



Bogotá, 28 de agosto de 2014



Hora: 03:19 P.M.

Honorables Magistrados y Magistradas
Corte Constitucional de Colombia
Sala Plena
E. S. D.

Referencia: Intervención pública de la Fiscalía General de la Nación en el proceso D-10315.

Demandante: Diego Andrés Prada Vargas

M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

Respetados Magistrados y Magistradas,

LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.000.512, expedida en San Antonio (Tolima), obrando en mi calidad de Fiscal General de la Nación y aceptando la invitación que la Honorable Corte Constitucional extendió a este Despacho el día 22 de julio de 2014, me permito intervenir en este proceso con el fin de solicitar respetuosamente a esta Corporación:

- i. **DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD** de las expresiones "cónyuge" y "compañero permanente" contenidas de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 -**Código de la Infancia y la Adolescencia**, siempre y cuando se entienda que ellas comprenden al cónyuge o al compañero o compañera permanente del mismo sexo;



Con el fin de exponer los argumentos que fundamentan esta posición, la presente intervención estará estructurada en cinco partes. En primer lugar, como consideración preliminar, se abordará el grave déficit de protección de derechos que actualmente atraviesan los niños y niñas de familias diversas, toda vez que el ordenamiento jurídico colombiano no garantiza que parejas del mismo sexo puedan solicitar su adopción. Esto lleva a que la Fiscalía General de la Nación, como garante de los bienes jurídicos del interés superior de los niños y niñas y también de la familia, abogue por la pluralidad y diversidad consagrada en la Constitución Política a la hora de reconocer nuevos tipos de conformación familiar.

En segundo lugar, con el fin de brindar elementos de juicio a la Corte Constitucional, se abordará el interés superior de los niños y niñas para posteriormente adelantar un análisis sobre el régimen de adopción, en el que se resalta las formas de adopción que la ley contiene (adopción voluntaria, consentida o conjunta) y los requisitos que se exigen para acceder a la adopción.

En tercer lugar, sustentaremos que la familia es un interés superior del Estado, para lo cual abordaremos el régimen constitucional de la familia, la naturaleza de la familia y los distintos tipos de familia que la jurisprudencia ha reconocido a partir del principio de pluralidad cultural.

En cuarto lugar, y teniendo en cuenta los anteriores elementos, se abordará la unión marital de hecho y el matrimonio, con el fin de resaltar el déficit de protección que tiene la familia conformada por personas del mismo sexo.

Finalmente, profundizaremos acerca de las consecuencias particulares que trae para el derecho penal, sobre todo en el tema de garantías penales, circunstancias de agravación punitiva y exclusión de la pena así como la dificultad en la adecuación típica de algunos delitos, debido a la imposibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar niños/as, de manera conjunta o consentida.

De esta manera, los principales los argumentos de la Fiscalía General de la Nación para solicitar la exequibilidad condicionada de las expresiones "cónyuge" y "compañero permanente" contenidas en los artículos 64, 66



y 68 de la Ley 1098 de 2006, consistirán en demostrar que la familia, en cuanto interés superior del Estado, exige una protección constitucional suficiente, razón por la cual cualquier déficit en la garantía de sus derechos resulta reprochable e intolerable de acuerdo a la Constitución Política. Las garantías constitucionales cobijan a todo tipo de conformación familiar pues la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha reconocido que las familias conformadas por personas del mismo sexo o constituidas a partir de otro tipo de lazos, como es el caso de las familias de crianza, cuentan con las mismas garantías y derechos que las familias de parejas de personas heterosexuales.

De acuerdo con los fundamentos normativos y jurisprudenciales y los principios constitucionales, los requisitos y condiciones necesarios para adoptar a un menor no hacen referencia a la orientación sexual del adoptante. Esta condición no incide en la calificación de los aspectos psicológicos y sociales que rodean el proceso de adopción y en ningún caso podrá negarse el debido proceso administrativo y legal de una persona que pretende adoptar a un menor-y crear un vínculo paterno-filial que garantice su derecho a tener una familia-por causa de su orientación sexual.

Además de ello, la interpretación no inclusiva de las personas homosexuales en lo que respecta a la adopción conjunta y consentida de menores termina generando distorsiones a nivel sustancial penal y procesal penal debido a que: no se pueden aplicar debidamente las normas que consagran la garantía de no incriminación de parientes cercanos; no se pueden aplicar debidamente las normas que contemplan las causales de impedimentos y recusaciones de los funcionarios judiciales; no se pueden aplicar debidamente las normas que consagran la protección de testigos y peritos; no se pueden aplicar debidamente las normas que contemplan circunstancias de agravación punitiva por causa del parentesco.



Así por ejemplo, no permitir la adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo llevaría a que la protección consagrada en varios de los artículos del Código Penal se hiciera inoperante, especialmente en relación con los menores: El artículo 127 señala que quien teniendo el deber legal de velar por un menor, lo abandone, incurrirá en prisión; sin mencionar que el artículo 233, que tipifica la inasistencia alimentaria, uno de los delitos más frecuentes en la sociedad colombiana, no cobijaría a los menores de edad pertenecientes a familias de crianza.

I. NORMAS DEMANDADAS

El ciudadano Diego Andrés Prada Vargas, en ejercicio de sus derechos constitucionales y políticos consagrados en la Constitución de 1991, interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, los artículos 64, 66, y los numerales 3º y 5º del artículo 68 de la Ley 1098, que a continuación se transcriben:

LEY 1098 DE 2006

(Noviembre 8)

Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006

Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA,

DECRETA:

(...)

Artículo 64. Efectos jurídicos de la adopción. La adopción produce los siguientes efectos:

1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.

(...)



5. Si el adoptante es cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos de su familia.

Artículo 66. *Del consentimiento.*

(...) No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

(...)

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

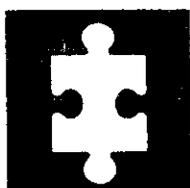
(...)

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

(...)

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

LEY 54 DE 1990
(Diciembre 28)



FISCALIA
GENERAL DE LA NACIÓN

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

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

2. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

De acuerdo con el escrito presentado por el demandante, la expresión "*hombre y mujer*" contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 y la expresión "*compañeros permanentes y cónyuges*" que aparece en los artículos 64, 66 y en los numerales 3º y 5º del artículo 68 de la Ley 1098, desconocen la dignidad humana, el principio del pluralismo y de diversidad cultural, el principio de no discriminación por razones de sexo y el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, derechos consagrados en la Constitución Política de 1991.

El primer argumento que presenta el actor para solicitar la inexecutable de las normas demandadas consiste en afirmar que ha existido un cambio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de familia. En su opinión, las decisiones del Alto Tribunal que han interpretado el artículo 42 constitucional, han pasado de abogar por un sólo tipo de conformación familiar, centrado en la heterosexualidad y el carácter monogámico de la relación, a proteger otros tipos de conformación familiar que dan cuenta del pluralismo y diversidad cultural del Estado colombiano.



Otro de los argumentos de la demanda consiste en afirmar que el desconocimiento de los efectos jurídicos de las parejas homosexuales dentro del ordenamiento jurídico colombiano, entre ellos, la posibilidad de adoptar menores de edad, ya sea de manera conjunta o consentida, es decir, en aquellos casos en los que el cónyuge o compañero permanente demuestra una convivencia ininterrumpida de mínimo 2 años, atenta contra el derecho fundamental que tiene toda persona de vivir dignamente, según lo dispuesto en el preámbulo y en el Artículo 1º de la Constitución Política.

Y más aún, considera el demandante que dichas prohibiciones impiden vivir como se quiere, vivir bien y vivir sin humillaciones, toda vez que la diferencia de trato entre las parejas de personas de sexo distinto de aquellas conformadas por personas del mismo sexo no tienen el mismo reconocimiento ni derechos constitucionales. Sus relaciones no son reconocidas por el ordenamiento como una comunidad de vida, al punto que se impide no solamente ser reconocido como miembro de una pareja, sino la imposibilidad de configurar una familia y asumir la responsabilidad de la maternidad o paternidad de los hijos del cónyuge o compañero del mismo sexo.

De igual manera para el demandante, se ha de resaltar que Colombia se define como un Estado pluralista, lo cual quiere decir que reconoce la diversidad cultural y étnica de la nación. Esto lleva entonces a reconocer y fijar dicha diversidad en la normatividad de las figuras que desarrolla con el interés de salvaguardar los bienes jurídicos del Estado y que representan especial interés, como es el caso de la familia y los derechos fundamentales de los niños y las niñas.

Es por ello que, asegura, la normatividad que regula la adopción conjunta por parte del cónyuge o por compañeros permanentes viola el principio de pluralismo cultural e impone un tipo de familia heterosexual y monogámica que no reconoce nuevos tipos de familias, como es el caso de las familias monoparentales, de crianza o ensambladas. Así las cosas, las normas demandadas contrarían la pluralidad cultural de la familia.



No existe duda para el actor, que las diferencias de trato que el Legislador contempla entre las parejas heterosexuales y conformadas por personas del mismo sexo resulta discriminatorio. Por esta razón, formula un test de proporcionalidad con el fin de determinar si dicho trato desigual se hace con el fin de proteger la familia. Llega entonces a la conclusión de que dicha medida discriminatoria no es necesaria, ni tampoco razonable, por lo cual la Corte Constitucional debe declarar inconstitucionales las normas demandadas y de esta forma abogar por la diversidad y pluralidad de la conformación familiar.

Según el demandante, los principales perjudicados de la distinción de trato que el Legislador estableció entre las parejas de personas de sexo opuesto y las parejas del mismo sexo, son los niños y niñas. Argumenta que debido a su grado de vulnerabilidad los niños gozan de un trato especial dentro del ordenamiento jurídico, razón por la cual la familia es el medio que garantiza sus derechos fundamentales. Con ello quiere decir, que los derechos fundamentales de los niños o niñas que carecen de una familia son violentados, como es el caso del derecho a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y al de dignidad humana.

Derechos que a su vez se ven obstaculizados por parte del Estado cuando impide que parejas del mismo sexo, ya sea gracias a la adopción conjunta o consentida, brinden al menor en estado de abandono o carente de otro padre o madre, la oportunidad y las garantías constitucionales como legales que le puede brindar una familia compuesta ya sea por dos padres o dos madres.

3. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA SOLICITUD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La Fiscalía General de la Nación intervendrá en el proceso que se estudia, sobre la constitucionalidad de la adopción de niños por parte de las parejas del mismo sexo, principalmente por dos razones. Primero, porque impedir la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo es una práctica discriminatoria proscrita por la Constitución. Segundo,

porque consideramos que impedir la adopción por parte de parejas del mismo sexo, tiene como consecuencia un déficit de protección de los derechos de los niños y del interés superior de la familia que puede repercutir incluso en la aplicación de normas penales, cuando se trata de familias de crianza conformadas por parejas del mismo sexo.

Por familias de crianza entendemos, como lo hace el Consejo de Estado, lo siguiente:

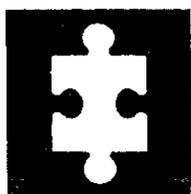
“(…) es posible hacer una referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético.”¹

Es por este vacío consideramos que la intervención de la Fiscalía General de la Nación es fundamental para dimensionar el impacto que tiene la interpretación de las normas en la protección y garantía de los derechos constitucionales de los niños y niñas y que impide a las parejas del mismo sexo, ya sea por vía de la unión marital de hecho o en virtud del matrimonio, adoptar conjuntamente o realizar adopciones consentidas.

El déficit de protección penal afecta dos tipos específicos de familia: a) familias de crianza conformadas por parejas del mismo sexo con presencia de un hijo de crianza y b) familias de crianza conformadas por la madre o padre biológico del hijo/a y su compañero del mismo sexo, que es a su vez padre/madre de crianza. Ambos casos están estrechamente ligados a la ausencia de reconocimiento de la posibilidad de que las parejas del mismo sexo realicen adopciones conjuntas o adopciones consentidas.

Este déficit de protección en los derechos de los niños y niñas y las familias de parejas del mismo sexo que las conforman, se materializa en la distorsión en la aplicación de normas penales, procesales y de justicia transicional, situación que puede evitarse con una interpretación que

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 02 de septiembre de 2009, M.P. Enrique Gil Botero.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

incluya a las parejas del mismo sexo en los procesos de adopción del Código de Infancia y Adolescencia, en los apartados pertinentes.

3.1. El interés superior de los niños/as en el ordenamiento jurídico colombiano

La protección de los niños y niñas como un interés superior del Estado no solamente recibe una importancia a partir de la Constitución Política sino que además, toma una gran relevancia de acuerdo con los estándares internacionales recogidos en las distintas convenciones del ámbito interamericano y universal ratificadas por Colombia. En este sentido, para la Corte Constitucional:

“El artículo 44 de la Constitución Política es inequívoco al establecer que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, como consecuencia del especial grado de protección que aquellos requieren, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación. Una de las principales manifestaciones de este precepto constitucional, que se enmarca en el contexto del Estado Social de Derecho y del deber general de solidaridad, es el principio de preservación del interés superior del menor, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional”².

Los derechos de los niños y niñas tienen una naturaleza esencial que ha sido reconocida a nivel nacional e internacional y que trascienden la situación particular de cada uno de ellos/as. Desde esta perspectiva, el interés superior del niño/a tiene una naturaleza teórica y abstracta que trasciende los individuos y permite garantizar sin diferencias los derechos de todos los niños y niñas. No obstante, tiene también un componente individual y práctico, a partir de las vivencias y experiencias de cada uno de ellos y ellas:

“¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en

² Al respecto, ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional, T-979/01, T-408/95 y T-514/98.



particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional³.

La Corte Constitucional ha señalado algunos criterios que deben ser tenidos en cuenta al momento de entrar a determinar sobre los casos particulares y las vivencias de los niños/as, y que son elementos esenciales para atender a su interés superior:

“(…) los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores que comprende la garantía de un desarrollo armónico e integral son: i) la prevalencia del interés del menor; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere; iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad.”⁴

Prevalencia de los derechos y los intereses de los niños y niñas

La evaluación del desarrollo integral del niño o la niña se da entonces sobre el principio orientador de la prevalencia de sus intereses y sus derechos. En este sentido, sus derechos constituyen garantías mínimas en las que su protección es esencial. Adicionalmente, deben entrar a valorarse elementos materiales que se dan sobre tres componentes importantes: el desarrollo físico del menor de edad, su desarrollo moral y espiritual, así como las condiciones sociales sobre las que se deben desenvolver sus derechos.

