

Bogotá, 15 de junio de 2010

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Juan Carlos Henao Pérez
E. S. D.

Ref: respuesta al oficio OPT-A-388/2010
Concepto jurídico en el proceso T-2597191
Accionantes: ■■■ y ■■■

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán Rodríguez, Nelson Camilo Sánchez León y Luz María Sánchez Duque, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia; y Marcela Sánchez Buitrago y Mauricio Albarracín Caballero, miembros de Colombia Diversa, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, obrando en calidad de ciudadanos colombianos y también como integrantes de entidades que desde hace años han investigado el tema de la situación y los derechos de las parejas del mismo sexo, y respondiendo a la invitación formulada por esta Sala en el oficio de la referencia, respetuosamente nos permitimos presentar nuestro concepto frente al proceso de tutela relacionado con la solicitud de adopción consentida reclamada por la señora ■■■, a fin de que su compañera permanente pueda adoptar a su hija biológica.

Considerando que en el presente caso la vulneración de los derechos invocados por las accionantes se deriva de la idea del ICBF de que la solicitud de adopción consentida es improcedente en virtud del carácter homosexual de la pareja en el seno de la cual nació y está creciendo y siendo educada la menor que pretende ser adoptada, nuestra intervención se dirige fundamentalmente a demostrar la invalidez del sustento en el cual se funda el ICBF para rechazar la solicitud. Para tal efecto nuestra intervención se divide en cinco partes.

En la primera parte demostramos que, contrario a lo sostenido por el ICBF, las parejas homosexuales que cumplen con los requisitos establecidos en la Ley 54 de 1990 –tal como sucede con la pareja conformada por las señoras ■■■ y ■■■–, constituyen una unión marital de hecho cuyos miembros se denominan compañeros permanentes para todos los efectos legales. Argumentamos que tal reconocimiento se desprende de una lectura sistemática de las decisiones adoptadas por la Corte sobre los derechos de las parejas homosexuales a partir de la sentencia C-075 de 2007, las cuales establecen además que en cada caso en el cual una norma establece un derecho o una obligación para los compañeros permanentes, se debe demostrar si existen razones que justifiquen otorgar un trato diferente a las parejas homosexuales que tienen tal calidad. Sostenemos que en el caso concreto, esto implica que el ICBF tenía la carga de demostrar por qué, pese a que las accionantes tienen la calidad de

compañeras permanentes, se encontraba justificado dar un trato desigual en razón del carácter homosexual de la pareja.

En la segunda parte justificamos, a partir de una exposición detallada de la jurisprudencia constitucional relevante, que es necesario aplicar un test estricto de proporcionalidad en aras de determinar si existen razones constitucionalmente legítimas e imperiosas que justifiquen el trato desigual dado a las accionantes. Argumentamos la procedencia de este test en el hecho de que este trato desigual entre los compañeros permanentes homosexuales y los heterosexuales se presume inconstitucional por cuanto se funda en un criterio sospecho de distinción, a saber, la orientación sexual.

En la tercera parte aplicamos el test estricto de proporcionalidad al tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales en cuanto a la posibilidad de adoptar. Para tal efecto, demostramos que la justificación que usualmente se utiliza para negar dicha posibilidad, a saber, la protección de la familia y del interés superior del menor, se sustenta en dos presupuestos erróneos. El primero es que la única familia que reconoce y protege la Constitución es la familia heterosexual y monogámica. Sostenemos que este presupuesto se sustenta en una interpretación equivocada del artículo 42 de la Constitución, en la medida en que se basa únicamente en una aplicación desacertada del criterio de interpretación histórico subjetivo, al paso que desconoce los criterios de interpretación literal, sistemática y teleológico. El uso de estos criterios pone en evidencia que la Constitución reconoce y protege diversos tipos de familia, y que por tanto no hay razón para excluir de tal protección a la familia que surge de la unión homosexual.

El segundo presupuesto erróneo es que el interés superior del menor se garantiza si únicamente se permite su adopción por parte de una pareja heterosexual. Para controvertir este presupuesto demostramos que la mayoría de los estudios científicos acerca de los efectos que puede ocasionar en un menor el hecho de ser criado en un ambiente homoparental coinciden en que no se evidencia una afectación negativa en el desarrollo del menor. Con todo, dado que existen algunos estudios que discrepan de esta posición mayoritaria, aportamos algunas ideas sobre la función del juez constitucional en la valoración de pruebas empíricas, y concluimos que la regla constitucional adecuada que debe formularse en el presente caso es que mientras no exista un daño cierto y comprobado –tal como sucede en el tema de la adopción por parejas homosexuales– no puede ejercerse una restricción de derechos fundamentales, máxime cuando está de por medio una categoría constitucionalmente sospechosa en materia de igualdad.

Después de controvertir los dos presupuestos erróneos pasamos a aplicar el test de estricto de proporcionalidad. En relación con la protección de la familia heterosexual argumentamos que no es un fin constitucionalmente legítimo e imperioso porque aquella no es la única familia que goza de protección constitucional. Acto seguido sostenemos que aún si se insiste en esta idea, el trato desigual no resiste el segundo paso del test ya que no existe una relación de adecuación entre la finalidad enunciada y el medio escogido para alcanzarla pues si se acepta que las parejas homosexuales adopten, las parejas heterosexuales no verán menguada la protección que el orden jurídico les prodiga. En lo

que respecta al interés superior del menor, indicamos que aunque es un fin constitucional legítimo e imperioso, el trato desigual dado a las parejas homosexuales es inadecuado e innecesario para alcanzar dicho fin pues, según la evidencia científica, la crianza en una familia homoparental no perjudica el desarrollo y bienestar del menor. Advertimos además que en el caso concreto, la admisión de la adopción solicitada por las accionantes no juega en contra, sino a favor del interés superior de la menor. Tal es así porque con la formalización jurídica de la familia que ya existe *de facto*, la señora ■■■■ adquiriría las obligaciones de madre y la niña adquiriría frente a ella los derechos como hija, y además se establecería el parentesco civil. Sostenemos que si se niega la adopción en el caso concreto, se vulnera el derecho a la igualdad de la menor en relación con los menores que sí pueden ser adoptados por el cónyuge o compañero/a heterosexual de su padre o madre biológico/a, así como su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, lo cual comporta a su vez una vulneración de su derecho a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

En la cuarta parte nos ocupamos de una posible objeción a la posibilidad de admitir la adopción solicitada por las accionantes, a saber, la existencia de un precedente judicial (sentencia C-814 de 2001) en el cual la Corte avaló la constitucionalidad del impedimento de la adopción por parte de las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Argumentamos que a pesar de que con posterioridad a ese fallo la Corte no ha emitido un nuevo pronunciamiento sobre ese tema, tal precedente resulta irrelevante por varias razones. En primer lugar, porque en él la Corte se pronunció sobre la adopción conjunta, no sobre la adopción consentida que es la solicitada en el caso concreto. En segundo lugar, porque la norma sobre la cual se pronunció la Corte fue derogada y la norma vigente en la actualidad ya no habla de pareja conformada por hombre y mujer –como sí lo hacía la norma derogada– sino de compañeros permanentes, expresión esta que, según el cambio jurisprudencial, incluye tanto a parejas heterosexuales como homosexuales. Concluimos entonces que *la ratio decidendi* del fallo en cuestión resulta incompatible con el actual contexto normativo.

De conformidad con lo anterior, advertimos que la Corte puede adoptar dos posibles *ratios*. Una restrictiva que admita la posibilidad de la adopción consentida por parte de compañeros permanentes homosexuales, la cual no implica examinar la vigencia del precedente fijado en la C-814, pues simplemente estaríamos ante una hipótesis distinta a la de ese fallo. O una *ratio* amplia que reconozca que en virtud de los cambios jurisprudenciales dados a partir de la sentencia C-075 de 2007 y al cambio de legislación, el precedente fijado en la sentencia C-814 se entiende modificado y que, al no existir razones constitucionales imperiosas que justifiquen la imposibilidad de la adopción por parte de compañeros permanentes homosexuales, esta debe ser permitida, máxime si se trata de la adopción consentida.

Finalmente, en la quinta parte presentamos unas recomendaciones frente al caso concreto. Sugerimos que además de tutelar los derechos invocados, la Corte debe proferir un tipo de órdenes que no sólo garanticen que el trámite de adopción se lleve a cabo, sino que eviten que en cualquier etapa del trámite se abra la posibilidad de que las señoras ■■■■ y ■■■■ sean discriminadas en razón de su orientación sexual, y que sean vulnerados los derechos de la hija biológica de ■■■■ en virtud también de la condición homoparental de la familia de la cual hace

parte. Sugerimos entonces que la Corte ordene al ICBF Regional Antioquia que adelante el trámite de adopción consentida con sujeción a los siguientes parámetros: (i) reconocer de la calidad de compañeras permanentes de las accionantes; (ii) otorgar a estas el mismo trato que se da a los compañeros permanentes heterosexuales que acuden al trámite de adopción consentida, de tal modo que el carácter homosexual de la pareja sea irrelevante durante todo el proceso de adopción; y (iii) obviar la orientación sexual de la señora [REDACTED] al momento de evaluar el cumplimiento de los requisitos legales que debe reunir el adoptante.

I. Las parejas homosexuales que constituyen unión marital de hecho son compañeros permanentes

En cumplimiento del fallo de primera de instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, el defensor de familia N. 3 del ICBF Regional Antioquia decidió, mediante auto expedido el 9 de noviembre de 2009, avocar el conocimiento del trámite administrativo de adopción por consentimiento solicitado por la señora [REDACTED]. Sin embargo, nueve días después, el mismo defensor de familia expidió la Resolución No. 116 en la que rechazó por improcedente la referida solicitud de adopción, al estimar que para iniciar el trámite en el caso de la adopción consentida se debe probar la calidad de compañero o cónyuge y que en nuestra legislación los únicos que tienen tal condición son las parejas heterosexuales.

Aunque el juzgado de primera instancia concedió la tutela bajo la advertencia de que la condición homosexual de la pareja constituida por las accionantes no podía impedir la realización del trámite de adopción, el ICBF se escudó en una lectura parcial e incorrecta de la jurisprudencia constitucional acerca de los derechos de las parejas homosexuales. En este sentido, pese a que la tutela fue concedida en las dos instancias – aunque la segunda se limitó a tutelar el derecho al debido proceso– el mismo problema persiste: el ICBF se niega a adelantar el trámite de adopción solicitado por [REDACTED] bajo la idea de que es improcedente. Por tal razón, estimamos que es necesario que la Corte se pronuncie de fondo sobre cuestiones que fueron eludidas en los fallos de instancia. La primera de estas se refiere precisamente a la calidad de compañeros permanentes de las parejas homosexuales.

Según el ICBF, la extensión del régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho previsto en la Ley 54 de 1990 a las parejas homosexuales en virtud de la sentencia C-075 de 2007 –que marca el giro de la jurisprudencia de la Corte en relación con los derechos de las parejas homosexuales– no implica el reconocimiento de la calidad de compañeros permanentes a dichas parejas. Ahora bien, si uno simplemente realiza una lectura aislada de la sentencia C-075, la posición del ICBF podría encontrar cierto respaldo en la medida en que este fallo admite dos interpretaciones, una de las cuales coincide con la que realiza el ICBF. En efecto, una interpretación posible es que el fallo limitó su alcance al régimen patrimonial de las parejas. Tal interpretación podría encontrar respaldo en que en la parte motiva del fallo la Corte estableció que no cabía realizar un pronunciamiento abstracto sobre la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 54 de 1990 que define la unión marital de hecho y las expresiones compañero o compañera permanente restringiéndola a las

parejas heterosexuales, sino que era necesario definir caso por caso la constitucionalidad de las normas específicas que fijaran efectos concretos en virtud de esas definiciones, para lo cual se debía integrar la proposición normativa entre el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 y las disposiciones que establecieran tales efectos concretos.

La segunda interpretación posible y que es la más apropiada constitucionalmente, como lo explicaremos ulteriormente, es que al declarar la constitucionalidad condicionada de la ley 54 de 1990 en el sentido de que el régimen patrimonial de bienes allí contenido aplica también a las parejas homosexuales, la sentencia C-075 de 2007 amplió las posibilidades interpretativas de la noción de compañeros permanentes, permitiendo así que también pueda considerarse que ésta incluye parejas del mismo sexo. El sustento de esta interpretación es que la *ratio decidendi* de tal sentencia estableció la subregla según la cual debe existir un mínimo de protección jurídica para las parejas homosexuales allí donde dicha protección existe para las parejas heterosexuales. Con base en esa subregla es lógico concluir que dicho mínimo de protección jurídica es predicable de todos aquellos regímenes que otorgan efectos jurídicos a la figura de compañeros permanentes. Esta conclusión permite entonces afirmar que la sentencia C-075 de 2007 abrió la posibilidad de interpretar la noción de compañeros permanentes en el sentido de que incluye a las parejas del mismo sexo, no sólo para el caso del régimen patrimonial de bienes previsto en la ley 54 de 1990, sino también para los demás regímenes jurídicos que utilizan esa noción para conferir beneficios jurídicos a las parejas no casadas.

Considerando que ambas interpretaciones resultan a primera vista razonables, la posición del ICBF en relación con la sentencia C-075 de 2005 parecería no resultar en principio totalmente desatinada si se parte de un entendimiento puramente literal y aislado de este fallo. Sin embargo, como lo mostraremos ahora, dicha interpretación es equivocada pues el precedente constitucional acerca de las parejas homosexuales no se agota en la sentencia C-075 y, de hecho, las decisiones posteriores resultan fundamentales para definir el alcance de esta sentencia. A partir de dicho fallo se profirieron varias decisiones que reconocen la calidad de compañeros permanentes de las parejas homosexuales que establecen una unión de hecho. En tal sentido, para precisar el precedente en esta materia es necesario realizar una lectura sistemática de la jurisprudencia sobre derechos de las parejas del mismo sexo, y no limitar el análisis a la sentencia C-075, tal como equivocadamente lo hizo el ICBF.

Así, en la sentencia T-856 de 2007, que se sustentó en el precedente establecido en la sentencia C-075 de 2007 para reconocer el derecho de afiliación al régimen contributivo en calidad de beneficiario al compañero permanente homosexual de un cotizante, la Corte indicó que la sentencia C-075 “*introdujo una nueva perspectiva al problema [de los derechos de las parejas del mismo sexo]*”, ya que “*a partir de la decisión las parejas homosexuales pueden constituir uniones maritales de hecho cuando hagan ‘una comunidad de vida permanente y singular’*”¹. Indicó además que a partir de dicho fallo “*para todos los efectos civiles se denominan compañero y compañera permanente a los integrantes de la pareja homosexual que forman parte de la unión marital de hecho*”.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-856 de 2007, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

Del mismo modo, en la sentencia C-798 de 2008, al pronunciarse acerca de la exequibilidad de una disposición que sancionaba penalmente el incumplimiento de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes heterosexuales, la Corte advirtió que la obligación alimentaria existente entre estos resultaba también predicable frente a los compañeros permanentes homosexuales en virtud de los efectos de la sentencia C-075 de 2007, y que por tanto la sanción por el incumplimiento de tal obligación debía también aplicarse a estos últimos. Dijo la Corte:

“[...] la obligación alimentaria consagrada en el numeral 1 del artículo 411 del Código Civil para los cónyuges es aplicable a los compañeros permanentes que, como se sabe, pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual. Como lo ha señalado la Corte, el dato sobre la sexualidad de las personas es completamente irrelevante a la hora de extender la protección patrimonial de los miembros de la pareja y por consiguiente no puede ser utilizado, al menos en principio y salvo alguna poderosa razón fundada en objetivos constitucionales imperativos, para diferenciarla”² (subraya fuera de texto).

Ahora bien, en la sentencia C-336 de 2008, que declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones compañera o compañero permanente consagradas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que las parejas permanentes del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente allí consagrada, la Corte se refirió a lo largo de la sentencia a los compañeros permanentes del mismo sexo, tal y como se puede verificar en los fragmentos que se citan a continuación. Así por ejemplo, en el planteamiento del problema jurídico, la Corte expresó:

“La Sala deberá establecer si la protección que se concede al cónyuge y al compañero o compañera permanente de las parejas heterosexuales, impide válidamente que el compañero o compañera permanente de una pareja homosexual acceda a la pensión de sobrevivientes” (subraya fuera de texto).

Posteriormente, la Corte usa la expresión compañero permanente cuando determina el déficit de protección de las parejas del mismo sexo:

“[...] la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas del mismo sexo, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género” (subraya fuera de texto).

El reconocimiento de la calidad de compañeros permanentes homosexuales también es evidente en la sentencia T-1241 de 2008 en la cual la Corte reiteró los argumentos

² Corte Constitucional, sentencia C-798 de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.

expuestos en la C-336 de 2008 sobre el derecho a la pensión de sobrevivientes. En tal fallo de tutela la Corte le indicó a la entidad accionada que debía ajustar los procedimientos de su régimen prestacional en aras de incluir como beneficiarios a los compañeros permanentes homosexuales:

“la Sala rechaza tajantemente la interpretación que la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares efectuó sobre el orden de beneficiarios para acceder a la prestación, conforme al artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, y en su lugar, habrá de prevenirle para que en adelante ajuste todos sus procedimientos internos a los fundamentos jurídicos establecidos en la sentencia C-336 de 2008³, permitiendo dentro del régimen prestacional de la fuerza pública el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al compañero o compañera permanente de las parejas homosexuales, siempre que cualquiera de ellos cumpla con los mismos requisitos exigidos a los integrantes de las parejas heterosexuales”⁴.

Adicionalmente, la Corte ha proferido otros fallos en los cuales ha declarado la exequibilidad condicionada de disposiciones que establecen consecuencias jurídicas respecto de las relaciones entre compañeros permanentes, bajo el entendido de que tales consecuencias también se predicen respecto de las parejas homosexuales que cumplen las condiciones establecidas en la Ley 54 de 1990. Así, en la sentencia C-811 de 2007, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 y decidió que el mismo es constitucional en el entendido de que la cobertura familiar del plan obligatorio de salud del régimen contributivo también es aplicable a las parejas del mismo sexo. Por su parte, en la sentencia C – 029 de 2009 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de una serie de normas que establecían beneficios o cargas que tenían como destinatarios a las parejas heterosexuales, pero que excluían a las homosexuales⁵. En este fallo, la Corte reiteró la regla según la cual toda discriminación que

³ La aplicación de estos precedentes al régimen prestacional especial de la fuerza pública tiene fundamento en el principio de igualdad y en el valor de las decisiones proferidas por el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 243 de la Carta. La sentencia T-292 de 2006 explicó este fenómeno hermenéutico de la siguiente manera: *“En el análisis de un caso deben confluir los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no: (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”. Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.”*

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1241 de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ Tales disposiciones fueron las siguientes: normas civiles que regulan el patrimonio inembargable de familia, la afectación a vivienda familiar y la obligación de prestar alimentos; la norma que reduce el tiempo para acceder a la nacionalidad por adopción en favor de los compañeros permanentes; las que conceden

se origine en la orientación sexual de las personas y que se proyecte tanto en el ámbito individual como en el de las relaciones de pareja debe someterse a un escrutinio estricto de constitucionalidad.

Las sentencias antes mencionadas conforman un precedente consolidado según el cual la unión marital de hecho se conforma por dos personas que establecen una comunidad de vida permanente y singular, sin tomar en consideración el sexo u orientación sexual de sus integrantes. La lectura completa y sistemática de los pronunciamientos de la Corte acerca de los derechos de las parejas homosexuales no arroja dudas en torno a la calidad de compañeros permanentes que tienen las parejas homosexuales que satisfacen las condiciones previstas en la Ley 54 de 1990.

En virtud de lo anterior, y considerando que las señoras [REDACTED] y [REDACTED] han convivido en una comunidad de vida permanente y singular durante más de dos años (desde el 1° de junio de 2005) y declararon la existencia de la unión marital de hecho mediante escritura pública el 15 de marzo de 2007, resulta claro que ellas tienen la calidad de compañeras permanentes. Advertir lo contrario, tal como lo hizo el ICBF al rechazar por improcedente la solicitud de adopción consentida, comporta un desconocimiento del precedente constitucional sobre la materia y, en consecuencia, invalida el sustento con base en el cual se adoptó tal decisión.

Ahora bien, es preciso advertir que la jurisprudencia constitucional también ha señalado que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras. Esto no conduce a negar la calidad de compañeros permanentes que adquieren las parejas homosexuales que se someten al régimen de la Ley 54 de 1990, sino que impone determinar en cada caso en el cual una norma establece un derecho o una obligación para los compañeros permanentes, si existen razones que justifiquen otorgar un trato diferente a las parejas homosexuales que tienen tal calidad. En el caso concreto, esto implica que el ICBF tenía la carga de demostrar por qué, pese a que las accionantes tienen la calidad de compañeras permanentes, se encontraba justificado dar un trato desigual en razón del carácter homosexual de la pareja, impidiendo la realización del trámite de adopción

beneficios especiales de acceso a derechos de residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a los compañeros permanentes; normas penales, penales militares y disciplinarias que consagran la garantía de no incriminación; las que establecen la posibilidad de prescindir de la pena cuando se comete un delito o contravención de carácter culposo que afecta únicamente al compañero(a) permanente; las que consagran como circunstancia de agravación punitiva de ciertos delitos que la víctima sea compañero(a) permanente o integrante del grupo familiar del sujeto activo; normas penales y preventivas de delitos que tienen por sujeto pasivo al compañero(a) permanente; las que consagran la presunción de la calidad de víctima para acceder a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación frente a crímenes atroces; las que definen los beneficiarios del régimen especial de seguridad social para los miembros de la Fuerza Pública; las que consagran beneficios sociales como la prestación social del subsidio familiar en servicios, el subsidio familiar de vivienda, subsidios y adjudicación de tierras baldías; la que define los beneficiarios de la indemnización por muerte en accidente de tránsito del Seguro Obligatorio de Salud (SOAT); y finalmente, normas de derecho público que establecen límites al acceso y ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos con el Estado.

consentida. Según la jurisprudencia constitucional, para demostrar la justificación de tal trato desigual es preciso aplicar un test estricto de proporcionalidad –que claramente no fue aplicado por el ICBF–, cuestión esta de la que nos ocuparemos en el siguiente apartado.

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

En los últimos dos años, la Corte Constitucional llevó a cabo un giro jurisprudencial en materia de los derechos de las personas homosexuales. En efecto, a través de las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, T – 856 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008 y C – 029 de 2009, la Corte cambió el precedente que durante muchos años mantuvo sobre la materia, y que en lo esencial garantizaba el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (Art. 13 CP) de las personas homosexuales en tanto individuos⁶, pero sin extender tal protección a las parejas y las familias conformadas por estas personas⁷.

El origen de este cambio de precedente se encuentra en la sentencia C-075 de 2007 en la cual la Corte estableció un precedente constitucional nuevo en materia de derechos de las parejas homosexuales aplicable a todos los temas relacionados con estas, según el cual, si bien pueden existir diferencias entre las parejas heterosexuales y homosexuales, ambos tipos de parejas presentan unos requerimientos análogos de protección. Estos requerimientos derivan, de un lado, de que unas y otras parejas tienen un mismo valor y una misma dignidad que exigen una igual protección y, de otro lado, de que la libre opción sexual se ejercita y tiene efectos en el ámbito de la vida en relación, por lo cual las parejas del mismo sexo demuestran necesidades similares que las parejas heterosexuales para lograr la realización de su proyecto de vida en común.

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

⁶ Ver, entre muchas otras, Corte Constitucional, sentencias T-097 de 1994, C-481 de 1998, T-618 de 2000.

⁷ Ver, entre otras, las sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004, T-349 de 2006.

mínimo de protección a esas parejas, derivado de los requerimientos análogos de protección.

Las subreglas anteriormente mencionadas han sido reiteradas en posteriores sentencias de constitucionalidad que las han aplicado a temas distintos de aquel tratado por la sentencia C-075 de 2007. Así, en la sentencia C-811 de 2007, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 y decidió que el mismo es constitucional en el entendido que el régimen de protección allí consagrado consistente en la cobertura familiar del plan obligatorio de salud del régimen contributivo también es aplicable a las parejas del mismo sexo. Además de utilizar la sentencia C-075 como marco de referencia, la sentencia C-811 no se limitó a reiterar sus subreglas, sino que también aportó elementos relevantes para la consolidación del precedente sobre la materia. En particular, al referirse a una norma cuyo alcance se encontraba determinado por la protección especial de la familia, la Corte hizo un análisis agudo de esta protección como objetivo buscado por la exclusión de las parejas del mismo sexo, y concluyó que esta no era necesaria para lograr ese propósito pues este podía lograrse perfectamente con la inclusión de las parejas del mismo sexo, inclusión que en nada reduciría la protección acordada a las familias y parejas heterosexuales. Así, dijo la Corte:

La exclusión de la pareja del mismo sexo del sistema de salud tampoco es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la indefectible desprotección del núcleo familiar. La Sala considera que la detección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no necesariamente implica la reducción de beneficios a la célula familiar, ni la disminución de los niveles de atención a los miembros de la pareja heterosexual, por lo que no existe justificación alguna para señalar que una medida como la que ahora se impone involucre afectación de la protección que la Constitución ofrece en esta materia.

De esa manera, la Corte cambió su jurisprudencia anterior en la cual había considerado a la protección de la familia heterosexual como una justificación razonable y objetiva para excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados a parejas heterosexuales.

Posteriormente, en la sentencia C-336 de 2008 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones compañera o compañero permanente consagradas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que las parejas permanentes del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente allí consagrada. En esta sentencia se aplican al caso concreto las subreglas establecidas en la sentencia C-075 de 2007 y se concluye que la exclusión de las parejas homosexuales de la pensión de sobrevivientes no responde a un principio de razón suficiente, y constituye un déficit de protección que vulnera la prohibición de discriminación (Art. 13 CP), la dignidad humana (preámbulo, Art. 1 CP) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 CP).

En el mismo sentido, en la sentencia C-798 de 2008 la Corte declaró la exequibilidad

condicionada del párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007 que consagra el tipo penal de inasistencia alimentaria, bajo el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo. En tal oportunidad la Corte indicó que la exclusión del miembro más débil de la unión de hecho integrada por dos personas del mismo sexo de la protección penal reforzada en materia de alimentos comportaba un déficit de protección que no respondía a ningún fin constitucional legítimo e imperioso.

Finalmente, en la sentencia C – 029 de 2009 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de una serie de normas que establecían beneficios o cargas que tenían como destinatarios a las parejas heterosexuales, pero que excluían a las homosexuales. En este fallo, la Corte reiteró la regla según la cual toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas y que se proyecte tanto en el ámbito individual como en el de las relaciones de pareja debe someterse a un escrutinio estricto de constitucionalidad. Al respecto puntualizó:

la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y que, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución

Las sentencias antes mencionadas conforman un precedente consolidado en materia de derechos de parejas homosexuales que resulta plenamente aplicable al presente caso. En efecto, el ICBF se ha negado a llevar a cabo el trámite de adopción solicitado por la señora ■■■ ■■■ fundado en la idea de que la legislación colombiana restringe la adopción a las parejas heterosexuales. Tal negación comporta un trato desigual entre los compañeros permanentes homosexuales y los heterosexuales que se presume inconstitucional por cuanto se funda en un criterio sospecho de distinción. Es necesario entonces aplicar el test estricto de proporcionalidad en aras de determinar si existen razones constitucionales e imperiosas que justifiquen el trato desigual.

III. Aplicación del test estricto de proporcionalidad al tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales en cuanto a la posibilidad de adoptar

El primer paso del test estricto de proporcionalidad consiste en determinar si el trato desigual obedece a un fin constitucional que sea imperioso y constitucionalmente legítimo. En lo atinente a la cuestión de la adopción por parte de compañeros permanentes homosexuales dos son los fines que usualmente se han esbozado para justificar el trato

desigual: (i) la protección de la familia –que según la interpretación de la Corte sería la heterosexual y monogámica–, y (ii) la protección del interés superior del menor.

En la sentencia C-814 de 2001 que declaró la exequibilidad de la disposición del ya derogado Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) que excluía a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar, la Corte se refirió a tales fines en los siguientes términos:

“A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener la familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, [...]. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores”⁸.

Aunque tanto la protección de la familia como la del interés superior del menor son fines constitucionalmente imperiosos y legítimos, estimamos que los mismos no justifican el trato desigual prodigado a los compañeros permanentes homosexuales en materia de adopción. Esto es así por cuanto la invocación de tales fines parte de presupuestos erróneos, a saber, (i) que el único tipo de familia que goza de protección constitucional es la familia heterosexual, y (ii) que el interés superior de los menores se protege garantizándoles que sólo puedan ser adoptados por una pareja heterosexual. A continuación nos referiremos a tales presupuestos con el objeto de demostrar que los mismos carecen de justificación y, acto seguido, procederemos a aplicar el test estricto.

1. Presupuestos para la aplicación del test

a. La familia que goza de protección constitucional no se restringe a la que se constituye a partir de la unión de un hombre y una mujer

La Corte ha sostenido de manera reiterada que la familia que protege la Constitución es la heterosexual y monogámica. Tal postura se afianza en una posible interpretación del artículo 42 de la Constitución que en su primer inciso dispone que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Esta interpretación es explicada de modo amplio en la sentencia C-814 de 2001 en la cual la Corte declaró la exequibilidad de la restricción de la adopción a las parejas conformadas por un hombre y una mujer establecida en el Código del Menor que fue derogado por la Ley 1098 de 2006). En dicho fallo se indica que

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

con base en una interpretación literal del citado inciso puede razonablemente afirmarse que la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual pues a eso se refiere inequívocamente la expresión “*por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*”. Se advierte además que no es admisible realizar una interpretación aislada de la expresión “*por la voluntad responsable de conformarla*” para deducir que esta se refiere a familias distintas de la conformada entre un hombre y una mujer. En apoyo de tal tesis acude al criterio de interpretación histórica señalando que en la exposición de motivos de la ponencia para primer debate que fue presentada en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente se entendió que tal expresión obedecía al propósito de “*eleva a canon constitucional el reconocimiento de la protección jurídica a las familias que surgen de la unión libre entre un hombre y una mujer, protección superior que dicha familia no había obtenido hasta entonces, a pesar del régimen legal existente en ese momento, contenido en la entonces recién expedida Ley 54 de 1990*”⁹. Agrega que de la discusión sobre la regulación de la familia en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente no puede inferirse que existiera la misma intención de proteger como familia “*otras formas de unión como pudieran serlo la conformada por parejas homosexuales, o las que emanan de las relaciones poligámicas o poliándricas*”¹⁰. De conformidad con estos planteamientos la Corte concluye que la protección especial de la familia comprende a las “*familias constituidas a partir de la unión matrimonial o de la unión libre entre un hombre y una mujer, y que la expresión superior contenida en el artículo 42 relativa a la voluntad libre de conforma la familia, se vincula a la familia heterosexual*”.

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

Por un lado, es necesario tener en cuenta que el llamado criterio histórico tiene a nivel de la interpretación jurídica un alcance limitado, no sólo porque corre el riesgo de petrificar el significado de la Constitución, sino además, y sobre todo, por cuanto nunca es fácil determinar con claridad cuáles fueron las razones por las cuales un determinado artículo fue incorporado a la Constitución, y menos aún precisar las razones por las cuales una propuesta de reforma no fue aprobada. Eso ha sido reconocido en general por alguna de la doctrina más autorizada sobre el tema¹¹ que considera que los criterios histórico-subjetivos representan una metodología interpretativa inapropiada porque es muy difícil establecer la voluntad o los propósitos de cuerpos plurales, como los congresos o las asambleas constituyentes, y que por ello es necesario atenerse a los textos que efectivamente fueron

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2001.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Al respecto véase las observaciones de Chaim Perelman en *La lógica jurídica y la nueva retórica* (tr. de Luis Díez-Picazo), Madrid: Civitas, 1979, p. 55. En materia constitucional, ver Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia* (tr. de Claudia Ferrari), Barcelona: Gedisa, 1992

aprobados y no intentar determinar el espíritu de las normas o presuntas intenciones de esos cuerpos plurales. Y esto es válido no sólo frente a las normas aprobadas, sino también frente a los silencios constitucionales o a los rechazos de propuestas específicas debatidas en esas asambleas.

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

*"Finalmente, vale la pena anotar que el hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente haya desechado una propuesta del gobierno que ponía en manos de los jueces la adopción de las medidas de aseguramiento, no respalda una interpretación dirigida a negar toda intervención de los jueces de la República en la fase investigativa; más que la intención del autor de la Carta, cuenta en este caso la que se extrae del propio texto constitucional, que se encauza en sentido contrario al que favorecen las consecuencias que, sin mayor rigor, se quiere derivar de la voluntad del constituyente"*¹².

Con lo anterior no estamos desechando el criterio histórico subjetivo, que puede ser útil para determinados debates hermenéuticos y que ha sido usado por la Corte en ciertas ocasiones, en especial para optar entre interpretaciones diversas que surgen del examen literal, sistemático y teleológico de las disposiciones constitucionales. Lo que creemos es que no se puede derivar de la aprobación por la Asamblea Constituyente de la propuesta de incluir dentro del concepto de familia a los compañeros permanentes heterosexuales, la conclusión de que esta propuesta determina la imposibilidad constitucional de incluir dentro de tal concepto a las parejas del mismo sexo. Se trata de una simple suposición infundada pues el que no se hubiera incluido una protección específica a las familias conformadas por parejas del mismo sexo no indica que esta posición haya sido rechazada, máxime si se tiene en cuenta que en el seno de la Asamblea Constituyente no se dio ningún debate al respecto. La interpretación más razonable de este hecho sería que los constituyentes reconocieron un hecho social – la existencia de familias conformadas en unión libre por parejas heterosexuales – y lo protegieron. Pero este hecho no puede interpretarse como una exclusión o rechazo de otras formas de conformar familia.

En este punto es importante además destacar la diferencia entre las cláusulas constitucionales especiales y las exceptivas. En la sentencia C-814 se realiza una interpretación equivocada del sentido y alcance de los debates en la Asamblea Constituyente en torno al reconocimiento de la familia constituida por compañeros

¹²

Corte Constitucional, sentencia C-395 de 1994, MP. Carlos Gaviria Díaz.

permanentes heterosexuales. Tal interpretación se basa en el supuesto erróneo de que la intención de la Asamblea al proteger la unión heterosexual fue establecer una regla exceptiva según la cual la familia únicamente puede constituirse entre un hombre y una mujer. Sin embargo, reparando exclusivamente en el tenor de la norma que resultó aprobada, se advierte que la misma no establece una excepción de la cual se derive la prohibición del reconocimiento de la familia constituida por personas del mismo sexo. Dado que las excepciones deben ser expresas y que para su formulación es ineludible el uso de adverbios de modo como únicamente, sólo, solamente o, en caso de que la excepción se formule a continuación de una regla general, a través de preposiciones como excepto o salvo, no es posible sostener que el artículo 42 formula una regla exceptiva o excluyente en relación con la distinción sexual de las personas como requisito para constituir una familia. Más adecuada resulta la interpretación según la cual el artículo 42 contiene una regla especial que impone al legislador reconocer la familia heterosexual que nace de la unión libre, pero que no esto no implica la desprotección de otros tipos de familia, como la que surge de una unión homosexual. La Corte ha dicho acerca de la diferencia entre reglas exceptivas y reglas especiales que:

[...] la estructura de una regla especial es la siguiente: si ocurre A entonces es obligatorio B. La estructura de una regla exceptiva es diversa pues asume esta forma: si ocurre A, y sólo si ocurre A, entonces es obligatorio B. Por ello, las reglas constitucionales de carácter específico no restringen la actividad legislativa ordinaria sino que consagran una obligación constitucional directa. Nada impide entonces que el Legislador pueda establecer discrecionalmente otros supuestos fácticos a los cuales vincule idénticas consecuencias. Una regla constitucional específica regula positivamente un grupo de hechos y les adscribe una consecuencia, pero no impide que otros hechos, de acuerdo a la discrecionalidad del legislador, puedan ser circunscritos para asignarles los mismos efectos . (subraya fuera de texto)

Los debates de la Asamblea Constituyente revelan que la intención fue establecer una regla especial relativa a la protección de las uniones libres constituidas por personas de distinto sexo, mas no una regla exceptiva que excluya de tal reconocimiento a las uniones conformadas por personas del mismo sexo y, en general, a otros tipos de familia. De hecho, así precisamente lo entendió el constituyente al incluir otros modelos familiares en el propio texto constitucional.

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

Uno de estos tipos de familia reconocido y protegido por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional es aquella conformada por madre o padre cabeza de familia¹³. De hecho, el propio artículo 43 de la Constitución consagra una especial protección para la “mujer cabeza de familia”. ¿Cómo podría armonizarse entonces una interpretación del artículo 42 que reconozca exclusiva protección de la familia fundada en la pareja heterosexual con esta protección especial del artículo 43? Una respuesta a esta pregunta que permita armonizar las dos disposiciones impone acudir a un entendimiento más amplio del concepto de familia.

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

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

De hecho, la Corte Constitucional ha aplicado ya este criterio teleológico y evolutivo al reconocer y proteger otros tipos de familia. Por ejemplo, aquella familia conformada por un solo padre o madre adoptante con un hijo adoptado¹⁴. Otro tipo de familia reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional es aquella conocida como la “familia de crianza”¹⁵, en virtud de la cual se ha protegido a la familia conformada por nietos y abuelos, y por integrantes sin vínculos biológicos.

Así pues, la interpretación del artículo 42 que sugiere que la única familia reconocida y protegida por la constitución es aquella fundada en la unión de la pareja heterosexual contradice no sólo el texto constitucional, sino además la realidad social y cultural del país. Es por ello que consideramos que esta es una buena oportunidad para que la Honorable Corte adopte una interpretación del artículo 42 que esté más acorde con un entendimiento sistemático, teleológico, evolutivo del texto constitucional, y del derecho internacional de los derechos humanos sobre las relaciones familiares y la protección de los distintos tipos de familia.

¹³ Ver, por ejemplo, Sentencia C-184 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda y Sentencia T-290 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁴ Cfr. Sentencia T-090 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ Ver, entre otras, las Sentencias T-495 de 1997, T-592 de 1997, T-292 de 2004 y C-1026 de 2004.

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

La Corte ha sostenido además que para que las restricciones al artículo 16 sean legítimas no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas, sino que no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal. Según la Corte, existe un nexo profundo "*entre el reconocimiento del pluralismo (CP art. 7º) y el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16º), ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral*"¹⁷.

Así, la interpretación restrictiva del artículo 42 afecta no sólo el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las parejas del mismo sexo (CP art. 16), sino que además desconoce el pluralismo que la Carta ordena proteger (CP art. 7º). En efecto, y tal y como la Corte ha señalado con claridad, algunas manifestaciones de diversidad se encuentran amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo, por lo cual son "*insuprimibles por la voluntad democrática*". Entre tales manifestaciones se encuentra sin lugar a dudas la opción por una preferencia sexual, que al ser una decisión soberana del individuo, "*no concierne al Estado, que ha de permanecer neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social*"¹⁸. Igualmente, el derecho a conformar una familia es un derecho humano fundamental que no puede ser limitado por la mayoría política, y menos aún por razones claramente discriminatorias.

Según lo expuesto, es claro que existen argumentos de interpretación literal, sistemática y finalística que contradicen ampliamente el modelo argumentativo que sustenta la sentencia C-814 de 2001, el cual se basa en un ambiguo criterio histórico subjetivo de interpretación. En consecuencia, como hemos demostrado, está en entredicho la legitimidad o suficiencia del objetivo constitucional que justificaría la restricción realizada por el legislador. En efecto, si el concepto de familia es interpretado de la manera armónica que se ha propuesto en este concepto, la protección de la familia heterosexual no puede ser reconocida como un objetivo constitucional legítimo pues esto implica desconocer otros tipos de familia que también son merecedoras de protección constitucional, tal como lo es la familia constituida por compañeros permanentes homosexuales. De conformidad con lo expuesto, el trato

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

desigual no sobrepasa el primer paso del test de proporcionalidad, el cual es un requisito en todos los grados de escrutinio, desde el más estricto hasta el más suave.

b. La protección del interés superior de los menores no implica que estos sólo puedan ser adoptados por parejas heterosexuales

El presupuesto según el cual la negación de la adopción por parte de compañeros permanentes homosexuales es imperiosa para garantizar el interés superior de los menores tiene una variante estrictamente jurídica y otra de carácter empírico. La primera de estas variantes es la expuesta en la sentencia C-814 de 2001 en la cual se indica que el interés superior del menor se garantiza permitiendo que este sólo pueda ser adoptado por la familia protegida constitucionalmente, esto es, por la familia que surge del matrimonio o la unión entre un hombre y una mujer. Dado que esta variante depende del presupuesto erróneo de que la Constitución únicamente protege este tipo de familia, la misma resulta carente de fundamento. En efecto, considerando que la Constitución reconoce y protege otros tipos de familia, la idea según la cual se debe garantizar que los menores sean adoptados por una familia que goce de protección constitucional no implica que la posibilidad de adoptar deba restringirse a las parejas heterosexuales. De hecho, tanto la legislación como la jurisprudencia constitucional, al permitir y reconocer como válida la posibilidad de que una persona soltera adopte a un menor, contradicen la variante jurídica del presupuesto en cuestión.

En efecto, el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 dispone que las personas solteras pueden adoptar si satisfacen los requisitos establecidos para tal fin (capacidad, haber cumplido 25 años de edad, tener al menos 15 años más que el adoptable, y garantizar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente). Siguiendo el razonamiento de la sentencia C-814 de 2001, podría pensarse que la posibilidad de que una persona soltera adopte desconoce el interés superior del menor en cuanto no se garantiza que este sea adoptado por la familia reconocida por la Constitución que sería, según lo dicho por la jurisprudencia constitucional, la constituida por un hombre y una mujer. Sin embargo, la misma Corte ha reconocido que tal posibilidad es válida. Así, en un proceso de tutela en el que se alegaba la vulneración del derecho fundamental de un menor a tener una familia por cuanto había sido dado en adopción a un hombre soltero de nacionalidad española y no a una pareja heterosexual italiana, a pesar que ambos solicitantes habían cumplido los requisitos necesarios para adelantar la adopción, la Corte consideró que no existía tal vulneración. Indicó al respecto que:

“La decisión del ICBF de asignar a Julio al solicitante español, respetó los criterios establecidos por la jurisprudencia que protegen el interés superior del menor.

[...] habida cuenta la consolidación psicológica del solicitante español como padre para el menor, el tiempo que el menor ha esperado ser entregado a su nueva familia y las distintas reacciones que la espera le ha causado en desmedro de sus expectativas y de la confianza en sí mismo.

[...] el Comité tomó su decisión de acuerdo a la idoneidad de los solicitantes respecto del menor Julio y, como no se ha desvirtuado que el elegido es idóneo, ni se ha demostrado que el menor estaría expuesto a riesgos de ser entregado al adoptante español, no puede esta Sala concluir que la decisión del Comité de Adopciones vulnera el interés superior del menor, así no se haya considerado a la pareja italiana."¹⁹ (subraya fuera del original)

Más aún, si se advierte que la orientación sexual de la persona es irrelevante dentro de las condiciones para adoptar y que, en tal sentido, una persona soltera homosexual puede adoptar, el impedimento para que una pareja homosexual adopte se muestra aún más carente de sustento jurídico.

Ahora bien, la otra variante del presupuesto acerca del interés superior del menor es de carácter empírico y se refiere a los efectos que puede ocasionar en un menor el hecho de ser criado en un ambiente homoparental. La existencia de extendidos y profundos prejuicios sociales que sustentan la inconveniencia de que los menores sean adoptados por parejas homosexuales, así como la tendencia a patologizar las relaciones sociales y comportamientos que no se ciñen a los parámetros de lo que es calificado como normal por las corrientes sociales dominantes, han motivado la realización de estudios científicos orientados a establecer si tales prejuicios encuentran o no asidero en la realidad.

La existencia de la evidencia empírica sobre este tópico comporta significativos retos acerca de la posición que debe asumir el juez constitucional ante tal evidencia. En virtud de tal situación, a continuación nos permitimos exponer una serie de consideraciones que estimamos resultan de utilidad para afrontar tales retos. Ahora bien, es importante aclarar que la referencia a tales estudios, así como la indicación de los parámetros que a nuestro juicio deben orientar la valoración que de ellos haga el juez constitucional, no implica una convalidación de los prejuicios que explican la realización de los estudios. Tales prejuicios obedecen a razones discriminatorias y, en este sentido imponer la carga de acudir a la evidencia empírica para demostrar la irracionalidad de tales prejuicios pone precisamente a la población discriminada en la obligación de probar que no existe sustento para la discriminación.

La evidencia científica existente y su uso por parte del juez constitucional

En el proceso de constitucionalidad sobre el tema de la adopción de parejas en el que finalmente se profirió fallo inhibitorio²⁰, la Corte Constitucional solicitó a un grupo de facultades de psicología que presentaran “*conceptos de carácter científico, especialmente psicológicos, con respecto al efecto que podría tener sobre los menores el hecho de ser adoptados y convivir con parejas de un mismo sexo*”. Algunas universidades contestaron al llamado de la Corte y aportaron un balance del estado del arte en el campo psicológico sobre

¹⁹ Sentencia T-090 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰ Sentencia C-802 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

la materia. Varios de estos conceptos coinciden en señalar que la comunidad científica internacional ha llegado mayoritariamente a la conclusión de que la orientación sexual de los padres no influye negativamente en el desarrollo de los hijos.

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

Para desarrollar este punto dividiremos nuestro argumento en tres partes. En primer lugar, presentaremos de manera rápida las principales conclusiones de los conceptos que fueron presentados en aquella oportunidad, y que bien puede la Corte usar en este proceso, para lo cual le bastaría incorporarlos, por un traslado de prueba, al presente expediente. En segundo lugar, analizaremos la forma en la que la Corte se ha acercado a conceptos científicos en el pasado y, a partir de allí, cómo debería decidir en el caso concreto. En tercer lugar, presentaremos las conclusiones de este modelo de interpretación que proponemos al caso concreto, con lo cual demostraremos que en este caso no se justifica la exclusión de las parejas del mismo sexo de la adopción.

Los principales postulados de los conceptos científicos

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

En este sentido, por ejemplo, el estudio sometido por el Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes cita un concepto emitido por el Consejo de representantes de la *American Psychological Association* (APA), expresado en su Resolución sobre Orientación Sexual, Padres y Niño-as, en la cual se sostiene que “*no existe evidencia de que la efectividad parental esté relacionada con la orientación sexual de los padres: las parejas de padres lesbianas y gays, al igual que las heterosexuales, proveen ambientes saludables y de soporte a sus niños-as*”²¹.

En consecuencia, el concepto concluye que “*la orientación sexual per se no constituye una condición que determine o explique diferencias en el desarrollo psicológico de lo-as hijos de parejas homosexuales*”. Así, a juicio del Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes, los retos en el bienestar y la calidad del desarrollo psicológico de los hijos

²¹ La Cita original es la siguiente: *Resolution on Sexual Orientation, Parents, and Children*. Adopted by the APA Council of Representatives, July 2004. <http://www.apa.org/pi/lgbcpolicy/parentschildren.pdf>.

se encuentran distribuidos por igual entre las personas con orientaciones sexuales diferentes en la población.

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

En concordancia, los estudios sobre psicología y homoparentalidad citados por el concepto de la Universidad Nacional concluyen que la dinámica familiar de las parejas homosexuales incluso ofrece un modelo más igualitario en el aprendizaje de los roles de género que la dinámica familiar de parejas heterosexuales con menores a cargo. De acuerdo con estos estudios *“[l]as 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”*.

Los conceptos científicos presentados por las universidades son igualmente convergentes en señalar que de acuerdo con la literatura científica disponible, los estereotipos o temores sociales relacionados con la crianza de menores por parte de padres homosexuales son infundados. Veamos.

El primero de estos temores es que el desarrollo e identidad sexual del menor se vea afectado. Es decir, que los niños criados por gays y lesbianas muestren trastornos en su identidad sexual o en su rol sexual, o como se ha sugerido, que se vuelvan gays y lesbianas también. Al respecto, el concepto presentado por la Universidad de Los Andes concluye que *“la investigación empírica de alta calidad muestra que los hijos de las parejas lesbianas, gays y bisexuales no solo no presentan déficits en el desarrollo, sino que su identidad sexual es mayoritariamente heterosexual”*. En ese sentido, el estudio determina que los retos de la familia contemporánea de cara al desarrollo de una identidad acorde con los tiempos, implican que los padres desarrollen roles de género parentales mucho menos estereotipados y diferenciados según el modelo binario de género, el cual a todas luces está mostrando desfases culturales importantes.

De hecho, el estudio de esta Universidad no encontró consecuencias en los tres aspectos relacionales: la identidad de género, el rol de género y la orientación sexual. En primer lugar, los estudios adelantados en niños con un rango de edad entre 5 y 14 años criados por parejas de mujeres lesbianas han mostrado que *“el desarrollo de la identidad de género sigue el patrón esperado”*. En segundo lugar se señaló que un importante número de estudios han reportado que *“el rol de género y los roles sexuales de lo-as hijo-as de madres lesbianas se mantienen dentro de los límites convencionales típicos”*. Tampoco se encuentran diferencias en las preferencias de juguetes, actividades, intereses o elecciones

ocupacionales entre los hijos de las diferentes tipos de parejas. Finalmente, se adujo que en todos los estudios incluidos en el estado del arte, la mayoría de los hijos de parejas lesbianas y gays se describen a sí mismos como heterosexuales. Así las cosas, *“tomada en conjunto, la literatura no sugiere tasas elevadas de homosexualidad entre los hijos de las parejas del mismo sexo”*.

Una segunda categoría de temores involucra aspectos del desarrollo personal del niño además de su identidad sexual. Se ha expresado miedo porque los niños en custodia de gays y lesbianas sean más vulnerables a enfermedades mentales, exhiban mayores dificultades de adaptación y problemas del comportamiento y sean “menos sanos” psicológicamente que otros niños. Sobre la materia, el concepto presentado por la Universidad de los Andes resaltó que la homosexualidad no constituye un factor que explique diferencias psicosociales entre las personas. Por su parte, el concepto remitido por la Universidad Nacional de Colombia sugiere que *“los estudios sobre roles de género y bienestar psicológico muestran que la convivencia de menores de edad con parejas de mismo sexo produce efectos positivos en el aprendizaje de la identidad sexual aceptando la homosexualidad de sus padres o madres y desarrollando un ajuste psicosocial adecuado en todos los escenarios de socialización de la vida cotidiana: familia, escolarización y uso del tiempo libre”*.

Finalmente, una tercera categoría de temores es que los hijos de gays y lesbianas pueden experimentar dificultades en sus relaciones sociales. Por ejemplo, los jueces han expresado repetidamente su preocupación por los niños que viviendo con madres lesbianas o padres gay puedan ser estigmatizados, maltratados o victimizados por sus pares. Otra preocupación frecuente es que los niños que viven con padres gays o lesbianas sean propensos a ser víctimas de abuso sexual por su padre o amigos de sus padres. Al respecto el concepto de la Universidad Nacional fue enfático al afirmar que los riesgos en el ajuste psicosocial para hijas e hijos de parejas del mismo sexo no están asociados a la condición homosexual de sus padres o madres, sino al estigma que la sociedad hace caer sobre ellos. A partir del vínculo afectivo primario en los cuatro primeros años de vida las niñas y los niños aprenden a aceptar la homosexualidad de sus padres y madres, si los ven como cuidadoras y cuidadores responsables y comprometidos con la crianza. Para la Psicología Social, la protección del estado y las legislaciones antidiscriminación contribuyen a cambiar estigmas en función del género, la etnia y la opción sexual, en este caso.

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

La intervención del juez constitucional en casos de controversia científica

Esta no es la primera vez en que la Corte Constitucional debe decidir sobre un caso en el que existe controversia científica respecto de la materia de la que se requiere un pronunciamiento del juez constitucional. Así, en casos similares la Corte ha sido consciente de que uno de los principios básicos de la ciencia, por ejemplo de la ciencia médica, es el principio de utilidad que supone el desarrollo de la experimentación y la investigación científicas en este campo con miras al perfeccionamiento de las técnicas médicas. La experimentación constante y los avances médicos y científicos hacen que, en general, muchos campos del conocimiento no permitan una certeza generalizada en diversas cuestiones. Incluso en muchos casos el desarrollo sólo se encuentra a través del desafío de paradigmas consolidados en un determinado campo o ciencia. Igualmente, la investigación científica por su propia naturaleza da lugar a desacuerdos, a teorías que entran en tensión y a distintas formas de analizar realidades.

Frente a esta realidad científica podría argumentarse que los jueces constitucionales deben apartarse por completo de estos debates pues no tendrían condiciones para entrometerse en una controversia de la ciencia, al no tener mucho lugar para decidir cuando no existe certeza científica. Sin embargo, la Corte Constitucional se ha apartado de esta posición pues cuando existe la posibilidad de un daño eventual e injustificado de derechos fundamentales se suscitan debates constitucionales que corresponde al juez analizar y decidir. En esos casos, la Corte ha buscado hacer lo posible por establecer un puente de comunicación entre el derecho, la ciencia y la academia, a fin de lograr la mejor decisión judicial posible para casos susceptibles de afectar derechos fundamentales, especialmente cuando se trata de menores²².

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

“Así, es cierto que en principio deben evitarse al máximo las interferencias jurídicas y estatales en las discusiones científicas y en la evolución de la técnica, las cuales deben ser lo más libres posible, no sólo para amparar la libertad de pensamiento sino también para potenciar la propia eficacia de las investigaciones científicas y estimular así el progreso del conocimiento (CP arts 20, 70 y 71). Sin embargo, en la medida en que las investigaciones biológicas y las prácticas médicas recaen sobre seres vivos, y en especial sobre personas, es obvio que si bien pueden ser benéficas para el paciente, también pueden ser dañinas y deben por ende estar sometidas a controles para proteger la inviolabilidad y la dignidad de las personas. Además, después de la Segunda Guerra Mundial, y en especial de Auschwitz, la ciencia en general, y la ciencia médica en particular, no pueden ser consideradas impermeables a la ética ni al derecho, como lo muestra la propia expedición, por el Tribunal de Nuremberg, del llamado Código de Nuremberg, que establece una reglas mínimas aplicables en toda investigación sobre seres humanos”²³.

²² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

²³ *Ibíd.*

Así las cosas, una primera conclusión en este análisis es la legitimidad del juez constitucional para decidir sobre materias que amenacen con la vulneración de derechos fundamentales, aun cuando esta posible vulneración se derive de un tema que presente controversia científica. Aplicado al caso concreto diríamos entonces que la evidencia científica existente constituye un importante elemento para la decisión del juez constitucional en cuanto a la respuesta a la pregunta de si existe un riesgo de afectación de los derechos fundamentales de los menores que pudieran ser adoptados por parejas del mismo sexo, y si de acuerdo con tal evidencia, dicho riesgo tiene la certeza suficiente para ameritar una limitación a un derecho en cabeza de quienes pretender ejercer como adoptantes.

Ahora bien, si aceptamos tanto la importancia como las limitaciones del uso de la evidencia científica para la resolución de asuntos de entidad constitucional, debemos adentrarnos entonces en el debate sobre cuál debería ser el estándar de uso de esta evidencia empírica en el debate constitucional.

En primer lugar, los intervinientes consideramos que la falta de certeza científica sobre una materia no necesariamente indica una total indeterminación sobre el asunto. Es claro que en las escuelas de experimentación y pensamiento existen paradigmas, posiciones dominantes, posiciones minoritarias y teorías más propiamente justificadas que otras. En segundo lugar, el juez constitucional con apoyo de conceptos técnicos puede llegar a clarificar este estado del arte en un campo científico para, sin necesidad de juzgar, conocer cuáles de estas teorías o paradigmas cuentan con un grado de consolidación entre los expertos que permitan llegar a acuerdos e, incluso, verdades incontestables. En tercer lugar, con base en este estado del arte se puede estructurar un mecanismo de decisión judicial que permita operacionalizar el uso de esta prueba empírica que atienda a la necesidad de realizar un escrutinio judicial estricto en aquellos casos en las que exista una presunción de inconstitucionalidad de un trato diferenciado, como resulta cuando se trata de un criterio sospechoso.

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

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

evidencia preponderante requiere que el juzgador simplemente considere que la existencia de un hecho es más probable que su inexistencia²⁴.

El segundo estándar es el de evidencia clara y convincente (*clear and convincing evidence*). En este caso se requiere que la evidencia indique que el hecho que se quiere probar es altamente probable o razonablemente cierto. Este estándar es más alto que el de la preponderancia de la evidencia, pero es menos exigente que el estándar requerido para casos penales, por ello en varios estados se exige en aquellos casos en que una parte solicita daños punitivos. Así, una parte en litigio provee evidencia clara y convincente cuando logra en la mente del juzgador una convicción permanente de que la verdad o los hechos que propone son altamente probables, lo cual lleva a pensar que existe una alta probabilidad de la corrección de la conclusión jurídica²⁵.

El tercer y más exigente estándar es el aquel que se conoce como “más allá de la duda razonable” (*beyond reasonable doubt*). Este se refiere a la duda que previene a alguien de estar firmemente convencido de la culpabilidad de un acusado, o de la creencia de que existe una posibilidad real de que el acusado no es culpable. En este caso, por supuesto, el jurado debe partir de la presunción de que el acusado es inocente. Así, se requiere que después de toda comparación y consideración de toda la evidencia, existe en la mente de los jurados una condición que impide que con toda certeza puedan considerar al acusado como culpable²⁶.

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

Ahora bien, a partir de este modelo, para el caso más específico de la prueba empírica que sustenta teorías científicas, podemos sostener que en muchos casos es posible clasificar el grado de certeza de esa prueba empírica. En primer lugar, algunas ciencias han alcanzado un grado de comprobación empírica tal que puede decirse que algunas teorías son imposibles empíricamente. Un ejemplo sería una teoría que sostenga que la tierra es plana. Si bien esa teoría fue sostenida por siglos como un paradigma incontestable, a partir de las teorías de Colón, Copérnico y Galileo Galilei empezó una teoría emergente que luego fue empíricamente comprobada con la observación espacial. Hoy en día, a partir de dicha observación, puede entonces considerarse como *imposible empíricamente* la teoría de que la tierra es plana. Otro ejemplo sería el de una teoría que contravenga las leyes elementales de la física, como sería decir que si lanzo una moneda al aire ésta se va a suspender en el aire. Esta teoría desafía las leyes de gravedad comprobadas empíricamente.

²⁴ Cfr. Metropolitan Stevedore Co. v. Rambo, 117 S.Ct. 1953.

²⁵ Ver: International Seaway Trading Corp. v. Walgreens Corp., 599 F.Supp.2d 1307; ASARCO LLC v. Americas Mining Corp., 396 B.R. 278; Phillips v. Bowen, 115 F.Supp.2d 303; Thomas v. Nicholson, 423 F.3d 1279; Peterson v. Islamic Republic of Iran, 264 F.Supp.2d 46.

²⁶ Cfr. Commonwealth v. Webster, 59 Mass. (5 Cush.) 295, 320 (1850) (per Lemuel Shaw, J.) y Charles Herman Kinnane, *A First Book on Anglo-American Law* 562 (2d ed. 1952).

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

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

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

Finalmente, en oposición a la primera categoría, estarían aquellas teorías que se basan en experimentación y comprobación empírica *más allá de toda duda razonable*. Aun cuando no podría hablarse de verdades absolutas en muchas de las ciencias, sí puede decirse que existen ciertas cuestiones cuyo grado de comprobación indican un altísimo grado de certeza. Por ejemplo, la teoría que sostiene que la tierra es redonda, o que los objetos que son tirados al vacío caerán al piso con base en las leyes de la gravedad.

El uso de una tipología de este tipo puede ayudar a decidir situaciones como la que suscita el presente caso. Consideramos que en casos como este en los que están en juego garantías reforzadas en la Constitución, el grado de razonabilidad exigido en la ponderación de opciones debe ser más limitado y, por ende, el papel del juez constitucional adquiere mayor relevancia. Estimamos entonces que se debe aplicar una regla de interpretación que lleve a un escrutinio mayor cuando las opciones sobre las que decide el legislador o la autoridad administrativa involucran la posible limitación de un derecho fundamental como es el de la

igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados. En este sentido, para que una limitación no sea ilegítima y desproporcionada debería considerarse que el legislador o la autoridad administrativa está habilitado para entrar a limitar el ejercicio de un derecho solamente cuando cuenta con comprobación empírica del más alto grado. Es decir, para efectos de salvaguardar la protección reforzada que prohíja la Constitución, sólo se podría usar criterios restrictivos cuando se cuenta con evidencia que indica que un resultado será altamente probable, o que las conclusiones están más allá de toda duda razonable.

La restricción de la adopción por parte de parejas homosexuales no satisface un estándar razonable de valoración de la prueba empírica

Aplicando este modelo al caso concreto encontramos que, de un lado, existe una protección constitucional reforzada y que se deriva en la presunción de inconstitucionalidad de toda diferencia de trato que se base en la orientación sexual. Por otro lado, contamos con prueba científica que sugiere que el paradigma mayoritario y más reconocido en la materia refiere que no existe evidencia de que la crianza y educación familiar de menores por parte de parejas homosexuales afecte en modo alguno a los menores. Es decir, tenemos un marco fáctico que permitiría al juez constitucional estudiar bajo un criterio estricto las decisiones tomadas por el ICBF en el caso concreto. Y, al hacerlo, nos damos cuenta de que tales decisiones, que resultan altamente restrictiva de los derechos de las parejas del mismo sexo, no se sustentan en una prueba científica que resulte si quiera preponderante. Es más, de acuerdo con todos los conceptos científicos allegados a la Corte en el anterior proceso, dentro de la tipología arriba sugerida la decisión del ICBF tiene sustento en una prueba poco probable. A nuestro juicio, basar una restricción a un derecho en este estándar probatorio es altamente desproporcionado y, por ello, contrario a la Constitución y la jurisprudencia constante de la Corte.

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

De conformidad con lo expuesto, el único argumento que podría llegar a considerarse para justificar la limitación es aquel que sostiene que los menores criados por parejas homosexuales pueden ser estigmatizados, maltratados o victimizados por sus pares. Sin embargo, este argumento tampoco es de recibo para el juez constitucional, pues justificar la exclusión en este argumento sería tanto como justificar la discriminación estructural basada en la orientación sexual.

2. Aplicación del test estricto de proporcionalidad

De conformidad con lo expuesto en el apartado anterior procederemos a aplicar el test en relación con cada uno de los fines invocados para justificar el trato desigual en materia de adopción.

En relación con el primer fin, a saber, la protección constitucional de la familia, existen dos variables para la aplicación del test. En primer lugar, si la Corte reconoce –como creemos que debe hacerlo– que además de la familia heterosexual y monogámica, la Constitución otorga reconocimiento y protege otros tipos de familias, incluyendo la que surge de la unión de hecho entre personas del mismo sexo, la protección de la familia heterosexual no puede ser considerada como un fin constitucionalmente legítimo e imperioso pues tal protección iría en desmedro de las otras familias que también gozan de reconocimiento constitucional. En este sentido, no se satisface el primer requisito del test y por tanto resulta innecesario evaluar los pasos subsiguientes relativos a la adecuación y a la proporcionalidad de la medida.

Ahora bien, si la Corte persiste en la interpretación según la cual el artículo 42 de la Carta sólo reconoce y protege a la familia que surge de la unión entre una mujer y un hombre, podría entonces afirmarse que la protección de la familia heterosexual sí constituye un fin constitucional legítimo e imperioso. Sin embargo, incluso partiendo de esta perspectiva, el trato desigual tampoco está justificado porque no existe una relación de adecuación y necesidad entre el fin perseguido y la medida escogida para alcanzarlo. En este caso, el fundamento razonable y objetivo para justificar un trato diferenciado y negar de esta manera la posibilidad de la adopción a las compañeros permanentes homosexuales debería estar directamente relacionado con la vulneración o la amenaza cierta y clara de una posible vulneración a la familia heterosexual.

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

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

“la exclusión de la pareja del mismo sexo del sistema de salud tampoco es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma

no implica la indefectible desprotección del núcleo familiar. La Sala considera que la detección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no necesariamente implica la reducción de beneficios a la célula familiar, ni la disminución de los niveles de atención a los miembros de la pareja heterosexual, por lo que no existe justificación alguna para señalar que una medida como la que ahora se impone involucre afectación de la protección que la Constitución ofrece en esta materia”. (subraya fuera del original).

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

De otro lado, en lo que respecta a la protección del interés superior del menor, si bien se trata de un fin constitucional legítimo e imperioso, la medida de impedir que los compañeros permanentes homosexuales adopten no sólo resulta inadecuada e innecesaria para alcanzar ese fin, sino que puede incluso resultar contraproducente. Tal como lo explicamos ampliamente en el apartado precedente, la evidencia científica mayoritaria no respalda los prejuicios según los cuales el interés de los menores se vulneraría o pondría riesgo si son adoptados por una familia homoparental. En este sentido, la protección del interés del menor no precisa la prohibición de la adopción por parte de parejas homosexuales.

Ahora bien, las razones expuestas en contra de la imposibilidad de la adopción por parte de compañeros permanentes homosexuales resultan aún más fuertes tratándose de la adopción consentida en la cual lo que está en juego no es la posibilidad de que una pareja adopte a un niño abandonado, sino de que el compañero o compañera permanente adopte el hijo biológico de su pareja. En efecto, los argumentos se refuerzan en relación con esta modalidad específica de la adopción en la medida en que resulta evidente que la protección del interés superior del menor no juega en contra, sino a favor de la adopción por parte del compañero permanente homosexual.

El caso de ██████ y ██████ es una muestra palpable de cómo la negación de la posibilidad de adoptar no favorece el interés de la menor, sino que lo perjudica. Considerando que en este caso, tal como se indicó en el fallo de primera instancia, “*las dos señoras y la niña, vienen conformando una familia reconocida y aceptada plenamente por sus parientes, amigos y compañeros de trabajo*”, el efecto de la adopción no sería la constitución de una familia entre la pareja y la niña adoptada pues tal familia ya existe, sino la formalización jurídica de la relación materno-filial que ya se ha establecido *de facto* entre la señora ██████ y la hija biológica de su compañera permanente. Tal formalización jurídica favorece el interés superior de la menor pues en virtud de la adopción la señora ██████ adquiriría las obligaciones de madre y la niña adquiriría frente a ella los derechos como hija. Adicionalmente, se establecería el parentesco civil, el cual se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos (Ley 1098 de 2006, Art. 64).

Por el contrario, la negación de la posibilidad de adelantar un trámite de adopción en el que la condición homosexual de la pareja sea totalmente irrelevante, no sólo priva a la niña de la posibilidad de adquirir derechos como hija frente a la compañera permanente de su mamá, sino que implica un trato desigual respecto de los menores que sí pueden ser adoptados por el cónyuge o compañero/a heterosexual de su padre o madre biológico/a. Esto contradice claramente el artículo 42 de la Constitución el cual dispone que *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”*. En efecto, al negar el derecho de la menor de ser adoptada por la compañera permanente de su mamá, que es además su madre de crianza –debe recordarse que la niña fue concebida mediante inseminación artificial por una decisión adoptada en común por las señoras ■■■ y ■■■–, se vulnera su derecho a la igualdad respecto de los menores que sí pueden ser beneficiados por la adopción consentida únicamente en virtud de la condición heterosexual de la familia a la que pertenecen.

La mirada prejuiciosa frente al tema de la adopción por parte de parejas homosexuales tiende a ubicar la garantía del derecho a la igualdad de estas parejas en pugna con el interés superior del menor. Sin embargo, el caso concreto de la familia constituida por ■■■, ■■■ y la niña cuya adopción se solicita no sólo revela la inexistencia de la alegada contraposición entre esos derechos, sino su perfecta correspondencia. En efecto, en el presente caso la mejor manera de proteger los derechos de la menor es evitando la discriminación que ha venido padeciendo la familia a la que pertenece. En este sentido, el presente es ante todo un caso de violación de los derechos de los niños derivado de la violación de los derechos de las parejas homosexuales.

El énfasis puesto hasta ahora en el tema de los derechos de las parejas homosexuales se explica en la medida en que no sólo se trata de una vulneración que por sí misma goza de entidad suficiente para impulsar un fallo a favor de las accionantes, sino porque tal violación es a su vez la fuente de la vulneración de los derechos fundamentales de la hija biológica de ■■■. En este sentido, estamos ante un complejo caso de discriminación en el cual los niños terminan heredando la discriminación que pesa sobre sus padres y madres.

En efecto, como lo acabamos de explicar, la negación de la posibilidad de adoptar en este caso vulnera el derecho a la igualdad de la menor consagrado en el artículo 13 y en el artículo 42 de la Constitución, en tanto la pone en una situación de desventaja respecto a los hijos biológicos que sí pueden ser adoptados por el compañero heterosexual de su padre o madre. Pero además de esto, se vulnera su derecho a tener una familia y a no ser separada de ella, el cual se encuentra expresamente consagrado en el artículo 44 de la Constitución. Hipotéticamente, y en el peor de los casos, en el evento de morir ■■■, ■■■ no obtendría automáticamente la custodia sobre la hija, a pesar de que sería en todo sentido su familiar más cercana. Tal situación constituye un claro riesgo frente al derecho a no ser separado de la familia, en la medida en que, como bien lo ha dicho la Corte, “el espacio natural de desarrollo del menor es la familia en la que ha sido concebido y, a su vez, es la familia la

primera llamada a satisfacer las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativas de los menores”.

Igualmente, la vulneración del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella comporta el desconocimiento de otros derechos fundamentales. Así lo ha indicado la Corte que al respecto ha señalado: “La negación de tan importante derecho puede aparejar, entre otras cosas, una violación del derecho a la identidad personal (C.P. art. 14), dado que la familia constituye un espacio privilegiado a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social. En este sentido, impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales (C.P. art. 16).”

En virtud de todo lo anterior, estimamos que no existen razones imperiosas que justifiquen la negación de la posibilidad de adoptar a los compañeros permanentes homosexuales, y que menos aún existen razones que sustenten tal negación en el caso concreto de la adopción consentida solicitada por la señora ██████ en el que está demostrado que lo va en contra del interés superior de la menor es impedir la realización del trámite de adopción. Por el contrario, un fallo que no garantice la posibilidad efectiva de adelantar la adopción generaría un impacto negativo pues la familia de facto constituida por █████, █████ y la niña quedaría desprotegida legalmente. Esta desprotección legal genera angustias y temores en las familias conformadas de facto por parejas homosexuales, llevándolas a la clandestinidad y afectando su dignidad humana e integridad moral. El sufrimiento de dos padres y madres por el temor a perder a sus hijos, o de los hijos ante la eventualidad de ser separados de aquellos al no estar amparados por la ley, no puede ser ajeno a la decisión del juez constitucional en este caso concreto, pues no se trata de una decisión sobre la constitución de una posible familia, sino sobre una familia ya formada.

IV. El precedente establecido en la C-814 de 2001 y su relación con el caso concreto

Mediante la sentencia C-814 de 2001 la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), el cual fue derogado por la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia). Dicho artículo establecía quiénes podían adoptar conjuntamente, restringiendo tal posibilidad a los cónyuges y a la pareja formada por el hombre y la mujer que demostrara una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. La demanda se dirigió en contra del inciso segundo de la norma en cuanto impedía que las parejas homosexuales pudieran adoptar. Sin embargo, la Corte declaró la exequibilidad de tal impedimento bajo la idea de que la restricción de la posibilidad de adoptar a las parejas heterosexuales era constitucional debido a que la misma obedecía al concepto de familia privilegiado por la Constitución, a saber, la familia heterosexual y monogámica, y a que la protección del interés superior del menor se garantizaba precisamente permitiendo que este pudiera ser adoptado sólo por ese tipo de familia.

A lo largo de este concepto hemos demostrado que la *ratio decidendi* de la sentencia C-814 de 2001 es errada en la medida en que se funda en dos presupuestos equivocados, a saber, que la única familia que goza de reconocimiento y protección constitucional es la constituida por un hombre y una mujer, y que la protección del interés superior de los menores se garantiza si se admite que estos sólo puedan ser adoptados por parejas heterosexuales. Con todo, podría pensarse que dicha sentencia constituiría un obstáculo jurídico para permitir que se lleve a cabo el proceso de adopción solicitado por las accionantes. Tal es así por cuanto el fallo en cuestión avaló la constitucionalidad del impedimento de la adopción por parte de las parejas constituidas por personas del mismo sexo, y porque con posterioridad a ese fallo la Corte no ha emitido ningún otro pronunciamiento en relación con este tema, razón por la cual podría pensarse que se trata de un precedente vigente.

Sin embargo, varias razones apuntan a descartar que la sentencia C-814 de 2001 constituya un obstáculo para permitir que se adelante el trámite completo de adopción en este caso concreto. En primer lugar, esta sentencia no es relevante para este caso por cuanto lo que está en cuestión no es la adopción conjunta por parte de una pareja homosexual, sino la adopción consentida. Estas modalidades de adopción son muy distintas en la medida en que la primera se refiere a la posibilidad de que una pareja adopte a un niño abandonado por sus padres biológicos, mientras que la segunda implica la opción de que el cónyuge o compañero/a permanente adopte al hijo biológico de su pareja. Como se trata de supuestos distintos y la Corte únicamente se pronunció respecto del primero, el precedente no resulta aplicable al presente caso. En este sentido, la Corte podría aceptar la adopción consentida por parte de compañeros permanentes homosexuales, incluso sin examinar la vigencia del precedente fijado en la sentencia C-814.

En segundo lugar, incluso si se admite la necesidad de considerar el precedente, este tampoco constituye un obstáculo para adoptar una decisión favorable en materia de adopción por parte de compañeros permanentes homosexuales por cuanto en dicha sentencia la Corte se pronunció sobre una norma que fue derogada por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006. Adicionalmente, esta Ley que derogó el anterior Código del Menor ya no habla de la adopción conjunta por parte de parejas constituidas por hombre y mujer, sino de la adopción por parte de compañeros permanentes, lo cual constata que la norma sobre la cual se pronunció la Corte no sólo fue expulsada formalmente del orden jurídico, sino que también su contenido normativo material dejó de hacer parte de este.

Además, la decisión del legislador de no referirse a las parejas conformadas por hombre y mujer, tal como lo hacía la legislación anterior, sino de acudir a una denominación que excluye la alusión a la distinción sexual, como lo es la de compañeros permanentes –que a según la jurisprudencia constitucional citada al inicio de esta intervención se refiere tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales–, pone aún más en evidencia la irrelevancia del precedente establecido en la sentencia C-814 de 2001. En efecto, al no existir ya una norma legal que incluya el criterio de la diferenciación sexual como un requisito para acceder a la posibilidad de la adopción, la aceptación de esta posibilidad en el

caso concreto no implica ni siquiera desconocer o inaplicar una norma legal, sino simplemente interpretarla de conformidad con la jurisprudencia constitucional ya referida y con los argumentos constitucionales expuestos en la presente intervención.

Tales argumentos constitucionales se justifican a su vez en el cambio de jurisprudencia en materia de derechos de las parejas homosexuales que operó después de proferida la sentencia C-814. Según el precedente vigente, las parejas del mismo sexo merecen un trato igual al prodigado a las parejas heterosexuales, salvo si existen razones constitucionales imperiosas que justifiquen un trato desigual. Como tales razones no existen en este caso, debe entenderse que el precedente en materia de adopción por parte de parejas homosexuales ha sido modificado.

En efecto, al momento de proferirse el fallo en cuestión estaba vigente el precedente establecido en la sentencia C-098 de 2006 en el cual la Corte había declarado la exequibilidad de la exclusión de las parejas homosexuales del régimen de protección previsto en la Ley 54 de 1990. Sin embargo, como lo expusimos en los dos primeros apartados, a partir de la sentencia C-075 de 2007 la Corte emprendió un giro de su jurisprudencia al respecto, cambiando el precedente fijado en la C-098 de 2007 y abriendo paso al reconocimiento progresivo de los derechos de los compañeros permanentes homosexuales a partir del criterio de que todo trato desigual se presume discriminatorio y que por lo tanto en cada caso debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad.

Salta a la vista que la sentencia C-814 se adoptó en un contexto normativo completamente distinto del actual, pues en aquel momento las parejas homosexuales no gozaban de reconocimiento jurídico, ni tampoco operaba el criterio ya consolidado de la presunción de inconstitucionalidad de todo trato desigual, y además existía una norma legal que expresamente restringía la adopción a la pareja conformada por un hombre y una mujer, mientras que ahora existe una norma que se refiere genéricamente a los compañeros permanentes. En este sentido, *la ratio decidendi* del fallo en cuestión resulta incompatible con el actual contexto normativo.

Ahora bien, según el modo en que la Corte decida abordar la cuestión de la relación entre la sentencia C-814 y el caso concreto, existen dos *ratios* posibles para la decisión del presente caso. De un lado, la Corte puede adoptar una *ratio* restrictiva que admita la posibilidad de la adopción por parte de compañeros permanentes homosexuales en la modalidad de adopción consentida. Como la sentencia C-814 no se refiere a esta modalidad y por lo tanto no es aplicable al análisis del caso concreto, no resulta entonces necesario examinar la vigencia del precedente establecido en dicha sentencia.

De otro lado, la Corte pueda adoptar una *ratio* amplia que reconozca que en virtud de los cambios jurídicos dados a partir de la sentencia C-075 de 2007, tanto a nivel legal como jurisprudencial, el precedente fijado en la sentencia C-814 se entiende modificado y que, al no existir razones constitucionales imperiosas que justifiquen la imposibilidad de la adopción por parte de compañeros permanentes homosexuales, esta debe ser permitida, máxime si se trata de la adopción consentida.

Cada una de las *ratios* que pueden ser adoptadas cuenta con amplio respaldo jurídico. Lo que resulta claro es que con independencia de la alternativa que escoja la Corte, todos los caminos conducen a tomar una decisión que permita la realización plena del trámite de adopción solicitado por las accionantes.

V. Recomendaciones

El presente proceso de tutela generó una situación paradójica para las accionantes pues pese a que las decisiones de instancia tutelaron sus derechos, luego de que el ICBF cumpliera la orden impartida en el fallo de primera instancia, aquellas quedaron en la misma situación que motivó la interposición de la tutela, a saber, con una decisión que niega por improcedente la realización del trámite de adopción dada su condición de pareja homosexual.

En efecto, a pesar de que el juzgado de primera instancia tuteló los derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad ante la ley y el debido proceso, y ordenó al ICBF Regional Antioquia y a la Defensora Segunda de Familia del Centro Zonal de Rionegro que continuara con los “*trámites administrativos respectivos para el proceso de [adopción consentida] presentados por la pareja de señoras [REDACTED]*”, y pese además a que en segunda instancia el fallo fue confirmado, el ICBF resolvió reiterar la decisión que motivo la interposición de la tutela rechazando por improcedente la solicitud.

Estimamos que esta paradójica situación, que terminó jugando en desmedro de la efectiva protección de los derechos que fueron tutelados, se presentó no sólo por la errada comprensión del ICBF acerca de la calidad de compañeras permanentes de las accionantes y de sus derechos como tales, sino porque los fallos de instancia, pese a haber tutelado los derechos de aquellas, erraron tanto en algunas de sus consideraciones, como en el tipo de orden dada al ICBF para hacer efectiva la decisión de tutela.

Así, pese a que en el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro se indicó que la determinación de la aptitud para adoptar no podía basarse en la opción sexual²⁷, acto seguido se advirtió que el trámite de adopción debía realizarse, pero que “*deberá ser el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de la Defensoría Segunda de Familia y el Comité de Adopciones quienes determinen la viabilidad o no de la adopción para la pareja solicitante del mismo sexo, cumpliendo siempre el debido proceso*”

²⁷ Señaló al respecto el referido fallo: “[c]onsidera el Despacho que lo verdaderamente importante es nuestro comportamiento y el catálogo de valores con el que cada uno orienta su vida hacia sí mismo y la proyecta hacia los demás. El ser buen o mal padre o madre, hija o hijo, compañero o compañera, amigo o amiga no lo determina la opción sexual; seguramente hay otros factores y éstos serán los que deberá descubrir y demostrar a través del proceso mismo el ICBF, a fin de determinar si las personas que conforman un núcleo familiar con opción de adoptar un niño, niña o adolescentes [...] son psicofísicamente aptas para suministrarle todo el amor, el cuidado, el respeto, el afecto entre muchos otros factores, para que esa o esas personitas logren un cometido aceptable en esta sociedad”.

administrativo e indicará, en caso se (sic) sostener la negativa que argumentó: ¿cuál o cuáles son las razones jurídica y científicamente válidas para afirmar que la sola divergencia sexual –homosexualidad– se constituye en razón suficiente para considerar – más allá del particular criterio personal– que es inadmisibles constitucionalmente entregar a una persona menor de edad en adopción, a otra mayor de edad o a una pareja donde hayan optado por la homosexualidad”. De este modo el juzgado de primera instancia abrió la puerta para que fuera el ICBF el que determinara si se podía discriminar a las accionantes en virtud de su condición de pareja homosexual. Y la decisión del ICBF en cumplimiento del fallo de tutela fue que sí podían ser discriminadas.

Por su parte, en el fallo de segunda instancia, el Tribunal Superior de Antioquia restringió la discusión al tema de la vulneración del derecho al debido proceso y confirmó la sentencia de primera instancia, pero aclarando que la violación de los derechos a la dignidad humana y a la igualdad ante la ley se dio sólo como consecuencia de la violación al debido proceso. Estimamos que el razonamiento del Tribunal es errado pues resulta claro que la vulneración al derecho al debido proceso se dio en virtud de la negación de los derechos que como pareja homosexual tienen las accionantes. En este sentido, la situación real es precisamente la inversa a la que refleja el análisis del Tribunal: la vulneración del debido proceso fue la consecuencia, y no la causa, de la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana. Por tal razón, es imposible garantizar en este caso una protección del derecho al debido proceso si no se enfrenta efectivamente la discriminación en razón de la orientación sexual. No basta entonces con que el ICBF realice un trámite ceñido a las formalidades legales que rigen la expedición de actos administrativos, sino que es preciso que se lleve a cabo un proceso de adopción en el que la condición homosexual de la pareja sea totalmente irrelevante.

Consideramos entonces que es necesario que la Corte Constitucional tutele los derechos invocados, pero que además profiera un tipo de órdenes que no sólo garanticen que el trámite se lleve a cabo, sino que eviten que en cualquier etapa del trámite se abra la posibilidad de que las señoras ■■■ y ■■■ sean discriminadas en razón de su orientación sexual, y que sean vulnerados los derechos de la hija biológica de ■■■ en virtud también de la condición homoparental de la familia de la cual hace parte.

De acuerdo con lo anterior, recomendamos a la Corte Constitucional que ordene al ICBF Regional Antioquia que adelante el trámite de adopción consentida solicitada por la señora ■■■ a efectos de que su compañera permanente pueda adoptar a su hija biológica, con sujeción a los siguientes parámetros: (i) partir de la base de que las señoras ■■■ y ■■■ son compañeras permanentes y que, por tal razón, la solicitud de adopción consentida es procedente y debe por tanto ser tramitada. (ii) Otorgar a las señoras ■■■ y ■■■ el mismo trato que se da a los compañeros permanentes heterosexuales que acuden al trámite de adopción consentida, de tal modo que el carácter homosexual de la pareja sea irrelevante durante todo el proceso de adopción. Y (iii) obviar la orientación sexual de la señora ■■■ al momento de evaluar el cumplimiento de los requisitos legales que debe reunir el adoptante, a saber, la capacidad, la edad, y “*la idoneidad física, mental, moral y*

social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente” (Ley 1098 de 2006, Art. 68).

Estimamos que si la Corte reconoce, como creemos que efectivamente debe hacerlo, que las accionantes tienen derecho a que se adelante el trámite de adopción consentida y que la menor tiene derecho a que se permita la formalización jurídica de la relación familiar que ya existe con la compañera permanente de su mamá biológica, la condición homosexual de la pareja debe ser completamente irrelevante no sólo al momento de determinar la procedencia de la solicitud de adopción, sino durante todo el trámite. De lo contrario, se corre el riesgo de que los prejuicios sociales que existen frente a las parejas homosexuales en cuanto a su capacidad para ser buenos padres determinen nuevamente una decisión negativa por parte del ICBF en este caso concreto y en los que posteriormente se presenten, y de este modo se prive a la hija biológica de ■■■■, y a los niños y niñas que estén en una situación similar, de la posibilidad de gozar de una mejor situación en la que dos personas tendrían deberes legales hacia ella.

De los Honorables señores Magistrados,

Rodrigo Uprimny Yepes
Director
Centro de Estudios DeJuSticia

Marcela Sánchez Buitrago
Directora
Colombia Diversa

Luz María Sánchez Duque
Investigadora asistente
Centro de Estudios DeJuSticia

Mauricio Albarracín Caballero
Colombia Diversa

Nelson Camilo Sánchez León
Investigador
Centro de Estudios DeJuSticia

Diana Esther Guzmán Rodríguez
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia