos funcionales que deben ser asumidos por la especie; es un orden que rige el desarrollo y evolución y que permite el sostenimiento de la misma."*

Desde el punto de vista social considera que el hombre y la mujer construyen día a día un lugar en la sociedad y cada uno tiene un rol importante en el concepto de familia. Las familias homoparentales implican, en forma clara, unos nuevos patrones de relaciones entre los sujetos que constituyen una sociedad, genera alteraciones en el sistema, así como, unas consecuencias para todos aquellos que lo conforman, la adopción de menores por parte de éstas parejas cambia la forma en las que se comprende el concepto familia, de ser padres y ser madres y de

cómo un niño es llevado a hacer parte de un conglomerado social por parte de los adultos.

Ahora bien, en lo concerniente al aspecto cognitivo y del aprendizaje, se indicó que el menor crece psicológicamente a partir de la reproducción de modelos que propician los padres, este aprendizaje se realiza a partir de la observación de los comportamientos de los adultos, siendo los padres el primer y principal patrón de conducta. En los procesos de identificación de género deben existir relaciones vinculares, tanto con el padre y con la madre, como también con figuras sustitutivas, éste proceso de identificación parte de lo biológico, de las diferencias sexuales anatómicas que se convierten en el primer referente del ser masculino o femenino.

Desde la perspectiva de los derechos del niño y de la ética, en el concepto se expresa que la adopción de menores por parte de parejas homosexuales implica una reflexión desde el principio de la igualdad, puesto que al menor se le impone una marca que lo acompañará en los diferentes momentos de su desarrollo evolutivo.

Se afirma en el escrito dirigido a la Corte, que la adopción por parejas homosexuales responde a un deseo que, incluso, pervierte el orden natural y en el que se anteponen los intereses de los adultos sobre los de los niños.

En el concepto se expresa que, no obstante las anteriores consideraciones teóricas, es preciso adelantar investigaciones científicas rigurosas y contextualizadas a las características propias de nuestra época, que establezcan de manera clara y precisa los posibles efectos que, en el desarrollo integral del menor, puede tener el hecho de ser adoptado y convivir con parejas de un mismo sexo.

7. Universidad de la Sábana

La Facultad de Psicología, mediante escrito de fecha del 27 de mayo de 2009, presenta un concepto en el que, de manera preliminar, se observa que la principal dificultad que surge en torno a la materia propuesta surge del hecho de que la evidencia científica disponible no arroja resultados concluyentes. Se hace notar que existe amplia discusión sobre aspectos metodológicos de los estudios que soportan las diversas posturas en torno a los efectos en los menores de la

adopción por parejas homosexuales y que muchos de esos estudios se centran en el fenómeno de la *"second parent adoption"*. Se pone de presente, así mismo, que en el país no existe material disponible que permita establecer la situación en la cultura local, razón por la cual se concluye que la información científica sobre el argumento de la construcción de roles paterno y materno en entorno de menores convivientes con pareja homosexual no es aún claro, así como tampoco existe información concluyente sobre la construcción de identidad sexual de dichos menores.

Indica el concepto que las principales sociedades científicas se han manifestado a favor de mantener una posición que no distinga por la orientación sexual para los casos de adopción, estableciendo que el principio de decisión debe estar encaminado a obtener los mejores intereses de los menores antes que los derechos proclamados por los adultos. Sin embargo, aclara que la mayoría de las investigaciones se orientan desde una perspectiva neopositiva que desconoce los diversos contextos sociales o culturales a través de los cuales se conforma la identidad. Lógicamente las condiciones culturales diversas que caracterizan el contexto norteamericano y el colombiano no permiten generalizar ampliamente conclusiones, en nuestro entorno colombiano, no hay material disponible que permita establecer la situación en la cultura local.

De acuerdo con el concepto, es preciso tener en cuenta que la información científica sobre la construcción de los roles paterno y materno, y sobre la construcción de la identidad sexual en menores convivientes o adoptados por pareja homosexual no es concluyente y puede resultar contradictoria. Así mismo, se expresa que la fundamentación teórica sobre la construcción de masculinidad en entorno parental homosexual parecería inclinarse hacia riesgos de interferencia negativa en el desarrollo psicosocial. Se observa, además, que en estas materias, la argumentación suele ser fuertemente marcada por posiciones ideológicas que potencialmente influirían sobre la presentación de los hallazgos científicos.

Desde la perspectiva del principio de beneficencia, se considera que ante la falta de evidencia sobre un mejor resultado en el entorno de una pareja homosexual, debería preferirse el modelo heterosexual, esto es, ante la ausencia de ventajas demostrables de la parentalidad homosexual, es conveniente preferir la parentalidad heterosexual tradicional.

En consecuencia, y atendiendo a la responsabilidad ética inherente a la práctica psicológica clínica, en el concepto se señala que la posición más conveniente ante el conflicto potencialmente lesivo de la beneficencia de menores, sería esperar a

que el desarrollo técnico e investigativo, permita alcanzar conocimientos más claros sobre los dos supuestos en cuestión.

8. Universidad Autónoma de Bucaramanga

En escrito allegado a esta Corporación el 26 de mayo de 2008, la Directora del Programa de Psicología de la Universidad Autónoma de Bucaramanga presentó un concepto en torno a las inquietudes planteadas por la Corte.

En primer lugar, manifestó que, desde el punto de vista psicológico, el vínculo afectivo del niño hacia sus figuras parentales es un factor determinante en su desarrollo psico-afectivo.

En ese contexto observa que las figuras homosexuales, tienen una tendencia mayor a la inestabilidad, son propensas a comportamientos conflictivos, por lo cual suelen cambiar constantemente de parejas afectivas, hecho que finalmente conduce a la desadaptación social. Este entorno puede traducirse en inestabilidad afectiva de los menores adoptados, lo cual repercute en la estructuración de su personalidad y en la adaptación al medio, así como en el establecimiento de sus relaciones interpersonales.

Señaló que en el perfil psicológico de personalidad homosexual, se observa una mayor incidencia de rasgos psicopatológicos (egocentrismo, autocompasión, inmadurez afectiva, celotipias, infidelidades, depresión, ansiedad, adicción a las drogas, etc), lo que contribuye al desarrollo disarmónico de la personalidad del niño adoptado y a las dificultades en la interacción en esos modelos de conducta.

Así pues, el niño que solo conviva con padres homosexuales adoptivos, percibirá en su entorno inmediato a un solo tipo de figura sexual, construyendo en su memoria esquemas mentales de padres de un mismo género, sin lograr interiorizar la imagen con las diferencias de género, lo cual lo enfrentará a un conflicto cuando inicie su proceso de socialización en el contexto cultural colombiano.

Dicho enfrentamiento genera como consecuencia, una disminución en su autoestima en razón al "*señalamiento del medio hacia sus seres queridos (padres adoptivos); un señalamiento peyorativo de sus pares hacia él, frente a denominaciones que no ha vivenciado y no comprende; un aislamiento social al no estar incluido dentro del grupo heterosexual; una carga emocional negativa temprana que favorece el resentimiento social asociado a la discriminación;*

inestabilidad emocional al amar y al odiar a la vez en forma permanente, a las figuras parentales y a sus representantes del mismo género; una agresión reprimida que se hace más evidente al crecer la persona porque no tuvo la oportunidad de elegir su identidad y orientación. Es decir posee una estructura de forma incompleta y sectorizada al relacionarse con figuras parentales de un mismo y único sexo".