Estos elementos indispensables, deben estar garantizados principalmente por el Estado, quien es el llamado a resguardar los derechos de los niños y niñas, y en este sentido, es quien debe materializar acciones que encaminen el cumplimiento de la sociedad para protegerlos. No se trata entonces de aspectos teóricos que debe tratar el Estado, sino de acciones

3 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-117 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

4 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-808 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



reales y que se materialicen positivamente en la vida de los menores de edad:

“(...) el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos.”⁵

Entre las acciones que debe asumir el Estado, se encuentra aquella en la que se busca garantizar el derecho del niño y de la niña a tener una familia. Los niños, niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. lo cual se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”⁶

El desarrollo del niño/a y sus derechos, se debe dar entonces en un ambiente en el que tenga una serie de condiciones, que por sí mismos él o ella, no podrían proveerse. La familia se constituye como la garante de los derechos de los menores de edad y el Estado a su vez el garante de que las condiciones familiares sean idóneas, tal y como aparece regulado en los artículos 5º, 15º, 28º, 33º, 42º y 44º de la Constitución Política.

El Estado como garante de los derechos de los niños/as

5 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-078 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio.

6 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



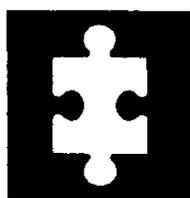
No obstante, en aquellos casos en que los niños y niñas han sido separados de sus vínculos familiares o se han dado situaciones en las que los niños no cuentan con garantías para desarrollarse plenamente, viviendo con sus propias familias naturales por situaciones que amenacen incluso su vida, el Estado, como garante superior de los derechos de los niños, cuenta con el mecanismo de la adopción para reestablecer y garantizar los derechos de los niños en situación de vulnerabilidad. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:

“De este modo, la adopción es concebida fundamentalmente como una institución establecida en beneficio del menor adoptable y para su protección. Y si bien permite que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, posibilitándoles a ellos el ejercicio de varios derechos como el conformar una familia, el del libre desarrollo de la personalidad, etc., no persigue prioritariamente este objetivo, sino el de proteger al menor de la manera que mejor convenga a sus intereses, aplicando en ello el artículo 44 de la Carta.”⁷

Así, la garantía del Estado de proteger a los niños y las niñas se materializa, por una parte, en la protección de la familia en la que se deben dar las condiciones de desarrollo de los menores de edad o, en su defecto, en reestablecer a los niños sus derechos al proveerles una familia. Tanto en uno como en otro caso, es el interés superior del niño el que prima en la ponderación de dichas situaciones, es la garantía de sus derechos lo que busca proteger el Estado cuando se enfrenta ante una situación de desprotección de derechos de los niños. En resumen, se podría decir que:

“(...) el principio del interés superior del menor constituye una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico colombiano, que representa una valiosa guía hermenéutica orientadora de las decisiones judiciales que resuelvan conflictos que involucren a menores de edad. De acuerdo con este principio al menor debe dispensarse un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica como sujeto de especial protección constitucional, en procura de garantizar su desarrollo integral y armónico y su

⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-802 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

bienestar físico, mental, espiritual y social. La adopción es concebida como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor adoptable, a través de la posibilidad de garantizarle el derecho a tener una familia originada en vínculos civiles, cuando la natural no le brinde el cuidado que su condición de menor reclama.”⁸.

El interés superior del niño y la orientación sexual de los padres

De acuerdo con lo anterior, si al Estado le corresponde proteger al niño y a la familia, las entidades encargadas de protegerlos como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, tienen la misión de velar por los derechos de niños y niñas y de garantizar que estos sean protegidos por sus familias y en concordancia con los derechos de sus familias:

“(…) los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor. De hecho, sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados.”⁹.

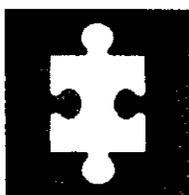
Por tanto, para la interpretación de las plenas garantías de derechos de los niños, es fundamental la comprensión del contexto familiar que les rodea. No podrían entenderse los derechos de un niño o niña, si estos estuvieran desvinculados de los derechos de su familia, ya que la protección plena del niño tiene su razón de ser en la familia, que es su ambiente de cuidado, amor, desarrollo, nutrición, educación, etc.

Protección de los niños en contra de la eventual arbitrariedad de algunos funcionarios encargados de protegerlos

De la misma forma, la Corte Constitucional ha señalado la importancia de que el interés de los niños esté resguardado de la arbitrariedad de los mismos funcionarios públicos encargados de protegerlos, por cuanto no

⁸ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-840 10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

en todos los casos los derechos de ellos son adecuadamente protegidos por estos. Lo anterior, guarda especial relevancia, cuando se trata de comprender los derechos de los niños que viven en un contexto familiar, en el que sus familias son diversas y en muchos casos, son vistas como marginales y sin derechos, lo que claramente va en contravía de la jurisprudencia constitucional. De tal forma el interés de los niños:

“(...) debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”¹⁰.

En el caso concreto del interés superior de los niños, la jurisprudencia constitucional **ha venido aclarando que la orientación sexual diversa es legítima y por tanto, está protegida constitucionalmente. En consecuencia, esta no puede ser asumida, en sí misma, como un riesgo para el interés superior de los menores.**

Organizaciones como el Centro de Investigación -Dejusticia- han señalado que “La homosexualidad no crea un riesgo cierto, claro e incontrovertible en la salud mental, emocional o psicológica de los niños o las niñas, y no hay evidencia científica que le atribuya la posibilidad de causar un daño o riesgo a la salud y desarrollo de los menores”¹¹.

Este desarrollo claramente se puede evidenciar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial, el caso de un periodista norteamericano quien adoptó dos niños colombianos. Ya que al momento de llevarlos a su nuevo hogar en Estados Unidos, él informó acerca de su orientación sexual homosexual a una funcionaria del ICBF de inmediato inició un proceso de restablecimiento de derechos de los niños por el hecho de que el padre adoptante, nunca informó, en el proceso de adopción, sobre su orientación sexual.

En este sentido, el Alto Tribunal consideró que la orientación sexual del padre o la madre adoptante no puede ser una razón para suspender un trámite de adopción, y mucho menos, un asunto que deba someterse a debate y del cual dependan los estudios que evalúan la aptitud como

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-408 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹ Centro de Investigación en Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Familias LGBTQI: Iguales Derechos, Igual Protección, 2012.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

padre o madre adoptivo¹². Incluso, suspender la adopción por la supuesta falta de información sobre la orientación sexual del adoptante, resulta para la Corte una medida desproporcionada.

“(...) los dictámenes de los profesionales del ICBF mostraron que los niños estaban en buen estado físico y que su alteración emocional provino de la separación de XXX y la interrupción de su proyecto de conformar una familia con él. En este orden de ideas, la medida, si bien pudo perseguir un fin importante, no era necesaria -podría haberse adoptado otra de las medidas reseñadas en el Código- y sí implicó un sacrificio excesivo de los derechos de XXX y sus hijos. Por tanto, **la Sala concluye que la decisión de la Defensora fue desproporcionada.**”¹³ (Negrilla fuera del texto original)

La orientación sexual no es un criterio para vulnerar el debido proceso

La Corte Constitucional en la sentencia T-276 de 2012 realizó un estudio pormenorizado sobre las medidas de restablecimiento de derechos, y cómo éstas existen para resguardar el interés superior de los niños y protegerlos de situaciones en las que es su propia familia la causante de situaciones que los pueden exponer potencialmente a situaciones de vulneración de derechos. Dentro del examen de constitucionalidad se llegó a la conclusión que la orientación sexual no podía ser un criterio para vulnerar el debido proceso. Así lo quiso indicar la Corte:

“Por el contrario, la amenaza, en concepto de los profesionales del propio ICBF, devino de (a) las consecuencias que podría traer la denuncia penal formulada contra XXX, (b) la separación de los niños de XXX y (c) la interrupción de su viaje a Estados Unidos, es decir, la amenaza no era imputable -a juicio de los psicólogos y trabajadores sociales del ICBF- a la falta de información sobre la orientación sexual de XXX”.

Este fallo, en relación al interés superior de los niños y la orientación sexual del padre, está en concordancia con el estándar internacional que estableció el caso de la Jueza Karen Atala Riffó e hijas vs. Chile ante la

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-276 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹³ *Ibid.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se señaló en relación al interés superior de los niños y la orientación sexual de la madre lo siguiente:

“(...) las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre.”

[...]

“La Corte observó que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos.”¹⁴

En este sentido, tanto la Corte Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretan el interés superior del niño y la niña como un derecho que no entra en contradicción con la orientación sexual de los padres y no representa, en este sentido, un riesgo para el niño o la niña. Una interpretación en este sentido sería discriminatoria y restringiría los derechos y garantías procesales de los niños, niñas y sus padres o madres.

3.2 La adopción en el ordenamiento jurídico colombiano y su neutralidad respecto de la orientación sexual de los adoptantes.

El Código de Infancia y Adolescencia –Ley 1098 de 2006- dispone que la adopción es una medida de restablecimiento de los derechos de los niños,

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas *Vs.* Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

niñas y adolescentes. En especial, persigue la protección del derecho fundamental del menor de edad a tener una familia, pues es indispensable para el desarrollo armónico de la personalidad del niño, niña y adolescente. Así mismo, la adopción establece una relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

A su vez, la norma dispone que los procesos de adopción únicamente podrán ser llevados a cabo por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y las instituciones debidamente autorizadas por éste.

3.2.1. Reglas y condiciones generales de adopción

El artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia contiene las reglas y condiciones que deben ser cumplidas para la adopción de los niños/as¹⁵. Al respecto, dispone que pueden adoptar:

1. **Personas solteras:**
2. Cónyuges conjuntamente;
3. Conjuntamente los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de dos años en adelante. En caso de tener un vínculo matrimonial con otra persona, el tiempo se cuenta a partir de la fecha del divorcio;
4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración;
5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de mínimo dos años.

¹⁵Colombia, mediante la Ley 265 de 1996, ratificó el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional del 29 de mayo de 1993. Allí, se establecen las condiciones mínimas relacionadas a la cooperación en adopción por parte de los países participantes. Los requisitos que exige para llevar a cabo la adopción es que las Autoridades competentes del Estado de recepción:

- a) constaten que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar;
- b) aseguren que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y
- c) constaten que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.



Además, las personas que buscan adoptar deben demostrar (i) ser capaces, (ii) tener 25 años o más; (iii) tener 15 años más que el menor; y (iv) garantizar su idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable para el niño, niña y/o adolescente.¹⁶

Para demostrar el cumplimiento de los requisitos mencionados, el Código de Infancia y Adolescencia exige aportar los siguientes documentos dentro del proceso de adopción:

1. Consentimiento para la adopción, de ser el caso;
2. Copia de la declaratoria de adaptabilidad o de la autorización para la adopción, según caso;
3. Registro civil de nacimiento de los adoptantes y del niño, niña o adolescente;
4. Registro civil de matrimonio o la prueba de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes;
5. Certificación del ICBF o entidad autorizada sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes, expedida no menos de 6 meses y constancia de la entidad sobre la integración personal del niño, niña y adolescente con el adoptante o adoptantes;
6. Certificado vigente de antecedentes penales o policivos de los adoptantes;
7. Certificación actualizada sobre la vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución donde se encuentre albergado el niño/a o adolescente expedida por el ICBF;

¹⁶ Para los casos de adopciones por parte de mayores de edad, la norma establece que debe demostrarse que el adoptante estuvo encargado del cuidado personal del niño y que convivieron bajo el mismo techo al menos durante dos (2) años. En este caso, solo se necesita el consentimiento de las personas involucradas y la aprobación por parte de un juez de Familia.



8. Aprobación de cuentas del curador, si procede.

La adopción de un niño/a en Colombia puede darse por una persona soltera, sea o no el guardador del pupilo o ex pupilo -Adopción individual: por cónyuges, compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida igual o mayor a dos años que pretenden realizar la adopción conjuntamente -adopción conjunta-; y por el cónyuge o compañero permanente que desea adoptar el hijo de su cónyuge o compañero con quien haya convivido de forma ininterrumpida por un tiempo superior a dos años -adopción consentida-.

Como puede verse entonces, no se exige información sobre la orientación sexual de la persona, mucho menos sobre su heterosexualidad. Quizás por ello, la Corte Constitucional al decidir una tutela interpuesta por una persona transexual, quien solicitó la adopción de una menor abandonada desde su nacimiento y entregada a su cuidado, no se detuvo en analizar la orientación sexual del solicitante, sino en evaluar los recursos económicos con los que esta persona contaba para brindarle un hogar seguro y tranquilo¹⁷.

Por lo anterior, se puede afirmar que de facto hoy existen miles de familias conformadas por padres o madres con orientación sexual diversa, quienes han adoptado menores de edad y les han brindado los recursos necesarios para conformar una familia que garantice sus derechos fundamentales.

3.2.2. Requisitos generales de idoneidad para adoptar

¹⁷La Corte negó la tutela al considerar que el solicitante no le brindaba un hogar seguro a la menor. Así lo indicó: "El lugar de residencia habitual del actor, que sería el medio social en el que crecería la menor viviendo a su lado, se circunscribe a la zona de tolerancia de la ciudad de Pasto. La Comandante de la Policía de Menores, Teniente Yolanda Arteaga Arévalo, declaró que *"esta zona donde residía la menor es una de las zonas rojas del Municipio y, tal vez, una de las más graves ya que allí se presentan toda clase de delitos."* Respecto de la residencia donde inicialmente fue encontrada la menor, sostuvo que *"...esta residencia había sido sellada, sin embargo estaba funcionando, al parecer la sellaron por el mal estado en que se encontraba porque era en unas condiciones infrahumanas para que viviera cualquier persona"*. - La vivienda de la menor consistía en un cuarto de tamaño mínimo, desaseado y oscuro, donde convivían hacinados el actor, su madre y la menor. En el mismo cocinaban con una estufa de petróleo. - Existen serios motivos para creer que el amigo o compañero del actor se embriaga con frecuencia. Esto constituye un mal ejemplo para la menor, por parte de una persona que, por tener una relación estable con el actor desde hace muchos años y por contribuir en la crianza y manutención de xx, también hacía parte de su ambiente familiar". En: Corte Constitucional, Sentencia T- 290 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.



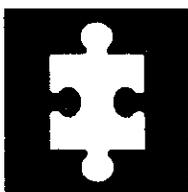
Ahora bien, frente a la idoneidad para adoptar, el ICBF en su *Lineamiento técnico para adopciones en Colombia* (Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010) dispuso que la idoneidad (i) física, (ii) mental, (iii) moral, y (iv) social pretende identificar si la persona, cónyuges o compañeros permanentes que se encuentran dentro de un proceso de adopción, cuentan con la capacidad de “proveer amor, principios, valores y todo aquello que redunde en el bienestar del niño, niña o adolescente que sean adoptados”¹⁸.

- (i) Frente a la idoneidad física, se evalúa el estado de salud de las personas que pretenden adoptar a un menor. Se mira si tiene una discapacidad seria, si su supervivencia es corta o si existe cualquier otro obstáculo que impida una protección a los derechos del menor y a su desarrollo íntegro.
- (ii) En cuanto a la idoneidad mental, se tienen en cuenta los rasgos de la personalidad del adoptante que puedan indicar el funcionamiento adaptativo, su salud mental, su estabilidad emocional y afectiva, su capacidad para establecer y mantener vínculos para relacionarse adecuadamente consigo mismo, con los otros y con el entorno que permitan ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite al niño, niña o adolescente un desarrollo equilibrado.
- (iii) Respecto de la idoneidad moral, se refiere a la noción de moral social o moral pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética.

Se entiende como no idónea aquella persona que vive en condiciones como “en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana” entre otros.

De tal forma, el lineamiento del ICBF para la adopción advierte que “la evaluación sobre la idoneidad moral de quien pretende adoptar, no puede

¹⁸ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). *Lineamiento técnico para adopciones en Colombia*. Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

ser hecha desde la perspectiva de sus personales convicciones éticas o religiosas, sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social¹⁹ y determina que no existe idoneidad moral en los casos en que:

- La persona/cónyuges/compañeros permanentes que tenga(n) problemas de alcoholismo o drogadicción.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tales como: acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de 14 años o incapaz.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad individual tales como: inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, trata de personas.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes no provea(n) alimentos a sus hijos biológicos y/o adoptivos.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes de violencia intrafamiliar.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes penales y, habiendo cumplido la condena, se establezca que puedan implicar riesgo para el adoptable.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes que hayan incurrido en la vulneración de los derechos de protección los niños, niñas y adolescentes, previstos en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.²⁰

¹⁹ Esta idoneidad se establece con el estudio de las condiciones psicosociales y el certificado de antecedentes judiciales (penales) y con otro tipo de certificaciones como historia de contravenciones o infracciones menores. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), *Lineamiento técnico para adopciones en Colombia*: Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010.

²⁰ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), *Lineamiento técnico para adopciones en Colombia*, Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

Al respecto, es importante hacer referencia a que **dentro de los documentos requeridos para la adopción, así como los requisitos que éstos pretenden probar, no se hace mención alguna sobre la necesidad de conocer la orientación sexual de las personas que pretenden iniciar el proceso de adopción.** Únicamente se solicitan pruebas que demuestren la idoneidad de las personas frente a la posibilidad de brindar un ambiente sano y apto para el desarrollo integral del niño o niña que se encuentra en adopción.

Desarrollo jurisprudencial. Corte Constitucional

A pesar de que hoy en día son claros los aspectos relativos a la idoneidad moral de las personas para adoptar, este tema fue objeto de varios análisis por parte de la Corte Constitucional. Una de las discusiones principales ha girado en torno a la orientación sexual de aquellos que quieren adoptar a un niño/a individualmente. Para estos casos, la Corte ha concluido que ésta nunca podrá ser un elemento que pueda llevar a determinar que la persona no es idónea para formar una relación paterno-filial con un niño, niña y/o adolescente.

Como ejemplo, en la sentencia T-290 de 1995 la Corte conoció de un caso en el cual el demandante alegaba que no le fue posible adoptar a una niña en razón a su orientación sexual. Al respecto, se pudo probar que las razones que llevaron a negar la adopción de la niña se debieron a que éste no vivía en un lugar apto que pudiera garantizar el desarrollo integral y positivo de ella, pues el accionante vivía en una habitación ubicada en una zona de tolerancia con altos índices de prostitución, alcoholismo y drogadicción. Además, en dicha habitación convivían la madre del peticionario, la niña y quien pretendía la adopción.

En consecuencia, la Corte consideró que no era la orientación sexual del tutelante la razón por la cual le fue impedida la posibilidad de adoptar a la niña que había tenido a su cargo hasta el momento, sino la imposibilidad de brindar un entorno idóneo para el desarrollo de la menor. Al respecto expresó:

~[t]odo lo anterior conduce a la Sala a descartar la violación del derecho del actor a la igualdad. Resulta evidente que el I.C.B.F. tuvo razones objetivas suficientes para decretar las medidas de protección que consideró necesarias en favor de la menor xx, y que



su actuación no fue arbitraria ni se debió a prejuicio de sus funcionarios respecto de la sexualidad del señor Córdoba”.

Por último, el magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz, realizó una aclaración de voto en la cual hizo énfasis en que “[n]egarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”²¹.

Desarrollo jurisprudencial. Idoneidad moral del adoptante

Por otro lado, el mismo Tribunal en la sentencia C-814 de 2001, se vió en una nueva discusión frente a la demanda de inconstitucionalidad instaurada en contra de los artículo 89 y 90 del antiguo Código del Menor –Decreto 2737 de 1989-, en el que se exigía la idoneidad de la moral como requisito para poder adoptar un menor. Allí, los intervinientes de la demanda expresaron su preocupación frente a la posibilidad de discriminar a las personas homosexuales dentro de la calificación de dicho requisito.

Al respecto, la Corte afirmó que éste se refería a la imposibilidad de llevar a cabo la “entrega del menor a quien desenvuelve su proyecto vital en condiciones morales socialmente repudiadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, [...] pone al niño en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica y armónica dentro del entorno socio-cultural en el cual está insertado”²². Además, consideró que “la disposición no se refiere de manera explícita a la condición de homosexual del solicitante, para indicar que tal condición sea indicativa de la falta de dicha idoneidad”²³.

En esta sentencia, los magistrados Manuel José Cepeda Espinoza, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett realizaron un salvamento de voto en el cual dejaron claro que “[l]a norma no hace distinción alguna, no exige que la pareja sea heterosexual. Los homosexuales, como

²¹ Corte Constitucional. Aclaración de voto. Sentencia T-290 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy.

²³ Ibid.



las demás personas, tienen derecho a decidir junto con su pareja el número de hijos que pueden tener”²⁴.

Más adelante, en la sentencia C-710 de 2012, en un sentido similar, la Corte conoció una demanda de inconstitucionalidad contra la palabra “moral” dentro de los requisitos para considerar que una persona es idónea para poder adoptar a un niño, niña o adolescente. El demandante consideró que se trataba de una discriminación por orientación sexual que se encontraba implícita en el actual Código de Infancia y Adolescencia.

Al respecto, **la Sala Plena determinó que el texto demandado no hacía referencia a la orientación sexual de quienes eran los candidatos a adoptar** y que “[s]implemente exige que los solicitantes tengan idoneidad física, mental, moral y social para suministrar una familia adecuada y estable al niño. El precepto no define qué es idoneidad moral, qué es idoneidad social, ni qué es una familia adecuada y estable”²⁵.

De otro lado, en la aclaración de voto realizada por la Magistrada María Victoria Calle frente a la decisión tomada por la Corte, dejó claro que “la idoneidad moral para adoptar no depende de la orientación sexual de la persona”²⁶.

Los lineamientos técnicos del ICBF

A partir de las sentencias analizadas del Código de la Infancia y de la Adolescencia de Colombia y de los lineamientos dados por el ICBF, es claro en que la idoneidad moral de una persona que pretende adoptar a un niño, niña y/o adolescente en ningún momento se puede calificar con fundamento en su orientación sexual. Los aspectos a evaluar deben ser su relación directa con el alcoholismo, la prostitución, drogadicción, entre otros y su calificación debe darse a partir de pruebas científicas y objetivas que surjan del estudio de cada caso en particular.

“(iv) En cuanto a la idoneidad social, el ICBF considera que se trata del conjunto de relaciones positivas intrafamiliares y del entorno de los solicitantes, de condiciones socioeconómicas y culturales garantistas en las cuales el menor podrá construir su

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt

²⁶ Ibid



identidad personal, social y cultural.

“[E]n las familias clasificadas como mono parentales y solicitantes solteros, además de todos los aspectos de idoneidad anteriormente mencionados, se valorará el apoyo de la red familiar y social, explorando las motivaciones, los recursos afectivos y emocionales” para poder detectar las ayudas externas al adoptante que incidan positivamente en el desarrollo equilibrado del menor.²⁷

Ahora bien, para certificar e identificar la idoneidad de la/s persona/s que se encuentran dentro del proceso de adopción, es necesario llevar a cabo una evaluación psicológica y otra social por parte de los especialistas del ICBF. En cuanto a estas evaluaciones, es importante ver qué tipo de características se tienen en cuenta al momento de considerar que una/s persona/s es/son idónea/s para adoptar a un menor.

El modelo del informe psicológico que se encuentra en el *Lineamiento técnico para adopciones en Colombia* tiene en cuenta aspectos del adoptante, como la personalidad de cada uno de los solicitantes (nivel emocional, afectivo, rasgos temperamentales, debilidades personales, entre otros), ajuste marital para el caso de parejas (recursos de pareja, comunicación, resolución de conflictos, etc.), manejo de pérdidas, motivaciones para adoptar, expectativas respecto del niño, características de los modelos educativos y correspondencia que orientará la relación padres e hijos, entre otros.

Para el caso del informe social, el modelo tiene en cuenta el genograma (para visualizar la intensidad de las relaciones intrafamiliares y existencia de red familiar), la historia de vida personal, educativa y familiar de cada solicitante; la dinámica de relación de pareja, los modelos educativos que orientan la relación padres e hijos, las condiciones habitacionales y económicas, entre otros.

En este sentido, es importante resaltar que todos los aspectos que se tienen en cuenta para certificar la idoneidad de la/s persona/s que se encuentran en proceso para adoptar a un niño/a, llevan a identificar que

²⁷ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). *Lineamiento técnico para adopciones en Colombia*. Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010.



este va a encontrar un hogar en el cual se le va a brindar el cariño, la educación y el ambiente propicio para que su desarrollo se dé de forma íntegra, equilibrada y positiva.

En consecuencia, las evaluaciones y sus formatos demuestran que la orientación sexual de la/s persona/s que pretenda/n hacer parte de un proceso de adopción, no es determinante para la idoneidad del mismo toda vez que, la orientación sexual no se relaciona o no incide en el hecho de que la persona pueda o no contar con los aspectos necesarios para que el menor se desarrolle en un entorno adecuado. Es decir, no es posible negar la adopción de un menor por la condición sexual del adoptante.

En el Concepto 5926 de 2011 del ICBF, se respondió una consulta en la cual se pretendió aclarar si era constitucional y legal el hecho de que el ICBF incluyera en el *lineamiento técnico del programa de adopciones* una pregunta sobre la orientación sexual de las personas solteras que presentaran una solicitud de adopción.

Al respecto, el ICBF consideró que la norma no contempla nada acerca de la orientación sexual de las personas y que éstas son protegidas por la Constitución Política respecto de sus derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Por lo tanto, concluyó que era “inviabilidad jurídica incluir en el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopciones la pregunta sobre la orientación sexual a las personas solteras que presenten solicitud de adopción toda vez que va en contravía de la protección constitucional, de que nadie puede ser discriminado por causa de su orientación sexual para cuyo efecto tampoco puede ser interrogado en ese sentido”.

3.2.3 Los diversos tipos de adopción

La adopción individual

El numeral primero del artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia prevé que pueden adoptar las personas solteras, siempre y cuando sean mayores de 25 años, tengan al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad moral, mental, física y social al niño.



Uno de los casos de adopción individual fue conocido por la Corte Constitucional en sentencia T-090-07. Se trataba del caso de un ciudadano español que fue preferido por encima de una pareja italiana para tomar en adopción un niño al constatarse que cumplía con todos los requisitos necesarios. Esto sumado a las satisfactorias entrevistas realizadas por el adoptante y los lazos que se habían ido desarrollando entre el niño y él llevaron a la Entidad al convencimiento de que el señor español era idóneo para la adopción, decisión que a la postre ratificó la Corte Constitucional.

Por otra parte, analizada la historia particular del menor, el equipo del ICBF que lo tenía a su cargo no realizó ninguna sugerencia acerca del tipo de familia para la asignación, por lo que el Comité de adopción quedó en libertad de hacerlo a cualquier tipo de familia.

La no declaración de la orientación sexual homosexual en el proceso de adopción individual, no afecta los derechos del adoptante y los adoptados

Como se mencionó anteriormente, en el Caso Burr, la Corte Constitucional en la sentencia T-276 de 2012 conoció de un caso en el cual un ciudadano extranjero cumplió con todo el procedimiento administrativo y judicial para la adopción de dos menores de edad. Sin embargo, a raíz de una conversación informal con una funcionaria del ICBF en la cual el peticionario expresó a la señora que era gay, ésta inició un proceso de restablecimiento de derechos de los menores y decidió ubicarlos en un hogar sustituto argumentando que el tutelante no aportó información sobre su orientación sexual dentro del trámite de adopción de los menores.

En el proceso de revisión de la acción de tutela, se encontraron varios informes de psicólogos/as y trabajadores/as sociales de los cuales **no fue posible determinar que existía una amenaza a la salud mental de los menores que tuviera un nexo causal entre la falta de información de la orientación sexual del peticionario y el riesgo de los menores alegado por el ICBF**. Al contrario, se demostró que la amenaza a la



integridad de los menores devino de la separación con su padre y la interrupción del viaje al país de origen de éste.

Al respecto, la Corte manifestó que:

“(...)la Sala encuentra que los profesionales de las áreas de psicología y trabajo social del ICBF nunca afirmaron que la posible amenaza a los derechos de los niños AAA y BBB derivara del hecho de que el demandante, en el trámite de la adopción, no hubiera informado sobre su orientación sexual. Por el contrario, varios profesionales coincidieron en que los niños estaban afectados emocionalmente al momento de inicio del proceso como consecuencia de (i) su separación de XXX y (ii) la suspensión del viaje a Estados Unidos. A esto agregaron que las posibles consecuencias del proceso penal podrían empeorar la situación”²⁸.

A partir de lo anterior, la Corte concluyó que la medida de restablecimiento de derechos adoptada por el ICBF no se encontraba justificada, era desproporcionada y no tuvo en cuenta la opinión de los menores. Además, dentro del trámite de revisión, expertos del ICBF concluyeron, entre otras cosas, que el tutelante “[e]s una persona competente, capaz de convertirse en un padre efectivo que por su nivel de compromiso probablemente será un padre de gran beneficio para estos niños. De otra parte, está dispuesto a recibir la ayuda necesaria así como la consejería especializada que lo lleve a lograr las metas como padre de la manera más adecuada posible”²⁹. En consecuencia, la Sala tuteló los derechos fundamentales de los menores y de su padre adoptivo.

La adopción consentida

El artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia en su numeral quinto dispone que podrán adoptar: “[e]l cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.” En este caso, al igual que en la adopción individual, los requisitos, tanto generales, como de idoneidad física, moral y mental, son los mismos.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

²⁹ Ibid.



Actualmente, la Corte Constitucional estudia el expediente T 2597191 sobre el caso la niña "Lakme". En dicho caso, una de las madres realizó un procedimiento de inseminación artificial, tras una decisión tomada con su compañera permanente.

Tras el nacimiento de la niña, la compañera permanente de la madre, y a su vez, madre de crianza de la niña, solicitó ante el ICBF la adopción consentida de la niña. A pesar de que en las dos instancias el fallo ha sido favorable, y el caso ha sido seleccionado por la Corte Constitucional, se desconoce aún el fallo de constitucionalidad en relación a este tema.

La adopción conjunta

Al igual que en la adopción individual y consentida, el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia dispone, para la adopción conjunta que esta sea realizada por:

1. Cónyuges conjuntamente
2. Conjuntamente los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de dos años en adelante. En caso de tener un vínculo matrimonial con otra persona, el tiempo para la adopción se cuenta a partir de la fecha del divorcio.

En estos casos operan los mismos requisitos generales y de idoneidad, física, moral y mental, que se disponen para los adoptantes individuales, señalados previamente. Sin embargo, en relación con la adopción conjunta, al igual que en la adopción consentida y a diferencia de la adopción individual, se señala un requisito de tiempo de convivencia con una pareja, por vía de dos vínculos: unión marital de hecho o matrimonio.

Dado que el supuesto objeto de análisis en el presente caso es el de la adopción de niños y niñas, por parte de parejas del mismo sexo y que en la adopción consentida y conjunta existe un requisito de convivencia en unión marital de hecho y matrimonio, se procederá a analizar la naturaleza de ambos contratos y su relación con el derecho a la familia, que es finalmente el objeto del restablecimiento de derechos de los niños en adopción.



3.3. La familia como un interés superior del Estado

El artículo 42 de la Constitución Política establece que la familia es “*el núcleo fundamental de la sociedad*” razón por la cual el Estado y la sociedad garantizan su protección integral³⁰. Dada la importancia que tiene la familia en el ordenamiento jurídico superior, el Estado tiene el deber de preservar y proteger el núcleo familiar, no sólo porque ella representa, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, un derecho fundamental, sino porque a su vez, en ella convergen múltiples derechos fundamentales, entre ellos, los derechos de los niños, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, y el respeto a la dignidad de las personas³¹.

Con el fin de mostrar la importancia que tiene la familia dentro del ordenamiento constitucional, y más aún, dar cuenta que no existe un único modelo de familia, y que por el contrario, hoy son varios y diferentes los tipos de uniones familiares que el Estado y la sociedad deben reconocer y proteger, abordaremos a continuación los siguientes puntos: i) régimen constitucional de la familia; ii) definición y naturaleza de la familia según el ordenamiento constitucional colombiano; iii) tipos de familia y iv) protección del Estado a la familia como unidad base de la sociedad.

Régimen constitucional de la familia

Como ya se indicó, la Constitución Política estableció en el artículo 42 que la familia es el “núcleo fundamental de la sociedad”. Una norma que a su vez tiene relación con el artículo 5º del ordenamiento Superior, según el cual, uno de los principios fundamentales del Estado es la protección de la familia, como institución básica de la sociedad. Esto permite explicar muy bien por qué merece una protección de carácter integral en cabeza del Estado y también de la sociedad.

Además de ello, el artículo 13 de la Carta prohíbe cualquier tipo de discriminación por razones de origen familiar. Con ello, el Constituyente

³⁰ Constitución Política, Artículo 1o.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011, M.P., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo



buscó que la familia, independientemente de cuál sea su naturaleza y características, no puede ser una razón para tratos distintos y discriminatorios. Precisamente, el nuevo ordenamiento constitucional abolió las gravosas distinciones que la anterior Constitución Política de 1886 consagraba entre los hijos e hijas nacidos de matrimonio y aquellos fruto de relaciones no matrimoniales o religiosas, que repercutían en los derechos y sobre todo, el tratamiento marginal que la ley civil les otorgaba.

Es importe resaltar que la Asamblea Nacional Constituyente fue enfática, no sólo en reconocer que la familia es el pilar fundamental de la sociedad, sino que además, cualquiera sea el vínculo que una a sus integrantes, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar la base de la sociedad. Así lo manifestó:

“No es necesario discutir - expresa la citada ponencia - por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce a ella éste lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia.

(...)

Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.”³² (Negrillas fuera del texto original)

La Constitución también consagró el derecho de las personas a la intimidad familiar, según el cual, “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar”³³, y que el Estado debe respetar y hacer respetar, en relación con el derecho que tiene la familia a no ser molestada: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia”³⁴. De ahí que exista la garantía fundamental a la no incriminación familiar, según la cual,

³² En: Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 1996; MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³³ Constitución Política. Art. 15.

³⁴ Constitución Política Art. 28



“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”³⁵

Además de ello, la familia es un derecho fundamental de los niños y en virtud del cual el niño y la niña no solamente tienen derecho a una familia, sino sobre todo, a no ser separado de ella³⁶. Y es que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la vida física, emocional, intelectual y ética del niño se fija en la familia, razón por la que ninguna otra institución o entidad pública o privada, puede suplir esta enorme responsabilidad³⁷. No existe duda entonces, que la familia es un presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos fundamentales y prevalentes de los niños y niñas³⁸.

También es importante indicar que en virtud el Artículo 93 de la Constitución, hacen parte del régimen constitucional de la familia diferentes convenciones de derechos humanos que contienen una especial protección a la familia y resaltan las obligaciones que tiene el Estado de proteger y asistir a esta institución básica y fundamental de la sociedad.

El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Políticos consagra la protección de la familia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también hace objeto de protección especial a la familia dentro de su normatividad y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, lo cual amerita la más amplia protección y asistencia posibles³⁹.

De esta manera, el Ordenamiento Jurídico del Estado tiene el deber de proteger a la familia como institución fundamental de la sociedad, ya que como:

“(...) presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la

³⁵ Constitución Política Art. 33

³⁶ Constitución Política Art. 44

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 1994: MP. Hernando Herrera Vergara.

³⁸ Ibid.

³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 17. Protección a la Familia – 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.



responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar...⁴⁰.

Definición y naturaleza de la familia según el ordenamiento constitucional colombiano

Anteriormente se mostró que la unión familiar representa un presupuesto esencial de la organización social y del Estado, al punto que la misma Carta Política la reconoce como fundamento del Estado como "la piedra angular dentro de la organización política estatal"⁴¹, y por lo tanto, uno de sus fines consiste en amparar a la familia como institución básica de la sociedad⁴².

El conjunto de estos elementos, ha llevado a que la Corte Constitucional defina a la familia en un sentido amplio como una comunidad de personas emparentadas, ya sea por vínculos naturales o jurídicos, y "que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"⁴³. Se hace especial fuerza en indicar que la familia es una comunidad de personas, toda vez que sus integrantes entran en comunión al vivir juntos, es decir, al entrar en una relación íntima y personal con el otro, y que sin duda se funda y se vive en el amor, el respeto y la solidaridad entre sus integrantes.

"(...) la familia es una comunidad de personas, para las cuales el propio modo de existir y vivir juntos es la comunión: "communio personarum" (la cual se refiere a la relación personal entre el "yo" y el "tu"). La familia, comunidad de personas, es por consiguiente la primera "sociedad"..."⁴⁴

Esto muestra que la familia, como lo ha indicado la jurisprudencia, es una realidad sociológica antes que jurídica. Con ello se quiere resaltar que el núcleo familiar antecede tanto a la sociedad como al Estado, razón por la cual, no es el ordenamiento jurídico el que reconoce la existencia de ciertos tipos familiares, sino la familia quien exige que la sociedad y el

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 2012, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-271 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁴² Constitución Política, Art. 15

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-241 de 2012, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 1994, MP. Hernando Herrera Vergara.



Estado sirvan a su bienestar y aseguren su conservación. Así lo ha querido manifestar la Corte Constitucional.

“(…) el ordenamiento reconoce una realidad social anterior a él mismo y al Estado, pues antes que fenómeno regulado por el derecho, “la familia es una realidad sociológica que fue objeto de un reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991”⁴⁵ y, en cuanto tal, “antecede a la sociedad y al propio Estado que, precisamente, han sido instituidos para servir a su bienestar y para velar por su integridad, supervivencia y conservación”⁴⁶.

Vínculo afectivo que configura la familia

De todas maneras, hasta hace relativamente poco, la existencia en el amor, el respeto y la solidaridad que distingue a la comunidad familiar, sólo se reconocía en las familia conformadas por parejas de personas de sexo opuesto y unidas por matrimonio, lo cual llevó a desconocer a las familias conformadas por una sola madre, o un solo padre y a negar muy especialmente, el hecho que las parejas de un mismo sexo son también familia.

Sin embargo, la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha indicado que la definición de familia debe ser coherente con la realidad social. Es por ello, y como lo ha indicado el Tribunal Constitucional, que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo”⁴⁷.

Así, el Consejo de Estado indicó que las distintas formas de ser familia deben ser protegidas por el Estado y por la sociedad, al considerar que el concepto de familia es en sí diverso y plural, y no está determinado únicamente por el matrimonio o el parentesco biológico.

“(…) que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-289 de 2000, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-271 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-527 de 2009, MP. Nilson Pinilla Pinilla.



genético, sino que el concepto se fundamenta, se reitera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales”.⁴⁸

La protección familiar tiene carácter igualitario

Además, en atención al concepto de pluralidad que enmarca al Estado colombiano, y que sin duda repercute también en sus instituciones jurídicas, entre ellas la familia, la protección a la unión familiar no puede reconocer, como lo ha dicho la Corte, ciertos derechos o privilegios especiales dependiendo de la forma en la que se conforma la unidad familiar, ya que la protección que el Ordenamiento Constitucional brinda a la familia, es de carácter igualitario.

En atención al impacto que tiene el principio de pluralidad a la hora de reconocer otros tipos de conformación familiar, y que no necesariamente se ajustan al parentesco consanguíneo, fruto de una relación heterosexual, la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

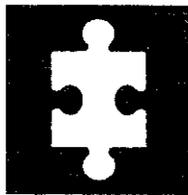
“(...) en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial...”⁴⁹

Aunado a que en un fallo más reciente, el Alto Tribunal resaltó de nuevo que el reconocimiento y la protección que el Estado le debe a la diversidad ética y cultural de la nación no le permiten afirmar la existencia de un solo tipo de familia. Así lo expresó en la Sentencia C-577 de 2011:

“... (El concepto amplio de familia) tiene su soporte en las exigencias de un estado social de derecho participativo y pluralista, como el contemplado en el artículo 1º de la Carta, que incluye dentro de sus fines, enunciados en el artículo 2º, la protección de las libertades, creencias y derechos de todas las

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, M.P. Enrique Gil Botero, Actor: Elvia Rosa Arango y otros contra Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

personas, derechos que, según el artículo 5º, son inalienables y tienen primacía y que, además, proclama, en los términos del artículo 7º de la Carta, el reconocimiento y protección de “la diversidad étnica y cultural de la nación”. **claramente contraria a la imposición de un solo tipo de familia y a la consiguiente exclusión de las que no reúnen las condiciones de la que, supuestamente, es la única reconocida y protegida.**⁵⁰ (Negrillas fuera del texto original)

De ahí que el Alto Tribunal manifieste con fuerza y reitere la no diferencia de trato entre familias diversas y conformadas por parejas de sexo diferente en los siguientes términos:

“(...) la familia que se origina en relaciones monogámicas o en vínculos afectivos de otra índole, con vocación de permanencia y fundada en el afecto, la solidaridad y la intención de ayuda y socorro mutuo, es especialmente protegida por la Constitución y por múltiples tratados ratificados por Colombia incorporados en nuestro derecho interno, **siendo contrario al ordenamiento jurídico reconocer ciertos derechos o privilegios especiales dependiendo de la forma en la que se conforma el grupo familiar.** El Estado y la sociedad son a su vez titulares del deber de protección de la familia y de la preservación de la misma desde el punto de vista económico y social...”⁵¹ (Negrilla fuera del texto original)

Los anteriores elementos permiten resaltar que la familia atraviesa por un proceso constante de evolución. De ahí que, el concepto que hoy prima dentro del Ordenamiento Jurídico colombiano se caracteriza por su amplitud y diversidad, toda vez que va más allá de la consanguinidad y el modelo heterosexual y restrictivo a una determinada conformación familiar.

Naturaleza de la familia

El Constituyente estipuló que la familia se puede constituir de dos maneras, ya sea por vínculos naturales o jurídicos, es decir, “*por la*

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-577-11. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia T-278-13. MP. Mauricio González Cuervo.



*decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*⁵².

Esta particular forma de entender la naturaleza de la familia, y de validar tanto la conformación natural como la jurídica, corresponde al deseo del Constituyente de reconocer la diversidad familia y asegurar la no discriminación por el origen familiar consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Así lo expresó la Asamblea Nacional Constituyente en uno de sus debates:

“(...) Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres e hijos adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.”⁵³

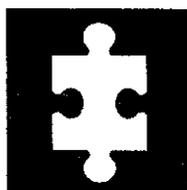
Como se puede observar, la familia fruto del vínculo jurídico es aquella que proviene de la decisión libre de contraer matrimonio, mientras que la familia natural nace a partir de la “*voluntad responsable de crearla*”. Dicho vínculo natural es resultado ya sea de la conciencia, de las costumbres, o de las creencias de la persona.

Vínculo matrimonial o jurídico

Es entonces necesario indicar que el vínculo jurídico que desarrolla lo expresado por la norma superior corresponde a la institución del matrimonio, que tiene como fuente el consentimiento de los cónyuges. Consecuencia de dicha voluntad, se generan derechos y obligaciones para la pareja al punto que, se necesita de una declaración judicial de divorcio para que se entienda extinguido dicho vínculo y opere su disolución. Por esta razón, el vínculo matrimonial existe independientemente de si la

⁵² Constitución Política. Art. 42

⁵³ En: Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 1996: MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACIÓN

pareja tiene o no descendencia, pues lo único que la ley exige para su conformación, es la expresión de la voluntad por parte de la pareja, ya sea de personas heterosexuales o con orientación sexual diversa.

Si bien la lectura del vínculo matrimonial o jurídico es de carácter contractualista, ya que se habla de un vínculo jurídico de orden contractual que formaliza el consentimiento expresado por las personas que componen la pareja, no se puede desconocer que la fuente de dicho contrato son intereses nobles, como es el caso del amor, el respeto y la solidaridad, elementos que precisamente lo diferencian de cualquier otro acto convencional.

Por esta razón, es importante resaltar lo dicho por la Corte Constitucional respecto al vínculo matrimonial.

“(…) Ahora bien, aun cuando es cierto que en su configuración legal el matrimonio está concebido como un contrato, también lo es que las principales características de la familia a la que da lugar “impiden aplicar a esta modalidad de acuerdo de voluntades en sus diversas etapas, los mismos criterios que se aplican dentro del régimen general de los actos jurídicos y de los contratos en particular”, especialmente porque **“los componentes afectivos y emocionales que comprende la relación matrimonial”** impiden esa aplicación y, más allá de sus efectos patrimoniales, le confieren singulares caracteres que lo diferencian de cualquier otro acto convencional o acuerdo de voluntades⁵⁴.”

Recientemente el Alto Tribunal, con el fin de suplir el déficit de protección de las parejas del mismo sexo, toda vez que el ordenamiento jurídico no les proveía un mecanismo para formalizar el vínculo diferente a la unión marital de hecho y que se configura con la convivencia, reconoció el derecho que tienen las parejas de personas homosexuales a formalizar sus uniones y a contar con una institución de carácter matrimonial que, sin lugar a dudas, ofrece una mayor protección si se compara con las garantías que ofrecen las uniones de hecho.

Así lo expresó la jurisprudencia constitucional.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-660 de 2000; M.P. Álvaro Tafur Galvis



FISCALIA
GENERAL DE LA NACIÓN

“De lo expuesto se deduce que la posibilidad de prever una figura o institución contractual que les permita a las parejas homosexuales constituir su familia con fundamento en un vínculo jurídico no está constitucionalmente prohibida y, fuera de lo anotado, se debe reparar en que una restricción tan severa al ejercicio de derechos constitucionales fundamentales, como sería la prohibición, no puede deducirse con base en una simple interpretación, sino que ha de venir explícitamente contemplada y ya se ha señalado que la Constitución menciona el matrimonio heterosexual y nada dice respecto de las uniones homosexuales, luego no hay texto expreso que sirva de soporte a la pretendida prohibición de establecer una figura o institución que formalice la unión de la pareja homosexual haciendo de ella un vínculo jurídico constitutivo de familia.(...)”.⁵⁵

Para la Corte Constitucional el hecho que las parejas conformadas por personas del mismo sexo no cuentan con la posibilidad de constituir una familia con fundamento en un vínculo jurídico implica una diferencia de trato por razones de orientación sexual de las personas, atenta contra los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, se debe resaltar como:

“(…) la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales.”⁵⁶

Sin embargo, como ya se indicó el matrimonio no agota el espectro de las relaciones familiares, y menos aún el matrimonio entre parejas del mismo

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011.

⁵⁶ Ibid.



sexo, toda vez que la Constitución Política reconoce claramente otros vínculos que dan origen también a la familia.

Vínculos naturales

En los casos de los vínculos naturales, que según la Constitución también dan origen a la familia, "*voluntad responsable de crearla*", su fuente no reposa en el consentimiento de sus integrantes (matrimonio) sino, en la convivencia. Toda vez que, el paso del tiempo, a la luz de los sentimientos de amor, respeto y solidaridad, configuran también el concepto de familia.

Lo anterior, denota cómo el Constituyente, en aras de ofrecer una protección suficiente a la unidad base de la sociedad, buscó la manera de que todos los tipos de conformación familiar quedaran incluidos dentro de la protección constitucional, ya que lo único que le importó al Constituyente, fue la existencia de una relación de solidaridad y ayuda mutua.

Generalmente se ha pensado que la unión marital de hecho es la única expresión de la conformación de la familia por vínculos naturales. Por eso, es importante indicar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no solamente la unión de hecho puede estar conformada por personas de diferente sexo. Toda vez que la heterosexualidad no es un aspecto definitorio de la familia, ni un requisito *sine qua non* para su reconocimiento⁵⁷, como lo ha expresado la doctrina constitucional:

“En consecuencia, la lectura de la Constitución que asimila el concepto de familia a la derivada de la unión entre hombre y mujer es abiertamente equivocada. Ello debido a que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 42 C.P., el vínculo familiar se logra a partir de diversas situaciones de hecho, entre ellas la libre voluntad de conformar la familia, al margen del sexo o la orientación de sus integrantes. Por lo tanto, resulta claro que la heterosexualidad o la diferencia de sexo entre la pareja, e incluso la existencia de una, no

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-716 de 2011: M.P.



es un aspecto definitorio de la familia, ni menos un requisito para su reconocimiento constitucional. (...)”⁵⁸

Y resultado del principio constitucional de pluralidad y diversidad cultural, según el cual, “*en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia*”⁵⁹, y del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, que según la jurisprudencia es el que da origen de la familia, “*se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia*”⁶⁰, son varias y variadas las formas de conformación familiar que pueden existir y que exigen protección constitucional.

Es por ello que la Corte consideró que es contrario a la realidad social y cultural del país negar la existencia de familias que no necesariamente están constituidas por una pareja heterosexual y monogámica. Al respecto, el Tribunal dijo lo siguiente:

“Con respecto al alcance del concepto de familia, la Corte ha considerado que este debe ser coherente con la realidad social y por ende, ha ampliado su ámbito de protección. En este orden de ideas se han amparado los derechos de las familias que se originan en el matrimonio, en las uniones maritales de hecho, las familias monoparentales, o las constituidas por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo”⁶¹.

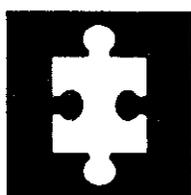
Así las cosas, la comunidad de vida, que nace a partir de una relación de afectos, emociones y sentimientos, es también objeto de especial protección por parte del Estado y por esta razón, la Corte Constitucional ha reconocido que los vínculos naturales que dan origen a la familia deben ser coherentes con la realidad social y por ende, no es solamente la unión de hecho la que se debe ser reconocida como fruto del vínculo

⁵⁸ Aclaración de voto, Sentencia C-577 de 2011

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-716 de 2011

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-875 de 2005

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 2013 Mauricio González Cuervo



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

natural, sino también, otros tipos de familia como son: las familias monoparentales, las familias de crianza y las familias ensambladas, entre otras.

Tipos de familia

No hay duda de que la Constitución Política pone en pie de igualdad todas las formas de familia. Particularmente, ha resaltado la importancia que tienen tanto para la sociedad como para el Estado las uniones maritales de hecho. No se puede negar además, que el Ordenamiento Constitucional, en concreto los artículos 5º y 42º superiores, llevan a velar por la integridad, supervivencia y conservación, de cualquiera que sea la forma de unidad familiar, razón por la cual la Ley no puede incluir diferencias que consagren regímenes discriminatorios para la unidad familiar, toda vez que cualquiera que sea el tipo o forma de familia merece una protección especial.

Sobre lo anterior, es importante resaltar que el Alto Tribunal Constitucional afirmó:

"Si la Constitución equiparó los derechos de la familia, sin parámetros en su origen, y reconoció también los mismos derechos a los hijos "habidos en el matrimonio o fuera de él", **no puede la ley, ni mucho menos la Administración, mantener o favorecer diferencias que consagren regímenes discriminatorios**, porque ello significa el quebrantamiento ostensible de la Carta al amparo de criterios éticos e históricos perfectamente superados e injustos."⁶²

En este sentido, y según lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se deben reconocer los siguientes tipos de familia:

I. Familias monoparentales

Las familias monoparentales son aquellas que están constituidas por un solo padre o una sola madre y los hijos o hijas que la relación de pareja

⁶² Corte Constitucional. Sentencia T-326 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.



dio. Las razones por las cuales alguno de los padres desaparece de la vida familiar son varias: el divorcio, las separaciones, la huida como la violencia consecuencia del conflicto armado interno, etc.

Precisamente, tanto el Congreso de la República como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha garantizado los derechos fundamentales de las madres cabeza de familia en aras de preservar la familia y el interés superior del menor. Medidas que el Alto Tribunal ha también extendido, para garantizar el derecho fundamental a la igualdad, a los padres cabeza de hogar con el argumento de "(...) no por existir una presunta discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos"⁶³

Como se mencionó en el acápite I, las familias monoparentales revisten la misma dignidad que una familia conformada por una pareja. En este sentido, el ICBF en los casos en que ha visto enfrentado el interés de un padre o madre adoptante a título individual, contra el interés de una pareja adoptante, las ha tratado en las mismas condiciones, siguiendo los precedentes jurisprudenciales de la Corte en la materia⁶⁴, aún sin importar la orientación sexual del adoptante⁶⁵.

II. Familias de crianza

El Consejo de Estado fue el primero en reconocer un concepto amplio de familia, que encuentra soporte en las exigencias de un Estado Social de Derecho participativo y pluralista. Esto llevó a reconocer que la familia puede surgir cuando un menor es abandonado por su familia biológica y acogido por un núcleo familiar que cuida de él y se convierte en su referente familiar, lo que permite entonces desarrollar los elementos a partir de los cuales surge la familia, y que son: el respeto, la solidaridad y el amor.

En este sentido se pronunció la Alta Corporación.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-989 de 2006, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-090 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

⁶⁵ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-276 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



“(…) es posible hacer una referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.”⁶⁶.

Tesis que a su vez ha sido recogida por la Corte Constitucional al indicar que esta puede surgir cuando:

“(…) un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante **un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia**” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica. “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza”⁶⁷ (Subrayado fuera del texto original)

De esta forma, la familia es también fruto de la crianza, es decir, de las relaciones de familia entre los abuelos y los nietos, entre los tíos y los sobrinos que por avatares de la vida tienen a su cargo, entre el hermano o hermana mayor que asume la dirección del hogar que integra junto con

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, M.P. Enrique Gil Botero. Actor: Elvia Rosa Arango y otros contra Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.

⁶⁷ Cfr. Sentencia T-292 de 2004 e igualmente se puede consultar la Sentencia T-459 de 1997.

sus hermanos menores, o entre una persona y la hija o el hijo que ha recibido en adopción.

La realidad de estas familias no sólo es corroborada además por la estadística. Señala una encuesta realizada por Profamilia titulada *Encuesta sobre Necesidades y Deseos de Participantes de la Marcha de la Unidad por la Vida en Bogotá - 2007* un amplio número de personas LGTB+ expresaron su interés con la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo. Así mismo, el 11,8% de los encuestados declaró tener al menos un hijo o hija en un 6,0% con hijos de su pareja, y el 5,1% en el contexto de un proceso de adopción.

III. Familias ensambladas

Otros de los tipos de familia que ha reconocido recientemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, corresponde a las familias ensambladas. Es decir, aquellas familias que surgen como resultado de las nuevas relaciones que alguno de los padres establece con una nueva pareja, y en algunos casos, con los hijos que esta persona trae de una relación pasada. Como puede verse, este tipo de familias también van más allá de la consanguinidad y del modelo hegemónico de la heterosexualidad. Para el Alto Tribunal Constitucional, este tipo de familias se originan en:

“(...) el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa, siendo todavía objeto de disputa doctrinaria lo concerniente a su conformación, susceptible de generar diversas modalidades que no es del caso estudiar aquí”⁶⁸.

Es por eso que, como se ha querido aquí reiterar, el origen de la familia no es únicamente el matrimonio, como tampoco las constituidas a partir de relaciones de tipo heterosexual, ya que el concepto de familia debe ser entendido a partir del modelo de pluralismo consignado en la

⁶⁸ A este propósito cabe consultar a CECILIA P. GROSMAN e IPINE MARTINEZ ALCORTA, *Familias ensambladas*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000, Pág. 35. En: c-576 de 2011



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

Constitución Política y que irradia todas las instituciones jurídicas, especialmente aquellas que afectan el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Así lo resaltó la Corte al indicar que, *"existen muchas más y, sobre todo, pueden llegar a existir muchas más"*⁶⁹ familias, incluso diferentes a las aquí indicadas.

Protección del Estado a la familia como unidad base de la sociedad

De acuerdo con la Constitución Política, la familia, cualquiera que sea su tipo y forma, goza de protección integral, toda vez que como pilar fundamental del Estado y la sociedad, necesita contar con los medios suficientes que garanticen su integridad, supervivencia y conservación.

En este sentido se debe resaltar que de acuerdo con jurisprudencia reciente de la Corte, la protección integral a la familia garantiza los elementos constitutivos de la vida familiar como son: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos e hijas.

*"De acuerdo con el alcance del artículo 42, en la sociedad y el Estado reposa el deber de garantizar la protección integral de la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Esta protección integral que prodiga la Constitución se asegura mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer la importancia de la institución familiar en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales que la orientan, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos, etc."*⁷⁰

Además, en la configuración de la familia convergen los derechos fundamentales de las personas y es a su vez, un medio para la garantía de los mismos. No existe duda de que las personas a la hora de entablar un vínculo fundado en el amor, respeto, comprensión y solidaridad, hacen uso de sus derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-241 de 2012, Luis Ernesto Vargas Silva



personalidad e intimidad. Y ya conformada la familia, ésta se hace garante también de derechos fundamentales.

Y en concreto, como lo ha señalado la Corte Constitucional, "(...) la familia es un derecho fundamental de los niños toda vez que la familia merece una protección especial, ya que en ella se forman, crecen y se desarrollan las personas."⁷¹

Lo anterior explica por qué existen 3 maneras distintas de abordar la familia, ya sea como derecho fundamental, como derecho prestacional, o de acuerdo a una tesis intermedia que ha sido acogida por la Corte Constitucional según la cual el núcleo familiar cuenta con una especial protección en virtud de su dimensión e importancia para la sociedad, y a su vez se encuentra en relación con derechos de carácter prestacional. En palabras de la Corte Constitucional:

"(...) En este orden de ideas, existen tres formas de abordar la familia: (1) como derecho prestacional para lo cual el Estado está llamado a establecer los beneficios necesarios para preservar su unidad y sus condiciones económicas y sociales; (2) como derecho fundamental caso en el cual las medidas orientadas a su preservación serán de obligatorio cumplimiento y podrán ordenarse mediante la acción de tutela; (3) desde una tesis intermedia que considera a la familia como una institución que debe ser protegida por el Estado y que cuenta con una dimensión de derecho fundamental y de otros elementos de contenido económico y asistencial relacionada con derechos prestacionales."⁷²

Es a partir de esta tercera tesis que la Corte Constitucional analizó en forma progresiva la existencia de componentes prestacionales en la protección de las parejas del mismo sexo, para después avanzar hacia un reconocimiento del derecho fundamental a dichas familias, cuya conformación puede darse por dos vías que se estudiarán a continuación, unión marital de hecho y matrimonio. Se analizarán estos dos tipos de conformación familiar con mayor detalle, dado que el supuesto de hecho

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-821 de 2005, Rodrigo Escobar Gil

⁷² Ibid.



de adopción, sobre el que versa la discusión en este caso, es el de las adopciones consentidas y conjuntas.

Reconocimiento legal del vínculo entre las parejas del mismo sexo

La Unión Marital de Hecho

Desde el año de 2007, se inició en Colombia el proceso de reconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo, en virtud de la ley 54 de 1990 de Uniones Maritales de Hecho, que limitaba la existencia de dichas uniones a parejas heterosexuales. Sin embargo, la sentencia C-075 de 2007 inició un camino paulatino de reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo. Inicialmente se centró en la protección patrimonial de las parejas en virtud del derecho de igualdad de asociación y finalmente concluyó, en el año 2011, con el reconocimiento expreso de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.

Para la Corte Constitucional, la constatación de un déficit de protección a las parejas del mismo sexo se evidenciaba en el hecho de que:

“la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.”⁷³

Para la Corte, la ausencia de una regulación al ámbito patrimonial de las parejas del mismo sexo, constituía un trato discriminatorio injustificado que debía ser reparado. No obstante, bajo estas mismas dos subreglas: i. la prohibición de tratos diferenciados injustificados y ii. La superación del déficit de protección, la Corte estudió otras situaciones en las que los derechos de las parejas del mismo sexo, se veían afectados desde una perspectiva de derechos de asociados.

Tales fueron los casos de las sentencias C-811 de 2007 que reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo a ser beneficiarias en salud, esto a

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



partir de la constatación de una injustificada exclusión del beneficiario en salud del mismo sexo en el sistema de seguridad social; la sentencia C-336 de 2008 que reconoció la necesidad de garantizar efectos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, desde un ámbito de seguridad social en relación al sistema de pensiones.

Sin embargo, paulatinamente, la protección que inicialmente fuera considerada únicamente de carácter patrimonial para las parejas del mismo sexo, y en razón al derecho de asociación reconocido en el artículo 38 de la constitución, empezó, con la sentencia C-798 de 2008, a reconocer otros derechos y deberes que estaban únicamente reservados al ámbito familiar, como es el caso del derecho y deber de alimentos en el ámbito penal.

No obstante, la sentencia C-029 de 2009 declaró exequibles condicionadamente más de 40 normas referentes a la unión marital, en el entendido de que se consideran incluidas las uniones maritales de hecho conformadas por parejas del mismo sexo. Estas normas regulan temas tan diversos como derecho penal, derecho civil, derecho administrativo, derecho disciplinario, ley de víctimas, desplazamiento forzado y derecho de familia.

Como se señaló en el acápite anterior, fue la sentencia C-577 de 2011, la que reconoció de forma expresa y con amplitud el dinamismo del concepto de familia, reconocido en el artículo 42 de la Constitución y la dignidad e igualdad de las familias conformadas por parejas del mismo sexo y unidas por la figura de la Unión Marital de Hecho. Sentencias posteriores, como la T-716 de 2011, han empezado a materializar lo dicho por la Corte:

“ el reconocimiento de la pareja del mismo sexo como forma constitutiva de familia tiene efectos directos en la justificación constitucional de la pensión de sobrevivientes. Se ha explicado que uno de las facetas que explica la importancia *iustificada* de esa prestación económica es la necesidad de proteger los derechos de los miembros de la familia”

Como se puede apreciar, en 2011, la Corte Constitucional con posterioridad a la citada sentencia C-577 de 2011, reinterpreto el alcance de la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo, ya no



como un derecho de asociados que hacen parte de una unión marital de hecho, sino como miembros de una familia, unidos por la figura de la unión marital de hecho, en el mismo nivel de protección de las parejas heterosexuales.

De tal forma, la Corte Constitucional ha materializado el concepto de familia en las uniones maritales de hecho, al modificar su análisis jurisprudencial de los derechos de las parejas del mismo sexo, ya no como simples individuos a los que se les afectaban sus derechos en una unión, a una visión mucho más garantista y concordante al artículo 42 de la Constitución, que es el del reconocimiento de las uniones maritales de hecho como familias, con iguales derechos y dignidad.

El matrimonio

A partir de la nueva interpretación que ha consolidado la Corte Constitucional⁷¹ en relación al matrimonio, se supera el déficit de protección de las parejas del mismo sexo, en cuanto a la imposibilidad de formalizar su vínculo familiar por la vía contractual. Hasta el año de 2013, como se mencionó anteriormente, las familias conformadas por parejas del mismo sexo disponían únicamente de la unión marital de hecho, prevista en la Ley 54 de 1990, para registrar su existencia.

Ante esta situación, la Corte Constitucional dispuso en el punto resolutivo No. 5 de la sentencia C-577 de 2011 que: “si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.

Esta orden debe leerse atendiendo el fin de la sentencia en la cual se produjo. De lo anterior se deriva que la Corte no autorizó la celebración de cualquier tipo de contrato entre dos personas, como han alegado

⁷¹ El 26 de Julio de 2011, la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C-577 de 2011 señaló “el propio artículo 42 no es sólo la familia basada en el matrimonio celebrado entre heterosexuales la que tiene ese carácter, sino toda familia, máxime por el fin del mandato de protección derivado de la índole institucional de la familia cubra a la intentada por parejas del mismo sexo” reconociendo la diversidad de la familia y entre ellas a las parejas del mismo sexo. Esta posición se ha reiterado en la sentencia T-716 de 2011 y en el Auto 022 de 2013.

algunos, incluso llamándolos “contratos solemnes de unión”. En realidad se trata de contratos matrimoniales para formalizar una familia por la vía legal.

Ahora bien, los principales argumentos que sostienen que la mejor forma de garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo es la opción del matrimonio igualitario son los siguientes:

a. La Constitución Política no prohíbe el matrimonio igualitario

La Constitución no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. En todo caso, una interpretación respetuosa del principio *pro homine* impide que una interpretación en tal sentido sea posible debido a que no se pueden interpretar las normas, y mucho menos aquellas de tipo constitucional, de acuerdo con criterios discriminatorios.

Es así que del artículo 42 no puede derivarse la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo⁷⁵. Según la Corte, la interpretación correcta del primer inciso de este artículo es que no puede suprimirse el matrimonio entre hombres y mujeres. Más allá de este límite, son legítimas otras formas de matrimonio, siempre y cuando no desconozcan derechos fundamentales.

En tal sentido es importante recordar que las reglas especiales consignadas en el texto superior no imponen automáticamente prohibiciones o limitaciones al ordenamiento jurídico⁷⁶.

b. El matrimonio es el único contrato civil solemne que da origen a la familia

⁷⁵ En la sentencia C-577 de 2011 la Corte reitera que “una cosa es lo garantizado por el derecho y otra lo jurídicamente posible, de modo que lo constitucionalmente garantizado no agota, pues, lo constitucionalmente admisible”.

⁷⁶ “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”. Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2001.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

La sentencia C-577 de 2011 autoriza la realización de “contratos solemnes” entre parejas del mismo sexo para que constituyan formalmente sus familias. Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico sólo el contrato civil de matrimonio es “solemne” y tiene por objeto la constitución formal de una familia⁷⁷. Al respecto, es necesario recordar que la regulación de la institución familiar y del matrimonio es de orden público⁷⁸.

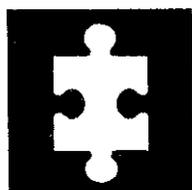
Así las cosas, en el ordenamiento jurídico colombiano el único contrato civil solemne creador de una familia es el matrimonio, y al ser este una manifestación del derecho de orden público, jueces, notarios y particulares carecen de competencia para crear y autorizar a su antojo otros convenios o acuerdos entre parejas del mismo sexo que tengan por fin crear y regular formalmente a la familia.

c. Los contratos innominados no superan el déficit de protección de las familias del mismo sexo

Permitir la “autonomía contractual” de las parejas del mismo sexo en materia familiar, anula por completo la protección constitucional y legal dispuesta para la familia como núcleo fundamental de la sociedad y habilita su funcionamiento según la discrecionalidad, e incluso arbitrariedad, de sus integrantes. En efecto, la posibilidad de crear contratos innominados para regular las familias del mismo sexo le abre la puerta a todo tipo de acuerdos sui generis, parciales o incluso irregulares, por ejemplo, carentes de deberes mutuos de cuidado y asistencia; sometidos a plazos o a condiciones resolutorias de tipo económico; susceptibles de anulación unilateral o sin deberes de convivencia y fidelidad.

⁷⁷ En el Derecho Civil colombiano únicamente existe el contrato de matrimonio para dar origen formal a la familia y regular los derechos y deberes de sus integrantes. Así, en la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional indica que el matrimonio constituye “*en familia a la pareja que, con esa finalidad, manifiesta libremente su consentimiento*”. De igual forma, Luis David Durán Acuña señala que “el modelo jurídico tradicional de la unión en parejas es el matrimonio; es la unión institucional con pleno reconocimiento social y jurídico de la que resulta para sus miembros la totalidad de efectos previstos en el ordenamiento”. En “*Derecho de Familia*”, Universidad Externado de Colombia, 1993, Bogotá, p. 7.

⁷⁸ MONROY, Cabra, Marco G. *Derecho de familia y de menores*, Octava edición, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2003, p. 34.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

Por consiguiente, para superar el déficit de protección de las familias del mismo sexo es necesario cobijarlas con el régimen vigente dispuesto en la Constitución, el Código Civil y las demás normas concordantes, según el cual las parejas que deseen conformar una familia de manera solemne y formal, pueden hacerlo a través de un contrato civil, solemne y de orden público denominado matrimonio.

d. Los contratos innominados no generan estados civiles

Según el Decreto 1260 de 1970 el estado civil “de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”⁷⁹. Dicho estatuto advierte además que el estado civil “de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos”⁸⁰.

Un contrato marital innominado entre personas del mismo sexo no cambia el estado civil ni puede anotarse en el registro civil de nacimiento de la persona lesbiana, gay, bisexual, intersexual o trans que lo suscriba, por cuanto los actos susceptibles de incluirse en dicho registro son taxativos y, en materia de familia, se refieren únicamente al contrato de “matrimonio” y a la unión marital de hecho (Cfr., artículos 5º, 44 y 67 a 72 del Decreto 1260 de 1970).

e. Los contratos innominados no producen los mismos efectos del matrimonio civil

El matrimonio civil y un contrato innominado de pareja difieren no solo en su nombre sino, especialmente, en sus efectos jurídicos. En efecto, con un contrato innominado no se puede dar origen formal a una familia (pues, se recuerda, el derecho de familia es de orden público o imperativo y, por lo tanto, no está librado a la voluntad de las partes).

⁷⁹ Ver. artículo 1º del Decreto 1260 de 1970.

⁸⁰ Artículo 2º ídem.



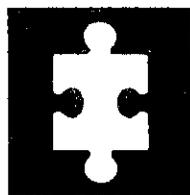
En consecuencia, con un contrato innominado no se podría acceder al sistema de seguridad social en salud y pensiones en calidad de cónyuge o compañero permanente, ni ser beneficiario de los programas estatales y privados dirigidos a proteger y ayudar a las familias (p.ej., a través de subsidios familiares). Tampoco serían aplicables garantías básicas del debido proceso como la posibilidad de abstenerse de declarar en contra del cónyuge o del compañero permanente (Artículo 33 de la Constitución), ni las reglas constitucionales y legales sobre inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones en materia de función y contratación pública existentes entre cónyuges o compañeros permanentes.

Los contratos innominados de pareja no tienen reconocimiento internacional. No podrían entonces proyectar sus efectos en el ámbito del derecho internacional privado ni en los ordenamientos jurídicos de otros Estados, dejando desprotegidas a las familias de personas del mismo sexo en todas las eventuales situaciones que enfrenten más allá de las fronteras colombianas.

La capacidad, las cláusulas y los procedimientos de celebración y liquidación del contrato innominado no estarían regulados por la ley, sino por las partes, con lo cual se incumpliría la orden constitucional de equiparar el régimen de protección de las parejas del mismo sexo con las de sexo diferente y se prestaría para convalidar relaciones asimétricas de poder entre los miembros de la pareja (p. ej., el/la integrante con mayor capacidad económica podría someter contractualmente a su compañero/a).

Las leyes que protegen la integridad del núcleo familiar, como aquellas que penalizan la violencia intrafamiliar, no serían aplicables a dos personas unidas bajo un contrato innominado carente de regulación legal.

Salvo estipulación expresa de las partes, el régimen de sucesiones, herencia y bienes del matrimonio no sería aplicable a los contratos innominados. Los deberes y derechos personales del contrato de matrimonio, como la convivencia, la asistencia mutua y el principio de fidelidad entre cónyuges, no harían parte necesaria del contrato innominado.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

Ante la sociedad colombiana, las parejas unidas bajo contratos innominados serían agrupaciones sociales diferentes a la "familia", lo cual reforzaría la discriminación social en su contra e implicaría introducir una discriminación "por origen familiar", proscrita por el artículo 13 de la Constitución.

Estas son sólo algunas situaciones que comprueban la falta de identidad entre un contrato innominado y el contrato civil de matrimonio. No se trata, por ende, de un mero problema semántico o limitado al nombre que lleve el contrato.

f. Los contratos innominados, mantienen un déficit de protección en materia penal

En primer lugar, cabe aclarar que la Corte Constitucional desde el año de 2007⁸¹ reconoció progresivamente los derechos de las parejas del mismo sexo, por medio de la figura de la Unión Marital de Hecho, haciendo extensivos los derechos reservados a las Uniones de Hecho heterosexuales, también a las parejas del mismo sexo. Esta extensión de derechos incluyó garantías en materia penal, en particular en las sentencias C-798 de 2008 que extendió la responsabilidad alimentaria en materia penal a las parejas del mismo sexo, y en la sentencia C-029 de 2009 que extendió diversas garantías procesales del procedimiento penal a las parejas del mismo sexo.

De otra parte, a partir de la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional estableció que las parejas del mismo sexo constituyen familia. En este sentido, las protecciones legales encaminadas a proteger a la familia, también deberían incluir a las parejas del mismo sexo, lo que desde luego también incluye las obligaciones consagradas en materia penal.

En este sentido, puede arribarse válidamente a la conclusión de que al igual que las Uniones Maritales de Hecho entre parejas del mismo sexo, las hipotéticas celebraciones de Uniones Solemnes o Matrimonios entre parejas del mismo sexo también constituyen formas de familia a las que

⁸¹ Ver al respecto la Sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional Colombiana, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



se les deberán prestar todas las garantías penales. Sin embargo, la ausencia de regulación normativa en materia de la figura jurídica de "Unión Solemne" pone a esta figura en una situación de inferioridad en relación con la figura de Matrimonio.

Con el propósito de mostrar el déficit de protección que actualmente tienen las familias conformadas por personas del mismo sexo, a continuación expondremos algunos ejemplos de carácter penal que sustentan nuestra posición:

Las posibles violaciones al debido proceso a las que estarían expuestas las parejas vinculadas por "Unión Solemne"

En materia penal, el legislador ha establecido algunas protecciones excepcionales para garantizar que las relaciones familiares no se vean afectadas por situaciones legales como por ejemplo, la exigencia de declarar en contra de un familiar. Si bien las parejas del mismo sexo han sido reconocidas como familias por la Corte Constitucional y tienen sus derechos plenamente garantizados en materia penal por vía de la Unión Marital de Hecho, *prima facie* no podría decirse lo mismo de la "Unión Solemne".

El Código Penal, por ejemplo, en el artículo 34 establece que: "en los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria", con lo que bajo una interpretación restrictiva las parejas en "Unión Solemne" no podrían ser beneficiadas de esta garantía.

Los ejemplos en este mismo sentido abundan también en la ley 906 de 2004. Las Uniones Solemnes no podrían, en principio, acceder a las siguientes garantías que contemplan de forma excepcional a los cónyuges o compañeros/as permanentes:

- El artículo 8 contempla el derecho a la defensa, a no ser obligado a declarar (8a) ni inculpar (8b) al cónyuge o compañero/a permanente
- El artículo 56 en sus numerales 1, 2, 3, 6, 9 y 10 contempla como garantías en el proceso penal, la posibilidad de alegar la existencia de impedimentos por parte del funcionario judicial si su cónyuge o compañero/a permanente tiene interés en el proceso, es familiar del defensor, es heredero de alguna de las partes, entre otros supuestos de hecho, que no serían aplicables para las "Uniones Solemnes".
- El artículo 68 contempla la exoneración del deber de denunciar
- El artículo 82 contempla el deber del fiscal o de la policía judicial de informar sus derechos al detenido, entre los que se encuentra el de no declarar contra su cónyuge o compañero/a permanente.
- El artículo 303.3 consagra el derecho del capturado a ser informado que no está obligado a declarar contra su compañero/a o cónyuge.
- El artículo 385 consagra la excepción constitucional para la no obligación de rendir testimonio contra su compañero/a o cónyuge

Conclusión en relación al impacto en materia penal de la interpretación restrictiva de los contratos innominados de "Uniones Solemnes"

La Corte Constitucional ha reconocido que las parejas del mismo sexo constituyen familias y en virtud de ello, entiende que sus relaciones son mucho más complejas que simples manifestaciones de un determinado comportamiento sexual o relaciones patrimoniales. En este sentido ha reconocido la complejidad y profundidad de lazos que unen a una familia y que adicionalmente la sitúan en un contexto social y legal determinado, que para efectos de las anteriores consideraciones se ubicó en el aspecto penal.

De tal forma, las consecuencias del reconocimiento como familia de las parejas del mismo sexo, tienen efectos muy diferentes de acuerdo con la interpretación que se opte por acoger en relación a sí dichas parejas, en virtud de la sentencia C-577 de 2011, pueden contraer Matrimonio o realizar contratos privados para legalizar su Unión Solemne.



- g. Entre dos interpretaciones posibles de una norma jurídica, debe acogerse aquella que garantice mejor los derechos de sus destinatarios**

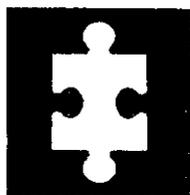
Cuando están en juego derechos fundamentales (como en este caso: el derecho a la igualdad, a la familia, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad) la interpretación jurídica debe efectuarse atendiendo al principio *pro homine* o de favorabilidad, cuyo contenido obliga a que siempre, sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental⁸².

Si se tiene en cuenta que la interpretación según la cual la Corte Constitucional autorizó la suscripción de acuerdos innominados entre parejas del mismo sexo a partir del 20 de junio de 2013 no supera el déficit de protección familiar y perpetúa su discriminación, deberá rechazarse y en su lugar se deberá preferir aquella lectura que permite la extensión del contrato de matrimonio civil a las parejas del mismo sexo.

La interpretación de la Corte Constitucional del artículo 42 superior hacia una visión más amplia y garantista tuvo implicaciones en la comprensión del concepto de familia, tanto en las diversas formas y naturaleza de familias que se conforman, como en la naturaleza de los vínculos que las forman, con lo que se erigió un nuevo concepto de unión marital de hecho y de matrimonio, en el que caben las parejas del mismo sexo.

Esta nueva interpretación de familia y de la forma en que se entienden algunas formas de conformarla, tiene también implicaciones en materia penal, tanto en las uniones maritales de hecho como en el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Como se procederá a explicar más adelante, y en relación con el concepto de adopción estudiado en los apartes anteriores, la adopción de niños por parejas del mismo sexo también tiene implicaciones relevantes en el ámbito penal, para lo cual es

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-085 de 2012. El principio *pro persona* o *pro homine* es un "criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, está siempre a favor del hombre". Corte Constitucional, sentencia T-284 de 2006. Este principio también está reconocido expresamente en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

necesario partir de la idea de que en Colombia no solamente se reconoce la unión marital de hecho y el matrimonio, sino que además, se reconocen desde la perspectiva de que son familias con igualdad de derechos.

3.4. La interpretación restrictiva de las normas demandadas, en el sentido de excluir de los trámites de la adopción conjunta y consentida a las personas homosexuales, tiene graves consecuencias en el ámbito penal ya que impide proteger a los niños y a la familia como intereses superiores del Estado

Aunque la redacción de las normas demandadas es fundamentalmente neutral y no excluye que se entienda de su natural sentido que la adopción pueda ser adelantada conjunta o consentidamente por parte de personas homosexuales, observa la Fiscalía General de la Nación que es necesario un pronunciamiento de la Corte Constitucional en el sentido de dar autoridad a una interpretación no restrictiva de esas normas.

En el pasado, se pronunció la Corte sobre la exequibilidad condicionada de un número de normas que conferían un tratamiento especial a los compañeros o compañeras permanentes en variadas situaciones. Fue así que mediante sentencia C-029 de 2009 se confirmó la constitucionalidad de múltiples normas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, entre otras, con el condicionamiento de que allí donde la norma dijera compañero o compañera permanente, se entendiera que se refería también a aquellos pertenecientes a parejas constituidas por personas del mismo sexo.

Similar pronunciamiento debe hacer la Corte Constitucional respecto de la adopción por parte de las personas que conforman aquellas parejas, pues hay casos en que la imposibilidad de constituir un vínculo legal de parentesco civil en primer grado allí donde la realidad social muestra que lo hay, como es el caso de las familias donde los padres son personas del mismo sexo que tienen hijos de crianza, en algunos casos, impide que se apliquen adecuadamente algunas normas penales, lo que a la postre resulta en la limitación de la protección que estas normas pretenden radicar en cabeza de la familia, de los niños y de la sociedad.



A continuación, se abordará la exposición de esas normas agrupándolas de la siguiente forma: a) normas que consagran garantías procesales; b) normas que consagran circunstancias de agravación o exclusión de la pena y c) delitos.

a. Garantías procesales

Existen múltiples normas penales cuya función consiste en hacer del proceso penal una institución garantista y acorde con los derechos fundamentales. Concretamente para el asunto que ahora nos ocupa, nos referiremos al artículo 7 del Código Penal y a los artículos 8, 56, 68, 212A, 282, 385 y 411 del Código de Procedimiento Penal.

En primer lugar, el artículo 7 del Código Penal establece que “la ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política.”

El artículo 8 del Código de Procedimiento Penal se refiere al principio de no autoincriminación. Este principio garantiza la inexistencia de obligación legal de declarar en contra de sí mismo, el propio cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del **cuarto grado de consanguinidad o civil**, o segundo de afinidad.

Por su parte, los artículos 56 y 411 del mismo ordenamiento consagran las causales de impedimento de los funcionarios judiciales y peritos dentro de un proceso penal. Los numerales 1, 2, 3, 6, 9 y 10 prescriben que los funcionarios judiciales deben declararse impedidos cuando quiera que ellos mismos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, algún pariente suyo **dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil**, o segundo de afinidad tenga interés en la actuación procesal, sea acreedor o deudor de alguna de las partes, pariente del apoderado o defensor judicial de alguna de ellas, haya dictado la providencia de la que se trata o sea pariente del funcionario que la ha de revisar, o, por último, sea



heredero o socio de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado.

El artículo 68 del CPP ordena que nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o **contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil**, o segundo de afinidad.

En cuanto al artículo 212A, dispone medidas de protección especial cuando se estime que están en riesgo la vida o integridad física de un testigo o de un perito, de su cónyuge, compañero permanente, o de sus parientes hasta en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o **primero civil**, por el hecho de intervenir en el trámite de un procedimiento.

El artículo 282 del CPP prevé que durante la diligencia de interrogatorio, el indiciado tiene derecho a guardar silencio y no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o **parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil**, o segundo de afinidad.

En el mismo sentido, el artículo 385 consagra como excepción al deber legal de rendir testimonio la posibilidad de abstenerse de declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o **parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil**, o segundo de afinidad.

Ahora bien, cuando media una adopción se crea entre el adoptante y el adoptado un vínculo legal de parentesco civil en primer grado⁸³, razón por la cual todas las garantías antes mencionadas son atribuibles a estas personas en caso de encontrarse inmersos en el trámite de un proceso penal.

⁸³ Código Civil, Artículo 50: "Parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo, etc."

No incriminación de parientes cercanos

Respecto a las garantías que en desarrollo del artículo 33 superior permiten a los ciudadanos no declarar en contra de sí mismo o de sus parientes más próximos, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-776 de 2001⁸⁴ que dichas normas “protege[n] el derecho a la no autoincriminación y ampara[n] la armonía familiar, fundada en el deber de solidaridad que consagra el artículo 1 de la Carta Política, para garantizar el derecho de las personas de procurar el bienestar suyo y de sus familiares, pues cualquier conducta que la obligue a declarar contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos debe ser censurada.”

En efecto, al considerar la constitucionalidad de los artículos 8, 282, 303, 385 del Código de Procedimiento Penal (ya señalados), respecto de las expresiones *compañero o compañera permanente*, afirmó la Corte que:

“(…)el principio que motiva la regla del artículo 33 de la Carta es el de no incriminación de familiares, fundamentado a su vez en los valores y principios más generales de respeto a la dignidad de la persona humana, respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad de conciencia, y en la protección especial a la intimidad y unidad de la familia (...) el objetivo de protección a la familia, tiene un carácter consecuencial o derivado, puesto que las reglas allí establecidas tienen su fundamento principal en la consideración del especial vínculo de afecto, solidaridad y respeto que existe entre determinadas personas, que surge de la decisión de adelantar un proyecto de vida en común, y frente al cual las obligaciones de declarar, denunciar o formular queja, contempladas de manera general por el ordenamiento jurídico, serían demasiado gravosas y darían lugar a conflictos que atentan contra la autonomía, la dignidad y la intimidad personales.”⁸⁵

En consideración de lo anterior, decidió la Corte declarar exequibles las normas anteriormente citadas, en el entendido de que las expresiones *compañero o compañera permanente* también aluden a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

⁸⁴ MP, Alfredo Beltrán Sierra

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009, MP, Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido, sentencia C-1287 de 2001, MP, Marco Gerardo Montoya Cebra



Ahora bien, una interpretación restrictiva de los artículos 64, 66 y 68 del Código de Infancia y Adolescencia, que no permita que las personas que conforman parejas homosexuales adopten niños de forma conjunta o consentida, los obliga a recurrir a la alternativa de adopción individual, con lo que en la práctica se conforman familias en las que el niño tiene dos padres o dos madres sin que uno de ellos tenga legalmente derechos u obligaciones respecto del menor.

Así como los vínculos de afecto, cercanía, solidaridad y respeto -que imponen la protección normativa en cuanto a la no incriminación y al deber de denuncia- se consideran respecto de los compañeros permanentes sin importar si la pareja está constituida por personas homosexuales o heterosexuales, también debe reconocerse este vínculo, y por lo tanto esa garantía, a los adoptantes y adoptados sin importar la orientación sexual de los primeros.

En el mismo sentido, de no aceptarse una interpretación pluralista de las normas demandadas, quedarían sin protección los padres, madres o hijos adoptivos de familias en que las cabezas del hogar son personas homosexuales, pues el Código de Procedimiento Penal en su artículo 212 A ordena tomar ciertas medidas de protección cuando los testigos, peritos o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil corran algún riesgo. Dado que el parentesco civil de primer grado no se constituye al no permitirse la adopción conjunta o consentida por parte de personas homosexuales, llegado el caso de encontrarse estas personas que son, *de facto*, padres e hijos adoptivos, en el supuesto del artículo 212A, el Estado no estaría en obligación de protegerlos.

Causales impedimento de funcionario judicial

Respecto de las causales de impedimento en que pueden incurrir los funcionarios judiciales o los peritos dado su parentesco con ciertas personas -dentro de las cuales están los hijos y padres adoptivos-, ha dicho la Corte Constitucional que tales previsiones encuentran razón de



ser en la necesidad de garantizar la imparcialidad y transparencia de los funcionarios. Así, en auto 155 de 2004 refirió la Corte que:

“Las causales de impedimento tienen en cuenta circunstancias personales de los funcionarios judiciales que los pueden llevar a **fallar parcialmente**. El objeto de la recusación es evitar que el juez que se encuentre inmerso dentro de alguna de las causales de impedimento ejerza su jurisdicción dentro del proceso, so pena de que se pierda la imparcialidad que debe caracterizar su actividad.”
(Negritas fuera de texto).

Si no se reconoce el parentesco civil de primer grado que se forma entre adoptantes y adoptados cuando los primeros son homosexuales (ya sea porque alguno de los miembros de la pareja es el progenitor del menor o porque es su adoptante individual), la interpretación de las normas sobre adopción del Código de Infancia y Adolescencia genera graves distorsiones en la aplicación de las normas procesales.

Tal sería el caso del juez o del fiscal que conociera de un caso en el que tuviera interés su hijo de crianza. En este evento, debido a la ausencia del reconocimiento de un vínculo de parentesco civil en primer grado entre el juez y el hijo, al primero no se lo podría recusar, como consecuencia de lo cual podría válidamente continuar adelantando el proceso penal, pues no existiría ningún impedimento para ello.

Una situación como la que ahora se describe ejemplifica una de las distorsiones a la garantía del debido proceso que genera la interpretación restrictiva de las normas de adopción de Código de Infancia y Adolescencia, ya que implica ignorar la finalidad de normas tales como las que contemplan las causales de impedimentos y recusaciones, que están dirigidas a que los lazos familiares no nublen la razón de los funcionarios judiciales, quienes tienen por deber constitucional cumplir sus funciones de forma desinteresada e imparcial.

De modo que la institución de los impedimentos y recusaciones sería completamente vana cuando estuvieran involucradas en los trámites penales las personas cuyas relaciones de parentesco civil no se tienen por existentes gracias a la interpretación de las normas del Código de Infancia y Adolescencia que pretende que solo las parejas heterosexuales pueden



adoptar conjunta o consentidamente un menor, situación con la cual se contraviene claramente el artículo 29 constitucional, que consagra el derecho al debido proceso.

b. Circunstancias de agravación y exclusión de la pena

El artículo 166 n. 4 del Código de Penal prevé causal de agravación punitiva para el delito de desaparición forzada cuando recaiga sobre servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia; y el n. 5 del mismo artículo **extiende dicha agravación punitiva cuando la desaparición forzada se cometa contra los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de las personas mencionadas en el numeral 4 por razón de su parentesco.**

El artículo 170 n. 4 prevé la agravación de la pena cuando el secuestro extorsivo recaiga sobre los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o **primero civil**, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica.

El artículo 179 n. 4 prevé la agravación de la pena para el delito de tortura cuando el sujeto pasivo del mismo sea el cónyuge, o compañero o compañera permanente de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o **primero civil**.

El artículo 200 n. 3 del Código Penal prevé la agravación punitiva del delito de violación de los derechos de reunión y asociación que concede la normatividad laboral cuando se ejecute mediante la amenaza de causar la muerte, lesiones personales, daño en bien ajeno al trabajador o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, **adoptante o adoptivo**, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.



Finalmente, los artículos 34 del Código Penal y 18 de la Ley 1153 de 2007 prevén que en los eventos de delitos o contravenciones culposas o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, **adoptante o adoptivo**, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

Circunstancias de agravación punitiva

Sobre las circunstancias de agravación punitiva la Corte Constitucional ha referido que en tanto no resulten vulnerados preceptos fundamentales, el legislador puede crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.⁸⁶

En particular, sobre las circunstancias de agravación punitiva relativas al parentesco, estimó la Corte Constitucional que las agravaciones previstas en los artículos 104 n.1, 170 n. 4, 179 n.4 del Código Penal -a los cuales también nos referimos en la presente intervención- obedecen a la consideración del “mayor grado de reproche social de la conducta en atención a la especial relación de afecto, solidaridad y respeto que existe entre el sujeto activo de la misma y la víctima.”⁸⁷ En consecuencia, consideró la Corte que no había motivo para excluir de la aplicación de esas normas a los compañeros o las compañeras permanentes cuando la pareja se conformaba por personas del mismo sexo.

Ahora bien, la conducta punible que recae en una persona que tiene parentesco en primer grado civil con el victimario, o en otras palabras, que recae sobre el hijo, padre adoptivo o madre adoptiva, genera una

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-913 de 1997, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009, MP. Rodrigo Escobar Gil.



respuesta punitiva más grave que la que se generaría de ser la víctima una persona particular.

Como lo decíamos en el aparte anterior, la falta de reconocimiento legal de la existencia del parentesco civil en primer grado respecto de personas pertenecientes a familias que tienen *de facto* dos padres o dos madres - uno de los/las cuales no tiene derechos ni obligaciones respecto del hijo-, bajo una interpretación no incluyente **impediría que los artículos anteriormente citados se apliquen, lo que a la postre genera una grave desprotección del interés superior del niño y de la familia por parte del ordenamiento penal, no solo por las eventuales situaciones de violencia que se pueden presentar en todo tipo de familias, sino también porque los vínculos parentales son usualmente utilizados por la delincuencia para amenazar y atentar contra los bienes jurídicos de quienes desempeñan ciertos papeles en la sociedad, actuaciones todas que merecen una respuesta punitiva más gravosa por parte del Estado.**

Para mayor claridad: Una interpretación restrictiva de las normas del Código de Infancia y Adolescencia relativas a la adopción impide que se apliquen las circunstancias de agravación punitiva por causa del parentesco civil en primer grado frente a la comisión de delitos por hijos o padres que son adoptivos *de facto*. Así, por ejemplo, si supusiéramos que alguien mata al hijo de crianza del líder de una organización sindical en razón de su relación - que sin embargo, no se ha podido establecer como vínculo filial gracias a la interpretación no pluralista de las normas de adopción - no habría lugar a la imputación de la circunstancia de agravación de la pena prevista en el artículo 166 n.4 del Código Penal, lo que a todas luces contraría el querer del legislador y las situaciones reales que se desarrollan en la sociedad.

En el mismo sentido, el Estado tendría que reconocer que la violación de los derechos de reunión y asociación, contemplados en la normatividad laboral, que se realizan mediante la amenaza de atentar contra los hijos o padres de los trabajadores, es menos grave y merece una menor reacción por parte del Estado si esos padres o hijos no han podido legalizar sus vínculos de parentesco en primer grado civil gracias a la interpretación



restrictiva que se ha hecho de las normas de adopción del Código de Infancia y Adolescencia.

Exclusión de la pena

Hay eventos en los cuales, en atención a los fines de la pena y a la característica del derecho penal como *ultima ratio*, es posible considerar si la imposición de la pena es necesaria y útil, o si por el contrario, sería posible prescindir de ella dado que su imposición no cumpliría con las funciones que prevé el artículo 4 del Código Penal.⁸⁵

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C - 647 de 2001 refirió:

“La pena, para tener legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, asunto éste que encuentra en Colombia apoyo constitucional en el artículo 2 que entre otros fines asigna al Estado el de asegurar la “convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.” (Negritas fuera de texto).

La imposición de la pena supone que con ello se logra un fin de utilidad social. En ese sentido, el ordenamiento jurídico ha previsto algunos casos en los que a pesar de demostrarse todos los elementos del injusto y haber una condena, el juez puede decidir la exclusión de la pena, dado que de aplicarse no cumpliría con ninguna función o utilidad.

“En casos excepcionales previstos por la ley, puede el Estado prescindir de la aplicación de la pena, en virtud de la existencia de circunstancias especiales que constituyen un factor negativo de punibilidad. Ello sucede tanto en la existencia de lo que la doctrina ha denominado excusas absolutorias o causales de impunidad legal, también conocidas como causales personales de

⁸⁵ Ley 599 de 2000, Artículo 4°. Funciones de la pena. *La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.*



exclusión de la punibilidad, así como en las causales de extinción de la pena.”⁹⁹

Uno de estos casos es el previsto por el artículo 34 del Código Penal, que contempla la posibilidad de la exclusión de la pena cuando i) las consecuencias de los delitos culposos o de aquellos que no implican privación de la libertad recaigan exclusivamente sobre los parientes cercanos del responsable y ii) cuando ella no resulte necesaria.

Idéntico sentido tiene el artículo 18 de la ley 1153 de 2007, que prevé que en los eventos de contravenciones culposas, cuando las consecuencias de la conducta alcancen exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, **adoptante o adoptivo**, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Dentro de la lista de parientes cercanos que mencionan ambos artículos para efectos de prescindir de la pena están los adoptivos y los adoptantes. Así es que cuando las consecuencias de los delitos culposos o de aquellos para los que no se contempla pena privativa de la libertad recaigan solamente sobre los padres adoptantes o hijos adoptivos del responsable, es posible prescindir de la pena, ya que considera la ley penal que ella podría no ser necesaria ni útil socialmente.

Ahora bien, puede darse el caso de que tales hijos adoptivos o padres adoptantes hagan parte de una familia en que, siendo los padres homosexuales, uno de los padres o de las madres carezca legalmente de vínculo filial con el hijo gracias a una interpretación restrictiva de las normas del Código de Infancia y Adolescencia que no les hubiera permitido una adopción conjunta o consentida. **Estas familias quedarían desprotegidas y al juez no le quedaría más remedio que aplicar la pena en situaciones en que esta no sería útil ni necesaria.**

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2010, T. MP. Alfredo Beltrán Sierra.



c. Delitos

Problemas de adecuación típica

La interpretación restrictiva de las normas de adopción demandadas implica el desconocimiento del deber del Estado de proteger a la familia, y en mayor medida el interés superior de los menores, en cuanto permite que existan casos en los que el derecho penal no puede sancionar hechos de agresión claramente típicos, puesto que el ingrediente normativo extrapenal de "adoptante" o "adoptivo" no permite que se persigan aquellos delitos sin violar el principio de legalidad.

En este aparte referiremos algunos tipos penales que están directamente relacionados con los vínculos parentales. Ciertamente, las disposiciones que a continuación exponremos continuarán siendo inaplicadas o aplicadas disfuncionalmente si la Corte no da autoridad a la interpretación de las normas de adopción del Código de Infancia y Adolescencia, según la cual también las parejas conformadas por personas del mismo sexo pueden adoptar conjunta o consentidamente.

De máxima importancia es mencionar el artículo 233, que tipifica la inasistencia alimentaria, uno de los delitos más frecuentes en la sociedad colombiana. Según este tipo, el que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, **adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente**, incurrirá en prisión y multa.

Las anteriores previsiones normativas tienen en común que exigen un sujeto pasivo o activo cualificado por el parentesco. En ese orden de ideas, la interpretación restrictiva que hemos venido mencionando dificultaría bajo una interpretación no garantista la adecuación típica de todas estas conductas cuando el injusto se presentara respecto de familias en que hubiera habido una adopción *de facto* por alguno de los padres o madres del menor.

Semejante consecuencia es del todo inconveniente porque relaja las responsabilidades de los ciudadanos dentro de sus propias familias. En particular, tiene importantes consecuencias negativas frente al derecho de



los niños a la asistencia alimentaria por parte de sus padres, quienes se verían excluidos de la aplicación del tipo penal por el hecho de ser homosexuales.

No se debe olvidar que "En el Estado social de derecho colombiano constituye un fin esencial adelantar precisas acciones que permitan a los menores de edad alcanzar un desarrollo armónico e integral, en los aspectos de orden biológico, físico, síquico, intelectual, familiar y social.(...) [Los niños son además] destinatarios beneficiarios de las obligaciones de asistencia y de protección a cargo de la familia, la sociedad y el Estado. La observancia de esos compromisos y la sanción por su incumplimiento se erige como un deber general de la colectividad entera."⁹⁹

Las acciones necesarias para proteger a las personas que más interés merecen por parte de la sociedad (los niños), tales como la obligación de asistencia alimentaria por parte de sus dos padres o madres, no puede desatenderse so pretexto de una interpretación discriminatoria que se haga de unas normas que, lejos de pretender desproteger a los menores, buscan su máximo bienestar. Efectivamente, el reconocimiento del parentesco civil de primer grado que se genera *de facto* entre los miembros de las familias cuyos padres son homosexuales alejaría por completo la posibilidad de que los padres irresponsables no puedan ser investigados y sancionados por el delito de inasistencia alimentaria.

Y es que en caso de no reconocerse que el parentesco civil de primer grado, entre adoptantes y adoptados cuando los primeros son homosexuales, **se estaría imponiendo implícitamente a aquellas personas la obligación de denunciar a sus hijos o a uno de sus padres o a una de sus madres (según sea el caso) y de declarar en contra de ellos, lo que resultaría abiertamente contrario al artículo 33 de la Constitución Política.**

Como se puede apreciar, una interpretación excluyente de las parejas del mismo sexo, en las posibilidades de adopción consentida y conjunta, tiene importantes implicaciones penales, que constituyen un claro déficit

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2004, MP Alvaro Uribe Uribe.



de protección legal para los niños y niñas que conviven en sus familias con padres de crianza o con un padre o una madre de crianza.

Este déficit de protección se materializa en la ausencia de algunas de las garantías procesales, reservadas únicamente a niños y niñas que conviven en familias biológicas o adoptivas heterosexuales o incluso familias monoparentales homosexuales. Es decir, existe un trato injustificado y discriminatorio en la aplicación de la ley penal colombiana por la inexistencia de garantías procesales para los padres, madres o hijos de crianza por la ausencia de adopción consentida o conjunta para las parejas del mismo sexo.

Limitar la adopción consentida o conjunta de niños y niñas a parejas heterosexuales, implica la posibilidad de proteger y garantizar los derechos de los y las niñas, desde el ámbito penal y de generar las responsabilidades legales que fácilmente podrán generarse con la creación de un vínculo de parentesco. En este sentido, se genera un déficit de protección que es claro desde el ámbito penal y que tiene implicaciones para toda la familia, al impedirseles superar la situación de facto que viven niños, niñas, padres y madres de crianza en parejas del mismo sexo.

CONCLUSIONES

- Existe un déficit de protección en materia penal, que genera un trato diferenciado injustificado y por lo tanto discriminatorio, contra los niños y niñas que viven en familias conformadas por parejas del mismo sexo y que al no poder ser adoptados por sus padres o madres, en adopción conjunta o consentida, les son restringidas garantías procesales y derechos en el proceso penal, que niños de familias heterosexuales adoptivas o biológicas e incluso niños/as de familias monoparentales homosexuales, si tienen.
- El reconocimiento de las figuras de unión marital de hecho y de matrimonio, entre parejas del mismo sexo, como familias con igual



dignidad y derechos por parte de la Corte Constitucional, implica que las personas que habitan en estas familias, tienen iguales derechos e igual necesidad de protección en materia penal. Al existir en la cotidianidad este tipo de familias con hijos e hijas de crianza, se genera una necesidad de protección penal, que solo puede subsanarse con el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, como adoptantes de sus hijos de crianza, en adopciones consentidas o conjuntas.

- Como mínimo los hechos manifiestan claramente, desde una perspectiva de derecho penal, la existencia de un déficit de protección para los niños y niñas que viven en familias conformadas por parejas del mismo sexo y a los que se les niega la posibilidad de adoptar a sus hijos de crianza, bajo una interpretación restrictiva del Código de Infancia y Adolescencia:

- a. Las normas que consagran garantías procesales, tales como el derecho a no incriminar a la familia, a hacerse participe el padre o la madre (de crianza) en el proceso penal, así como otras garantías que son básicas en el debido proceso.
- b. Las normas que consagran circunstancias de agravación o exclusión de la pena y que constituyen mecanismos de especial protección para la familia.
- c. Un grupo de delitos encaminados a proteger especialmente a la familia y a los niños.

La Corte debería declarar la exequibilidad de las normas demandadas, en el entendido de que incluyen las uniones del mismo sexo y por tanto autorizan la adopción homoparental, tanto en la modalidad conjunta, como consentida. Esta es la conclusión que se deriva de una interpretación sistemática y garantista de las disposiciones constitucionales relevantes, y es la vía más adecuada para garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en condición de adaptabilidad, así como sus derechos a tener una familia y a gozar del más alto nivel de protección. Una interpretación que excluya a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar sería además discriminatoria, y por tanto debería ser excluida.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

En los anteriores términos dejo planteadas las razones que sustentan mi respetuosa solicitud.

De los honorables magistrados y magistradas.

EDUARDO MONTEFALEGRE LYNETT
Fiscal General de la Nación

Proyectaron	Revisó
Jorge Ricardo Samiento Forero	Javier Fovar Maldonado <i>Director General de Estrategia en Bienes Institucionales</i>
Mauricio Noguera Rojas	
Johnny Alexander Callejo Arboleda	
Elsa Rodríguez Botero	
Angélica María Pardo López	

DESPECHO DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION
DIA SOCIAL 22B Av. 13 Luis Caballero 13700 No. 52-01 BLOQUE 1 PISO 4 SANTA FE DE BOGOTÁ.
C. C.
CONTADOR 5707000 4147000 Ext. 2004-2005 FAX
3322