Ahora bien, en lo concerniente a la incidencia en el proceso de entendimiento de los roles de padre y madre de un mismo sexo, por parte del niño, y en la formación de la identidad sexual, indica que el contexto cultural colombiano se encuentra enmarcado de valores fuertes hacia el machismo, las familias heterosexuales, las tradiciones y las costumbres religiosas, las anteriores consideraciones se convierten en factores incidentes en el proceso de socialización del niño adoptado por padres del mismo sexo.

Expresa que el fin de la adopción es la protección del menor desvalido y no la satisfacción del adulto que busca suplir, a través de él, sus propias necesidades; por tanto, la adopción como proceso debe propender por el derecho a la salud psíquica y por el desarrollo de una identidad personal configurada que integre lo masculino y femenino.

9. Universidad Nacional

9.1. La Universidad Nacional allegó un concepto, el 22 de mayo del presente año, en el cual manifiesta que no es perjudicial para las niñas y los niños convivir con parejas del mismo sexo, basándose en diferentes conceptos e investigaciones que se han adelantado en relación con la homosexualidad, las relaciones de parejas de esta orientación sexual, así como de las adopciones de menores que se han llevado a cabo en otros países.

Expresa, de manera preliminar, que en la *Resolution on Sexual Orientation, Parents, and Children*, los representantes del consejo consultivo de la *American Psychological Association – APA*, reconocieron que no existe evidencia científica acerca de la relación entre orientación sexual de las madres y los padres y la capacidad de maternaje y paternaje: *"las madres lesbianas y los padres gays están en las mismas condiciones que las madres y padres heterosexuales de proporcionar apoyo y ambientes saludables".*

El concepto presenta a continuación un pormenorizado análisis de evidencia

científica alrededor de los siguientes cuatro argumentos:

1. La sociedad actual tiende cada vez más al modelo de paridad entre las funciones de cuidado y proveeduría económica independiente del sexo en la familia actual. Es decir, tanto la maternidad como la paternidad pueden ser asumidas independientemente de la orientación sexual y de la composición familiar.

2. Los estudios sobre psicología y homoparentalidad concluyen que la dinámica familiar de las parejas homosexuales ofrece un modelo más igualitario en el aprendizaje de los roles de género que la dinámica familiar de parejas heterosexuales con menores a cargo. 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.

3. Los estudios sobre roles de género y bienestar psicológico muestran que la convivencia de menores de edad con parejas del 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.

4. Los riesgos en el ajuste psicosocial para hijas e hijos de parejas del mismo sexo no están asociados con la condición homosexual de sus padres o madres, sino el estigma que la sociedad hace caer sobre ella.

En lo concerniente a la homoparentalidad, deja en claro que con la actual evidencia empírica las personas lesbianas gay, bisexual y transgeneristas logran adquirir las habilidades necesarias para que sus hijos alcancen logros positivos.

Señala que, en efecto, algunos estudios que se han realizado en parejas de mujeres lesbianas, demostraron las ventajas de la educación impartida por mujeres lesbianas para los niños y niñas entre las cuales se encuentras: (i) las co-madres lesbianas no-biológicas muestran mejores habilidades para la crianza que las madres biológicas y los padres biológicos; (ii) se sincronizan mucho mejor en las tareas de cuidado que las familias heterosexuales. Las madres biológicas reportan estar más involucradas en el cuidado de los hijos, mientras que las madres no biológicas invierten más tiempo en actividades remuneradas fuera del hogar.

En cuanto a los roles parentales indica que las investigaciones han sido congruentes al concluir que los hijos o hijas de madres lesbianas y padres heterosexuales poseen conductas similares especialmente, en las áreas de funcionamiento intelectual y ajuste en su comportamiento.

Por otra parte, señala que los estudios de las parejas de hombres gay señalan que no se puede concluir que existan razones para preocuparse por el desarrollo infantil de niñas o niños que estén bajo la custodia de hombres gay. Por el contrario, se ha demostrado que los padres gay tienen las mismas capacidades de proveer las mismas oportunidades de los padres heterosexuales.

Por último, en el concepto de la Universidad Nacional se hace referencia a las investigaciones que se han realizado atendiendo a los efectos en la socialización sexual de niñas y niños de parejas de mujeres lesbianas y hombres gay. Al respecto, señala que no existen diferencias entre niñas y niños educados por lesbianas y los educados por parejas heterosexuales en cuanto a aspectos como: auto concepto, ansiedad, depresión, problemas de conducta y desempeño en áreas sociales, el uso de consejería psicológica, los reportes de hiperactividad en el aula de clase, dificultades emocionales, en sociabilidad y en comportamiento en general.

En lo referente a la identidad sexual de los menores criados por parejas homosexuales, en las investigaciones realizadas no se ha encontrado evidencia empírica que confirme el prejuicio sobre los efectos negativos en la identidad sexual atribuibles al hecho de tener madres o padres homosexuales. A este respecto, se concluye que, por el contrario, la evidencia disponible muestra que los hijos o las hijas de las parejas del mismo sexo no se ven afectados en su bienestar psicológico por la orientación sexual de sus padres.

Así las cosas, estableció que la negación de la adopción de hijos por parte de parejas del mismo sexo en función a la orientación sexual representa un estigma para la comunidad LGBT. En consecuencia, indica que no puede seguir estigmatizándose a las parejas del mismo sexo que aspiran a compartir las tareas de cuidado de menores de edad, quienes en un futuro pueden ser personas abiertas a la vivencia de una sexualidad sana y gratificante con responsabilidad.

El concepto se acompañó de copia de 19 estudios científicos realizados en distintas partes del mundo sobre este mismo tema y que apoyan las conclusiones presentadas a la Corte.

9.2. De manera separada, Franklin Gil Hernández, investigador asociado de la Escuela de Estudios de Género de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia, intervino para aportar un concepto preparado por la Profesora Anna Paula Uziel de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro

(Brasil), en el que, en lo esencial, se presentan argumentos para desvirtuar tres temores que usualmente se expresan en relación con la adopción por parejas homosexuales: 1) El supuesto riesgo de abuso sexual; 2) La preocupación sobre la orientación sexual de los hijos y, 3) Eventuales trabas psíquicas derivadas de la dificultad de reconocer las diferencias entre los sexos.

VII. Incidente de Recusación al Procurador General de la Nación

Marcela Sánchez Buitrago, en su calidad de ciudadana y de Directora Ejecutiva de la Organización Colombia Diversa, mediante escrito presentado ante esta Corporación, de fecha 20 de febrero de 2009, interpuso un incidente de recusación contra el señor Procurador General de la Nación, alegando la causal de "interés directo en la demanda", por lo que solicitó que se declarara impedido para emitir concepto frente al proceso de la referencia.

Mediante Auto de 21 de abril de 2009 la Corte Constitucional resolvió declarar que no era procedente la recusación formulada por la ciudadana Marcela Sánchez Buitrago, contra el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, para conceptuar en el proceso D-7415, debido a que, por un lado, concluyó que no podía predicarse la concurrencia en el señor Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, de un interés moral inhabilitante para conceptuar dentro del proceso de constitucionalidad identificado con el radicado D-7415, y, por otro, dictaminó que si bien es cierto que el señor Ordóñez Maldonado, en distintos escenarios, en el marco de una determinada concepción sobre el Derecho, ha fijado una posición personal en relación con la homosexualidad, no puede decirse que tales expresiones generales equivalgan a la manifestación de un concepto jurídico sobre la constitucionalidad, a la luz del ordenamiento positivo y la jurisprudencia constitucional, de la disposición acusada dentro del expediente D-7415.

VIII. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante comunicación de fecha 25 de febrero de 2009, el Señor Procurador rindió el concepto de rigor dentro el presente proceso, y solicitó a ésta Corporación que declare la exequibilidad del numeral 3 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, así como el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 y que, en el caso de que profiera una sentencia condicionada, interprete que la expresión *"compañeros permanentes",* para los efectos de la constitución de la familia y de la adopción, no incluye a las parejas convivientes del mismo sexo.

En orden a resolver el problema jurídico planteado en la demanda, el Ministerio Público presentó algunas reflexiones sobre la regulación constitucional de la familia, en particular en relación con tres específicas cuestiones: La primera, relativa a la forma como la Sentencia C-814 de 2001 realizó la valoración *iusconstitucional* sobre la familia, en razón de que una de las normas declaradas exequibles en esa oportunidad por la Corte (el artículo 90 del Decreto 2737 de noviembre 27 de 1989) guarda relación con el numeral 3 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, parcialmente impugnado; la segunda, referente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento de derechos a las parejas convivientes del mismo sexo y, la tercera, vinculada con la valoración constitucional respecto a la familia y a la adopción.

El Ministerio Público pone de presente la reiterada jurisprudencia constitucional en torno a los derechos de las parejas homosexuales, pero también advierte la existencia de una jurisprudencia específica sobre la temática de la familia y de la adopción. En su criterio, existen, por tanto, dos clases de precedentes que deben armonizarse, en la medida en que esa armonización sea imperiosa en el marco constitucional.

Estado Social de derecho ante la familia.

El Estado, ha reconocido a la familia como una institución básica de la sociedad, respecto de la cual el Estado y la sociedad garantizan su protección integral. Además, reconoce que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, así como es un derecho de los niños tener una familia y no ser separados de ella.

Manifiesta el Ministerio Público que el Estado protege de una forma especial el concepto de familia, sin embargo, ello no quiere decir que no se deba proteger otro tipo de relaciones sociales. En efecto, el Estado Social de Derecho protege a la familia de una manera distinta, lo cual no genera ningún tipo de discriminación si se tiene en cuenta el principio de la identidad de las relaciones, así pues, las relaciones familiares y aquellas que no lo son, no pueden ser interpretadas como relaciones análogas.

El papel del Estado frente a lo familiar se configura, por tanto, ésta es la tesis que defiende el Ministerio Público, en el principio de la diferenciación de las relaciones sociales, que es principio de justicia, según el cual se ha de distinguir entre la forma familiar y la forma no familiar, y el principio de la gradación de la tutela de

las relaciones sociales, también expresión del principio de justicia, según el cual la tutela o la protección social y legal debe ser graduada por la medida en que éstas, las relaciones sociales, contribuyan a la cohesión y a la solidaridad en la sociedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, señaló que es necesaria la existencia de un criterio objetivo, sea éste *iusconstitucional* y *iusfundamental,* a partir del cual pueda aceptarse y, por ende distinguirse tanto la justa diferenciación de las relaciones sociales como la justa gradación de la tutela de esas relaciones sociales. De ser justa esa diferenciación y esa gradación, no existe discriminación por un trato distinto. En el marco constitucional colombiano, los pilares de esa distinción encuentran justificación en los artículos 5° y 42.

La familia como realidad jurídica iusfundamental y iusconstitucional.

El artículo 5º constitucional reconoce como principio fundamental del ordenamiento jurídico la interrelación entre la persona y la familia. Éstos son los términos: «*El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad*». La norma tiene dos partes interrelacionadas. La primera hace referencia a la persona y sus derechos, los que califica como *inalienables* y a los cuales les reconoce *primacía*. La segunda hace referencia a la familia. Entre las dos partes de la norma hay una estrecha relación: la familia está conformada por personas, seres humanos únicos e irrepetibles que tienen el derecho a ser concebidos, a nacer, a crecer y a morir en el seno de una familia. La persona es familia porque coexiste familiarmente con los demás y es social porque es un ser familiar. La familia, por su parte, es una comunidad de personas, vinculadas jurídicamente entre sí.

Así como la persona es *sujeto natural de derechos*, en igual forma, la familia es una *comunidad jurídica natural*. Se trata de una comunidad de personas que se hace posible por la común unión que existe entre quienes la conforman. *Comunidad de vida*, en su sentido de ser el lugar propio y primario de la *generación de la persona***.** *Comunidad debida*, en su sentido de constituir un vínculo jurídico que genera entre quienes la componen derechos y deberes entre sí.

El otro pilar de la regulación constitucional sobre la familia está ubicado en el artículo 42 constitucional. En su inciso primero se establece que la familia «[*s*]e *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».

De las distintas interpretaciones de las normas anteriormente señaladas, se concluye que la familia requeriría, como requisito esencial, la diferenciación sexual, entendida como la unión sexual entre el varón y la mujer que está naturalmente abierta a la vida, lo que claramente permite la procreación, que no sólo crea vínculos biológicos o naturales, sino que da origen a relaciones jurídicas. De esta forma, bien podría afirmarse que habría una *imposibilidad de principio* para que las uniones de convivientes de un mismo sexo puedan considerarse como familia, porque no estarían abiertas naturalmente a la vida.

Con las precedentes consideraciones, este Ministerio Público se permite concluir que el criterio de la *diferenciación sexual* para determinar la constitución de la familia está reconocido constitucionalmente y ha sido el eje de la línea jurisprudencial de la Corte en torno a la familia, como pudo advertirse al analizar las Sentencias C-098 de 1996 y C-814 de 2001.

Manifiesta el Ministerio Público, que lo anterior no significa que no pueda existir otro tipo de relaciones sociales, como las relaciones de los convivientes del mismo sexo, que constituyendo una comunidad de vida permanente y singular deban ser protegidos en sus derechos. Pero esa protección no es asimilable porque no se da el presupuesto de la procreación, al que constitucionalmente está atado el concepto de familia.

El Ministerio Público coincide con la tesis de la Corte Constitucional, en el sentido de que la familia que protege la Carta Política es la familia monogámica y heterosexual, lo cual no ha sido razón excluyente para que la propia Corte reconozca, en su ya reiterada jurisprudencia, derechos a las parejas convivientes del mismo sexo.

La afirmación precedente, sin embargo, no exime al Ministerio Público para que evalúe si las parejas del mismo sexo tienen derecho de adoptar.

La adopción como realidad iusconstitucional y iusfundamental.

La Constitución Política en el inciso séptimo del artículo 42, hace referencia, de *manera indirecta,* a la adopción. Éstos son sus términos: «*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de el, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*».

Teniendo en cuenta esta norma constitucional, el Ministerio Público señaló que la misma, es especialmente significativa por varias razones e insistió en cuatro ideas claves. La primera, la referencia a los «*hijos*», con la cual la Constitución estableció que la relación más radical, en ese sentido es la relación familiar, es la de ser hijo. Al respecto, afirmó que la familia es la forma humanizada de consanguinidad humana y que la consanguinidad es la fuente originaria del parentesco familiar, que posibilita el resto del parentesco, también el parentesco civil.

Manifestó que la segunda idea, se encuentra estrechamente vinculada a la anterior, si se tiene en cuenta que los hijos *"son habidos en el matrimonio o fuera de él"* , así pues se entiende que la procreación exige una distinción sexual entre el varón y la mujer. Esta interpretación se corrobora con el uso de la expresión *"procreados naturalmente",* que utiliza el inciso 7 del artículo 42 de la Carta Política.

La tercera idea, es la relativa al uso de la expresión los *"hijos adoptados",* lo cual pone de manifiesto que el énfasis constitucional de la adopción está en los hijos, que como niños tienen «*derecho a tener una familia y a no ser separados de ella*», según lo establece el artículo 44 constitucional. Y si la adopción determina la relación legal de paternidad y maternidad, exige como *presupuesto* o *razón suficiente* o *criterio de razonabilidad* la diferenciación sexual entre el hombre y la mujer, para determinar quién es el padre y quién es la madre del hijo adoptado.

Y los hijos adoptados en razón del principio de igualdad y de no discriminación tienen derecho a una relación de paternidad y de maternidad con su padre y madre adoptantes, semejante a la que tienen los «[*h*]*ijos habidos en el matrimonio o fuera de él*» con sus padres biológicos.

La cuarta idea, interrelacionada con las tres anteriores, dice relación con la procreación artificial, que ha puesto de relieve la necesidad de que también en ese ámbito se de la *distinción sexual*, con lo cual la artificialidad de la procreación requiere de una *base natural*.

De esta forma, si el inciso séptimo del artículo 42 guarda una estrecha relación con el inciso primero del mencionado artículo, «*las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja*» heterosexual, porque es de ella, en razón de la *distinción sexual*, que puede determinarse el parentesco de consanguinidad o el parentesco de afinidad.

La figura jurídica de la adopción tiene, por tanto, carácter *iusconstitucional y iusfundamental*. Ese doble carácter ha de inspirar la legislación civil, la legislación de familia, así como la legislación de la infancia y la adolescencia que pretenda regularla.

Valoración iusconstitucional y iusfundamental de las normas impugnadas.

La Ley 1098 de 2006, al establecer los requisitos para la adopción, precisa en el numeral 3 del artículo 68, parcialmente impugnado, que podrán adoptar "[*c*]*onjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por los menos (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*".

Al respecto, se señaló que la norma demandada debe interpretarse armónicamente. Al respecto precisó que, su sentido es aceptar que la adopción requiere el presupuesto constitucional de la distinción sexual, solo así se entiende el uso que hace de los términos divorcios y vínculo matrimonial.

Bajo esa perspectiva, para el Ministerio Público, la norma impugnada no establece discriminación alguna entre las uniones heterosexuales y homosexuales que constituyan una comunidad de vida permanente y singular porque, respecto de éstas últimas, no se configura el presupuesto para la existencia de la familia y la adopción, es decir, no existe una distinción sexual.

Tampoco consideró que pueda argumentarse que el no reconocimiento de tal derecho a las parejas convivientes del mismo sexo genere "*un déficit de protección inadmisible a la luz de la Constitución*", porque estas parejas han sido reconocidas para ciertos efectos jurídicos, pero no se le ha dado el carácter de una relación familiar. No es, por tanto, la Ley 1098 de 2006 la que establece una discriminación a las parejas convivientes del mismo sexo. Es la propia Constitución la que determina cuál es el alcance que da a la familia que protege de manera integral, así como a la forma como ha de entenderse en el marco de las normas superiores la adopción. Parece, por tanto, razonable afirmar que la diferenciación legal de trato entre las parejas heterosexuales que constituyen familia y las parejas homosexuales que no lo son, es un imperativo constitucional.

Así las cosas, sostuvo que la dignidad de la familia resulta tutelable toda vez que existe un trato diferenciador entre las relaciones familiares y las relaciones

sociales que no constituyen familia. Sostuvo, que en el presente caso, la norma impugnada resulta necesaria y proporcionada para proteger los fines del Estado en relación con la familia, la cual es considerada como una institución básica para la sociedad y núcleo fundamental de la misma. Además, la norma impugnada a su consideración, resulta también necesaria para proteger los derechos fundamentales de los niños y para asegurar que la adopción debe regularse desde la perspectiva de sus derechos, sin que ello implique afectar la identidad de otras clases de relaciones sociales.

Con las precedentes consideraciones, el Ministerio Público valora que la norma impugnada no desconoce los artículos 1º, 2º, 13, 15, 16 y 42 constitucionales; antes bien, el numeral 3 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 está en armonía con los principios tutelares de la Constitución en torno al respeto a la dignidad humana, a la igualdad, a la no discriminación, a la protección integral a la familia, así como a la prevalencia de los derechos de los niños.

En consonancia con lo anterior, el Procurador General de la Nación concluye que la expresión *"compañeros permanentes"* que contempla el numeral 3 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 no puede hacerse extensiva a las parejas del mismo sexo, debido que no resulta posible aplicarles la norma por analogía, porque frente a realidades desemejantes no cabe un mismo trato, razón por la cual no existe en el caso *subiudice* ni afectación del derecho a la igualdad ni vulneración del principio de la no discriminación.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada forma parte de una ley de la República, en este caso, de la Ley 1098 de 2006.

2. Solicitud de nulidad

El ciudadano Aurelio Ignacio Cadavid López solicitó, ante la Secretaría General de

la Corte Constitucional, el 9 de marzo de 2009, que se declarara la nulidad de todo lo actuado desde los autos inadmisorio, de rechazo parcial y admisorio parcial de la demanda, o, en su defecto, se decida proferir un fallo inhibitorio por nulidad e ineptitud sustancial de la demanda y del proceso.

Para ello, fundamentó su petición en los argumentos que, para efectos de claridad expositiva, se agrupan en los siguientes tópicos:

2.1. En primer lugar, manifiesta el solicitante que se produjo una *"indebida admisión parcial de la demanda"*, como quiera que, en su concepto, el accionante no demandó todas las normas necesarias para que el fallo que la Corte profiera no sea inocuo, conforme con lo dispuesto con el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991.

En este sentido, afirma que el demandante debió acusar el artículo 2 de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1 de la Ley 979 de 2005 y el parágrafo del artículo 124 de la Ley 1098 de 2006, el cual regula la materia de la convivencia extramatrimonial para fines de adopción. Para el peticionario, las omisiones anotadas, *"necesariamente imponen adoptar en este caso un fallo inhibitorio por ausencia material de objeto para adelantar el juicio constitucional."*.

2.2. En segundo término, asevera que se incurrió en una indebida acumulación de pretensiones en la demanda, por cuenta de que, junto con la pretensión de declaratoria de inexequibilidad del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, el accionante presentó una pretensión subsidiaria de declaratoria de exequibilidad condicionada del mismo. Por ello, el peticionario considera que la demanda debió ser objeto de rechazo, o en su defecto, se debería proferir un fallo inhibitorio dentro de este proceso de inconstitucionalidad.

Para el efecto, el ciudadano cita las Sentencias C-1299 de 2005 y C-1300 de 2005, en las que, considera, se plasmó la doctrina del *"litigio estratégico",* conforme con la cual no es posible, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentar la petición de declaratoria de constitucionalidad condicionada de una norma, siendo, en consecuencia, procedente únicamente la pretensión de declaratoria de inconstitucionalidad del precepto legal del que se trate.

2.3. Adicionalmente, considera el peticionario que la demanda adolece de indeterminación, en cuanto a la norma acusada se refiere. Con respecto a este particular, afirma que, *"el ciudadano actor, pretende tachar de violatorio del*

orden constitucional establecido, el numeral 3 del Artículo 68 de la referida ley 1089. Pero una revisión juiciosa de la norma demandada verifica que la referencia del actor resulta en este caso totalmente equivocada." Continua el ciudadano indicando, sobre este punto, que *"en un momento el actor la denomina como Art. 68 de la Ley 1089, pero posteriormente el mismo ciudadano actor en su texto de la demanda presenta y transcribe otras normas que son correspondientes más bien al Artículo 68 de la Ley 1098, sin que, por tanto, exista identidad entre una primera manifestación del ciudadano actor frente a su pretensión contra el artículo 68 de la ley 1089 y posteriormente contra el artículo 68 de la Ley 1098."*

2.4. Por último, el peticionario anota que la Corte Constitucional, en este caso, carece de competencia para conocer *"de una demanda contra interpretaciones extensivas del actor sobre normas positivas de protección de los derechos de los niños mediante la adopción conjunta y evitar un fallo inocuo y violación de la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros"*. Al efecto, señala que las normas relativas a la adopción conjunta, se sustentan en el concepto constitucional de familia, conforme con el cual, ella se constituye por vínculos jurídicos o naturales, siempre entre un hombre y una mujer, destinada, en este contexto, a proveer a un niño un hogar, como medida de protección conjunta, satisfaciendo con ello la necesidad del menor de tener un padre y una madre.

Por ello, afirma que la pretensión de declaratoria de constitucionalidad condicionada de la norma, en el entendido de que dos personas del mismo sexo pueden adoptar de manera conjunta, carece de fundamento constitucional.

Considera, que los fallos proferidos por la Corte Constitucional relacionados con la extensión en diversos ámbitos, de medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico, en principio, para las parejas heterosexuales a las parejas homosexuales, deben ser aplicadas exclusivamente para los convivientes, sin que de ello se deduzca que constituyen una familia, y sin que de ello se derive un perjuicio para las parejas del mismo sexo, sin que se haga necesario que se les aplique extensivamente las normas que rigen la materia. Por ello, considera, que este defecto de la demanda acarrea nulidad del proceso de la referencia.

De otra parte, el peticionario se muestra inconforme frente a lo que considera una omisión del Magistrado Sustanciador, en el sentido de que no comunicó ni convocó a varios de las organizaciones privadas y públicas que actualmente son responsables en Colombia de procesos de adopción, sean nacionales o internacionales, y que trabajan con el ICBF, y bajo su tutela. Ello, a su juicio,

impide su participación en el debate constitucional.

Como conclusión de lo expuesto, el ciudadano solicita que *"al proveer sobre su decisión en la sentencia, se adopte un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva y adjetiva de la demanda y del presente proceso en referencia en consideración a los múltiples vicios de procedimiento respetuosamente destacados por el suscrito ciudadano, que resultan insubsanables o por aquellos otros adicionales que se identifiquen por la H. Corporación en este caso."*

2.5. Conforme a lo anterior, se impone para esta Corte el análisis y estudio de los cargos de nulidad formulados en el presente proceso, de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional y las normas pertinentes.

2.6. Al tenor de lo establecido en el inciso 2 del artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, *"por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional"*, procede la nulidad de los procesos que se adelantan ante la Corte Constitucional, siempre que se alegue antes de que se profiera el correspondiente fallo. Para el efecto, *"Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el pleno de la Corte anule el proceso"*.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que en los juicios de constitucionalidad es procedente alegar la nulidad, siempre y cuando ocurra antes de dictarse la sentencia. Es decir, para que pueda, excepcionalmente, solicitarse la nulidad dentro de un proceso de constitucionalidad, es preciso que el proceso esté en curso y no se haya dictado sentencia aún.
Sobre este particular, ha de resaltarse que la jurisprudencia constitucional, de manera uniforme, ha considerado que la petición de nulidad de un proceso de constitucionalidad solamente puede fincarse en violaciones graves del debido proceso, que impliquen una vulneración ostensible del trámite de la acción constitucional. Con todo, si de lo que se trata es de irregularidades que no son significativas, la solicitud de nulidad no está llamada a prosperar.

En ese sentido, ha dicho la Corte, que para que proceda la declaratoria de nulidad de un proceso de constitucionalidad, las razones que sustentan tal petición deben tener como fundamento *"violaciones serias, graves y significativas del procedimiento, que impidan o comprometan la expedición de una sentencia de fondo con el cumplimiento de las garantías previstas en la Ley."*

Finalmente, conforme con lo establecido por el artículo 49 del Decreto 2067 de

1991, citado previamente, la Sala Plena de esta Corporación es competente para conocer de las solicitudes de nulidad que se presenten en el curso de los procesos de constitucionalidad.

2.7. Con fundamento en las consideraciones expuestas, pasa la Corte a analizar los cargos de nulidad presentados en esta oportunidad.

2.7.1. Frente a los cargos de nulidad por indebida admisión parcial de la demanda e indeterminación de la norma que se acusa, al no haberse acusado las normas necesarias ni haberlas identificado apropiadamente, no encuentra esta Corporación que tal situación sea constitutiva de una nulidad ni tampoco de una violación del derecho al debido proceso, como a continuación se explica.

Este Tribunal, a propósito de innumerables pronunciamientos sobre la materia, ha afirmado que, aun cuando en principio, es en el Auto admisorio que se define el cumplimiento de los requisitos mínimos de procedibilidad para que la demanda sea admitida, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo por parte del Magistrado Ponente en aplicación del principio *pro actione*, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del Pleno de la Corte, que es quien está investido de la función de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley (C.P. art. 241-4-5).

En este orden de ideas, la admisión de una demanda de inconstitucionalidad, en aplicación del principio pro actione, que *prima facie* no satisface las exigencias mínimas para el efecto, implica un problema relacionado con la ineptitud sustantiva de la demanda, que llevaría, en todo caso, a que esta Corporación adoptara un fallo inhibitorio, y no, a una violación del debido proceso en el trámite de la acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, los defectos que el peticionario considera se presentaron en la demanda, no tienen la entidad para configurar una causal de nulidad del proceso, pues la decisión de inhibición le corresponde, también, adoptarla al Pleno de la Corte en la Sentencia.

2.7.2. Ahora bien, respecto de la indebida acumulación de pretensiones que alega haberse configurado en la demanda, por cuenta de que, junto con la pretensión de declaratoria de inexequibilidad del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, se presentó una pretensión subsidiaria de declaratoria de exequibilidad condicionada del mismo, observa la Corte que ello no implica quebrantamiento alguno del derecho al debido proceso.

Precisamente, con relación a la solicitud de declaratoria de constitucionalidad condicionada en el ejercicio de una acción pública de inconstitucionalidad, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que *"la formulación que corresponde hacer al titular de la acción pública ciudadana debe contener una directa e inequívoca pretensión de inconstitucionalidad de una norma de rango legal, por contradecir precisamente ella las disposiciones superiores contenidas en la Constitución pues, como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, cuando se solicita la exequibilidad condicionada de una norma "la sugerencia ciudadana de condicionamiento de normas que se estiman exequibles no implica demanda de ellas y, por lo tanto, no da lugar al proceso"."*

Bajo esa línea de orientación, la sola formulación de una pretensión encaminada a la declaratoria de exequibilidad condicionada, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, configuraría un defecto relacionado con la ineptitud sustantiva de la demanda, lo que podría comportar, en un primer momento, que una demanda formulada en esos términos fuese inadmitida o, posteriormente, que esta Corporación dictase una sentencia inhibitoria, y no, a una violación del debido proceso, como equivocadamente lo sostiene el demandante, máxime, cuando la pretensión principal contenida en la demanda es de inexequibilidad de las normas objeto de reproche, y la declaratoria de constitucionalidad condicionada fue propuesta de forma subsidiaria.

2.7.3. En cuanto hace al cargo de nulidad por falta de competencia de la Corte Constitucional para conocer de una demanda contra interpretaciones extensivas del actor sobre normas positivas de protección de los derechos de los menores mediante la adopción conjunta, esta Corporación considera que el mismo no está llamado a prosperar, como quiera que, a más de estimarse inexistente, en realidad, la solicitud se origina en una inconformidad del peticionario con una decisión que no ha sido adoptada por la Corporación.

En efecto, la causal de nulidad invocada por el actor, alude a la naturaleza de los cargos presentados en la demanda contra las normas demandadas, los cuales serán objeto de estudio y análisis por parte de esta Corporación. En ese entendido, no se evidencia transgresión alguna del derecho fundamental al debido proceso.

2.7.4. Finalmente, en lo que respecta a la inconformidad del peticionario con relación a la supuesta omisión en la que incurrió el magistrado sustanciador, al no haber comunicado la demanda a varias de las entidades encargadas de adelantar procesos de adopción, la Sala debe precisar que, conforme a lo establecido en el

artículo 7 del Decreto 2067 de 1991, la fijación en lista de las normas demandas por inconstitucionales, tiene como propósito garantizar el derecho de participación ciudadana, abriendo la oportunidad para que todo el que tenga interés pueda impugnarlas o defenderlas y, consecuencialmente, ofrecer elementos de juicio a la Corte Constitucional para adoptar la decisión en el proceso de constitucionalidad. De suerte que las entidades anotadas tuvieron la oportunidad de pronunciarse con relación a la demanda de la referencia.

Por los argumentos expuestos, la solicitud de nulidad formulada, no está llamada a prosperar.

3. Ineptitud sustantiva de la demanda en el presente caso

La demanda de inconstitucionalidad que se ha presentado en esta oportunidad se orienta a establecer que la expresión *"compañeros permanentes"* contenida en el numeral 3º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, interpretada de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, a cuyo tenor "… *se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho* …", se opone a la Constitución por excluir a las parejas integradas por personas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar.

3.1. De acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial, toda demanda de inconstitucionalidad debe cumplir unos requisitos mínimos, a partir de los cuales sea posible una verdadera confrontación entre la norma legal acusada y los preceptos constitucionales que se estiman violados, como presupuesto para que la Corte pueda proferir una decisión de fondo. Tales requisitos no se limitan al señalamiento de la norma acusada y de las disposiciones constitucionales que se consideran quebrantadas, sino que es indispensable que el actor exponga razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes por las cuales el precepto demandado contraviene la Constitución Política. La primera de esas condiciones, está en la precisión sobre el objeto demandado, esto es, de la norma o normas legales que se pide retirar del ordenamiento por contrariar el estatuto superior.

3.2. Observa la Corte que, en esta oportunidad, el demandante se limitó a demandar el numeral 3º del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que establece los requisitos para adoptar, y algunas expresiones del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, que definen la unión marital de hecho, para de allí deducir una presunta discriminación de las parejas del mismo sexo, por no prever la posibilidad de adoptar un hijo en las mismas condiciones

que las parejas heterosexuales. Sin embargo, el actor no tuvo en cuenta otras disposiciones que desarrollan la institución de la adopción, las cuales, para llegar a una conclusión en uno u otro sentido, tendrían que ser examinadas de manera conjunta y sistemática con las disposiciones demandadas.

En efecto, en este caso, el problema jurídico planteado por el demandante se orienta a impugnar la exclusión de las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar conjuntamente. Sin embargo, de manera más amplia el cuestionamiento tiene que ver con el reconocimiento jurídico del rol parental de manera conjunta a la pareja homosexual, lo cual remite no sólo a la consideración de la posibilidad de que una pareja homosexual adopte a un menor, sino también a la adopción de un menor por el compañero o compañera permanente del mismo sexo de su progenitor biológico, hipótesis que encuadraría en las previsiones de los artículos 64, 66 y 68, numeral 5º del Código de la Infancia y la Adolescencia, disposiciones que no fueron demandadas en este proceso. De hecho varias de las intervenciones y mucha de la evidencia científica aportada a este expediente de constitucionalidad apuntan a esta segunda situación.

3.3. La Corte ha señalado que, excepcionalmente, es posible integrar una unidad normativa, a fin de incorporar al proceso de constitucionalidad el examen de disposiciones que no han sido demandadas, ni son objeto de control previo u oficioso. Es una eventualidad que la Corte ha manejado con criterio restrictivo y cuya procedencia se ha limitado a aquellos supuestos en los que: (i) *"... un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada"; (ii) "... la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas", y, (iii) "... pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad."* En la primera hipótesis, la integración de la unidad normativa busca evitar un fallo inhibitorio; en la segunda, evitar que el fallo de inexequibilidad sea inocuo, y, en la tercera, ejercer un control integral de constitucionalidad sobre contenidos normativos que, en virtud de su conexidad intrínseca, imponen un pronunciamiento uniforme.

3.4. En este caso, en la medida en que el contenido normativo demandado, relativo a la exclusión de las parejas homosexuales de la posibilidad de ejercer conjuntamente el rol parental, se reproduce parcialmente en las disposiciones que excluyen la posibilidad de que los hijos biológicos de uno de los integrantes de una

pareja homosexual sean adoptados por el otro, una eventual declaratoria de inexequibilidad de esa exclusión en el primer caso, resultaría inocua frente a los eventos que quedan cobijados por el segundo, que, presumiblemente, serían los de más frecuente ocurrencia. Además es claro que entre los dos supuestos normativos hay una intrínseca relación de conexidad con el cargo de inconstitucionalidad que ha suscitado el presente proceso. Por esas dos consideraciones cabe señalar que el actor tenía la carga de integrar la proposición jurídica completa, en defecto de lo cual cabría, en principio, que la Corte integrase la unidad normativa, de manera que el análisis de constitucionalidad se realizase en torno a las disposiciones de la Ley que comportan una exclusión de la posibilidad de que la parejas homosexuales puedan establecer relaciones de filiación de manera conjunta con uno o varios menores, esto es, el numeral 3º del artículo 68, que regula la adopción conjunta entre compañeros permanentes y los artículos 64, 66 y 68 numeral 5º, que regulan la adopción de un menor por el compañero o compañera permanente de su progenitor biológico.

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

3.5. En distintas oportunidades la Corte ha destacado las características de público y participativo que tiene del proceso de control abstracto de constitucionalidad de normas, tal como quedó consagrado en la Constitución. De este modo, el debido proceso constitucional comprende la posibilidad de que los ciudadanos intervengan en torno a los asuntos que son objeto de debate constitucional. En principio, en los procesos derivados de la acción pública, el ámbito del debate se fija a partir de los cargos propuestos por el demandante. Es claro que la Corte ejerce un control integral y ello quiere decir que, a partir de un cargo apto para iniciar el proceso, la Corte puede extender su pronunciamiento a aspectos no planteados directamente por el demandante. Sin embargo, como presupuesto para ello, es preciso que el demandante haya presentado una demanda en forma contra una o varias disposiciones, las cuales demarcan el ámbito del pronunciamiento de la Corte. Es sobre esas normas en relación con las cuales se ha presentado al menos un cargo apto de inconstitucionalidad que recae el pronunciamiento de la Corte, la cual puede, a partir de allí, hacer la confrontación de la disposición acusada con toda la Constitución, aunque también es usual que, en razón de la complejidad de ciertos temas, de la multiplicidad de aristas que

puedan presentar, no todas cubiertas en el debate, la Corte prefiera limitar su pronunciamiento a los cargos analizados o a las razones examinadas, dejando la posibilidad de que más adelante, con nuevos elementos de juicio, de manera expresa, se plantee un nuevo debate sobre aspectos de la disposición que no fueron objeto de consideración.

3.6. El control abstracto de normas, por su trascendencia y por los efectos de cosa juzgada *erga ommnes* que generalmente tienen las decisiones que adopta la Corte en desarrollo del mismo, exige particular atención al cumplimiento de los requisitos que la Constitución, la ley y la jurisprudencia han previsto como parte del debido proceso constitucional.

3.7. De acuerdo con la Constitución, cualquier ciudadano puede ejercer las acciones públicas de inconstitucionalidad e intervenir como impugnador o defensor de las normas en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública. Así mismo se establece en la Carta que el Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos (C.P. Art. 242). Adicionalmente, según lo dispuesto en el artículo 244 de la Constitución y desarrollado en el artículo 11 del Decreto 2067 de 2001, la Corte Constitucional debe comunicar al Gobierno o al Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos.

Como se anotó, en los procesos iniciados mediante acción pública, en principio, es la demanda ciudadana la que establece el ámbito del control de constitucionalidad, al determinar cuáles son las disposiciones que habrán de ser objeto de control y presentar en relación con ellas cargos que cumplan con los requisitos que legal y jurisprudencialmente se han previsto para el efecto.

Si bien, como se ha dicho, de manera muy excepcional, cabe que la Corte aplique la unidad normativa y se pronuncie sobre normas no demandadas, ello sólo puede hacerse en los términos previstos en la ley y en la jurisprudencia para el efecto, lo cual exige que, en principio, las normas inicialmente demandadas y aquellas con las cuales se realice la unidad normativa, versen sobre un mismo asunto jurídico.

Así, de acuerdo con la ley, la unidad normativa procede para que la Corte señale las disposiciones que, en razón de la identidad en el asunto jurídico, corren la misma suerte de aquellas que se han declarado inexequibles, pero no para hacer un examen autónomo de constitucionalidad en torno a disposiciones no demandadas, puesto que ello equivaldría a iniciar un control de oficio, que está excluido de la

competencia de la Corte.

En estricto sentido, la unidad normativa cabe en relación con normas que reproducen el contenido normativo declarado inexequible, pero que no han sido demandas, o con otras cuyo valor normativo tiene como presupuesto la existencia de aquella que se declara inexequible. La Corte ha señalado que, más allá de esos presupuestos, es posible la aplicación del concepto de unidad normativa, en un sentido lato, a otros eventos, cuando no es posible pronunciarse respecto de una norma expresamente demandada, sin referirse también a la constitucionalidad de otras disposiciones con las cuales se encuentra íntimamente relacionada, pero advirtiendo que ello exige mucho cuidado para evitar afectar el debido proceso constitucional.

Pretender que la Corte se pronuncie sobre normas no demandadas, por fuera de las referidas condiciones, comportaría una afectación del debido proceso constitucional, porque ello implicaría privar a los ciudadanos del derecho de intervenir para impugnar o defender las disposiciones sobre las que habrá de recaer el pronunciamiento de la Corte. Tampoco se permitiría la participación de las autoridades concernidas, ni la del ministerio público. Incluso los conceptos científicos solicitados por la Corte verían limitado su alcance, si se han solicitado a partir de -y por consiguiente recaen sobre- las disposiciones inicialmente demandadas y no sobre aquellas otras a las que la Corte decidiese extender su pronunciamiento.

En esos eventos, si la Corte declara la exequibilidad de las disposiciones que se han integrado al proceso por la vía de la unidad normativa, se afectaría el derecho de quienes consideran que habrían podido aportar argumentos que, en su criterio, son distintos de los considerados por la Corte y podrían haber provocado un fallo de inexequibilidad, y, a la inversa, si se declara la inexequibilidad de tales disposiciones, se lesionaría el derecho de quienes considerasen que podrían haber aportado argumentos jurídicos o consideraciones empíricas orientadas a desvirtuar los supuestos a partir de los cuales se declaró la inexequibildad, pero que no intervinieron porque desconocían que dichas normas estaba siendo objeto de escrutinio de constitucionalidad.

Como se ha dicho, en el juicio de constitucionalidad, la anterior afectación del debido proceso tendría el agravante de que las decisiones de la Corte son inapelables y producen el efecto de cosa juzgada constitucional. Esto es, la decisión adoptada en un marco en el que no hubo plena garantía de la oportunidad de intervenir a los ciudadanos y demás sujetos interesados, es irreversible.

Para la Corte, en eventos como esos, la decisión inhibitoria es la que mejor garantiza el debido proceso, puesto que no impide que el ciudadano formule nuevamente el cargo y que sobre esa base se reconstituya el proceso, con la oportunidad para que, sobre los elementos completos, se pronuncien todos los ciudadanos interesados, intervengan las autoridades concernidas y conceptúe el Ministerio Público.

En este sentido, en la Sentencia C-670 de 2001, la Corte, al pronunciarse en torno al control que recae sobre los decretos expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias, señaló que, para respetar las reglas básicas del procedimiento constitucional, asegurar la efectividad de los derechos de participación y permitir una deliberación institucionalizada, el estudio que realiza la Corte Constitucional debe restringirse a los preceptos acusados y que sólo de manera excepcional *"[s]erá posible ampliar el objeto del juicio de constitucionalidad a la ley de facultades, en aquellos casos en los que la unidad o integración normativa sea estrictamente necesaria, esto es, cuando para ejercer el control de constitucionalidad sobre el decreto demandado tal operación resulta indispensable, puesto que la proposición jurídica acusada, si bien tiene un contenido propio, se encuentra tan íntimamente ligada con contenidos jurídicos de la ley habilitante, que resulta imposible estudiar cabalmente su constitucionalidad sin analizar la ley de facultades"*.

De este modo, el criterio definido por la Corte en esa providencia, que, en general, resulta aplicable a las distintas modalidades del control abstracto de normas, implica que: 1. Extender, sin limitación alguna, el juicio de constitucionalidad a una norma que no ha sido objeto de demanda, no se ajusta estrictamente al procedimiento que sobre el particular consagran la Constitución y la Ley; 2. Esa ampliación de la competencia de la Corte, para pronunciarse sobre normas que no han sido demandadas, impediría el ejercicio de los derechos y mecanismos de participación que se han establecido en el procedimiento de control de constitucionalidad, porque, respecto de dichas normas, no habría oportunidad para la intervención de las autoridades comprometidas en la materia, ni de los ciudadanos interesados, ni se le permitiría al señor Procurador presentar su concepto en cumplimiento de una de sus funciones constitucionales, y, 3. De esta forma, respecto de esas normas, debido a este control oficioso, no se daría la necesaria controversia constitucional entre el demandante, los intervinientes en el proceso y el Procurador General de la Nación, lo cual llevaría a la Corte a pronunciarse sobre cuestiones respecto de las cuales no se habría producido deliberación pública institucional previa.

En ese contexto, también tiene relevancia la consideración sobre el hecho de que, en ciertos casos, en el juicio de constitucionalidad, reviste particular significación el estudio de distintos elementos de evidencia empírica, a partir de los conceptos que sobre determinados aspectos haya solicitado la Corte o se hayan allegado al expediente, lo cual de alguna manera limita el ámbito del control de constitucionalidad, puesto que si tales elementos de evidencia están llamados a tener un peso significativo, carecería de sentido que la Corte se pronunciara sobre aspectos que no fueron objeto de consideración expresa en los mismos, dado que los elementos normativos introducidos por la vía de la unidad normativa, no se plantearon en el interrogante formulado por la Corte a los expertos invitados, ni los demás intervinientes podían anticipar la incorporación al proceso de los mismos. Y el asunto se tornó aún más complejo si, como ha ocurrido en el presente caso, sin que de manera expresa la controversia se haya planteado en torno a elementos normativos no incluidos en la demanda, varios intervinientes -pero no todos- aportan elementos empíricos de juicio a partir de esos contenidos, en torno a los cuales no se produce, por lo tanto, el requerido debate procesal.

3.9. A partir de las anteriores consideraciones, y descendiendo a la consideración del problema que es objeto de examen en el presente proceso, observa la Corte que la adopción conjunta por parejas homosexuales plantea, desde la perspectiva del menor, el problema de su inserción en un hogar en el que ambos padres tienen el mismo sexo. En orden a adoptar una decisión de fondo en torno a la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el numeral 3º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, la Corte debe dar una respuesta jurídico constitucional a la anterior situación, la cual se desprende no sólo de la disposición demandada, sino también de los artículos que contemplan la posibilidad de la adopción de un menor por el compañero o compañera permanente del padre o la madre biológicos, en relación con los cuales se advierte la existencia del mismo problema jurídico.

Para la Corte, en ese escenario, no es posible pronunciarse sobre la adopción conjunta por parejas homosexuales, sin hacerlo simultáneamente sobre la posibilidad de que una persona adopte al hijo biológico de su compañero o compañera del mismo sexo. Sin embargo, en distintas de las intervenciones ciudadanas, así como en algunos de los conceptos científicos aportados por las universidades, se pone en evidencia la existencia de significativas diferencias entre las dos hipótesis, que si bien tienen un sustrato común en el ejercicio del rol parental de manera conjunta por una pareja homosexual, plantean, también

problemas jurídicos de muy distinta naturaleza, derivados precisamente, de esas diferencias fácticas (Así, por ejemplo, un menor puede vivir en un hogar homosexual con su padre o madre biológica y su compañero o compañera del mismo sexo, y la adopción comporta una decisión de quien ejerce la patria potestad, por oposición a la situación del menor cuya adopción se pretende por una pareja homosexual, ninguno de cuyos integrantes tiene vínculo de naturaleza biológica con él.) Por otro lado, no obstante la relevancia de la diferencia, no todos los intervinientes aluden a ella, ni la misma se analiza de manera sistemática en los conceptos allegados al expediente.

Así, la relación que existe entre las dos hipótesis y el hecho de haber sido incorporadas, ambas, o, indistintamente, una u otra, en las intervenciones que obran en el expediente, aconsejarían explorar la posibilidad de hacer la unidad normativa. Sin embargo, por el otro lado, las notables diferencia fácticas y los disímiles problemas jurídicos que se derivan de las mismas, así como el hecho de que esas hipótesis no son claramente discernidas por los intervinientes, muchos de los cuales no aluden a alguna de ellas, y que el hecho de no haberse demandado expresamente las normas que regulan la adopción de un menor por el compañero o compañera permanente del padre o la madre biológicos, podría comportar una afectación del debido proceso si se optara por dicha unidad normativa, inclinan a la Corte por una decisión inhibitoria, que, como se ha dicho, es la que mejor garantiza el debido proceso.

De este modo concluye la Corte que, dado que el control de constitucionalidad que compete a esta corporación no es oficioso, sino que exige la identificación precisa de la proposición jurídica demandada y la satisfacción, en relación con toda ella, de una carga de argumentación, no le es posible subsanar la falencia advertida en la presente demanda, en cuanto no se integró la proposición jurídica completa, de manera que lo procedente es la inhibición para proferir un pronunciamiento de fondo sobre los artículos acusados.

VIII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo acerca de las expresiones

demandadas de los artículos 68 de la Ley 1098 de 2006 y 1º de la Ley 54 de 1990, por ineptitud sustancial de la demanda.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Impedimento aceptado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MATERLO A LA SENTENCIA C-802 DE 2009

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de certeza y suficiencia en cargo de inconstitucionalidad (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-7415

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 *"por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"* y contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990 *"por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes."*

De manera sucinta quiero dejar sentado que mi aclaración de voto en esta oportunidad va dirigida a resaltar que una razón adicional que debió tenerse en cuenta para sustentar la decisión inhibitoria que la Corte finalmente adoptó, y que la Sala Plena no estuvo a bien considerar, es la relacionada con la insoslayable necesidad que le asistía a la demandante de argumentar, con extrema acuciosidad y contundencia, cómo es posible concluir válidamente que, no obstante que nuestra Constitución Política, en su artículo 42, sienta la directriz general a partir de la cual es regla orientadora del tema, que por ende debería ser acogida, de la manera más fiel posible, en los textos que a nivel legislativo pretendan desarrollarlo, aquella según la cual **la decisión libre de contraer matrimonio**, reconocido éste como una de las formas o modalidades previstas y protegidas para constituir la familia, solo se predica del binomio HOMBRE y MUJER, no es dable descartar absolutamente el acceso a ese específico vínculo, con las características y requisitos que le son inherentes, para las parejas distintas de las que reúnen dicha condición. Una prolija disquisición en tal sentido resultaba menester frente a los lineamientos sentados por esta Corte en las sentencias C-098 de 1996 y C-814 de 2001 para poder concluir, inequívocamente, que los cargos reunían los requisitos de suficiencia y de certeza, los cuales, también por este

aspecto, esto es, por no incorporar el énfasis argumentativo que se echa de extrañar, adolecen de una precaria estructuración que igualmente justifica el que esta causa no desembocara en un pronunciamiento de mérito.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado