



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

## INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 01 DE 2016 SENADO.

Por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores sólo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

Bogotá, D. C., 5 de septiembre de 2016

Doctor

Carlos Fernando Motoa Solarte

Presidente Comisión Primera

Senado de la República

Ciudad

**Asunto:** Radicación ponencia para primer debate al **Proyecto de ley número 01 de 2016 Senado**, por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores sólo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

Apreciado Presidente:

En cumplimiento del honroso encargo que me impartió la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado de la República, me permito presentar informe positivo de ponencia para primer debate al **Proyecto de ley número 01 de 2016 Senado**, por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores sólo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

La presente ponencia consta de las siguientes partes:

- I. Trámite
- II. Objetivo y contenido de la propuesta de ley
- III. Audiencia pública
- IV. Justificación de la iniciativa
- V. Pliego de modificaciones
- VI. Proposición
- VII. Texto propuesto

### I. TRÁMITE

El proyecto de ley objeto de estudio fue presentado el pasado 20 de julio del 2016, por la honorable Senadora Viviane Morales Hoyos y el vocero del Comité de Promotores, doctor Carlos



Alonso Lucio López. Fue recibido el 3 de agosto de 2016 en Comisión Primera del Senado de la República, y por designación de la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República le correspondió a la suscrita Senadora rendir Informe de Ponencia para primer debate, Acta MD-01 de 4 de agosto de 2016.

## II. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

En desarrollo del artículo 378 de la Constitución Política este proyecto de ley, de ser aprobado por el Congreso de la República, tiene por objeto convocar a un referendo al pueblo colombiano para introducir un párrafo al artículo 44 de la Constitución que consagre la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

El resumen de la propuesta de referendo que acompañó la recolección de apoyos ciudadanos es la siguiente:

¿A través de este referendo el pueblo colombiano decidirá una adición al artículo 44 de la Constitución Política para que el Estado garantice a los niños más vulnerables, aquellos que no tienen familia, a través de la adopción, el derecho a tener la mejor familia posible conformada por un hombre y una mujer que les brinden condiciones para su desarrollo integral. Esto significa que no podrán adoptar las parejas del mismo sexo, ni las personas solteras¿.

El proyecto de ley bajo estudio tiene un artículo único:

El artículo 1° desarrolla el objeto de la ley, que como se expone arriba, busca convocar un referendo y someter a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

## III. AUDIENCIA PÚBLICA

La Audiencia Pública del **Proyecto de ley número 01 de 2016** se desarrolló en el recinto de la Comisión Primera del Senado de la República los días 24 y 31 de agosto de 2016, por convocatoria de la Senadora Viviane Morales Hoyos, ponente de la iniciativa. La audiencia, espacio de encuentro de las diferentes posturas existentes en la sociedad colombiana frente al tema, contó con una participación histórica de más de 80 ponencias radicadas por parte de los ciudadanos que expresaron sus argumentos a favor y en contra de la presente iniciativa.

En primer lugar, las intervenciones de los ciudadanos que concurrieron a respaldar la iniciativa se concentraron en el carácter profundamente democrático del referendo, que desde su perspectiva restituye al pueblo soberano el poder real de definir y dar alcance a los mandatos constitucionales. A decir, algunos ciudadanos manifestaron su preocupación frente a los fallos que la Corte Constitucional ha proferido en materia de familia y adopción, toda vez que aíslan de la decisión popular temas que por su naturaleza tocan las fibras más sensibles de la sociedad y carecen de la legitimidad democrática que concede la actividad política como corresponde en una democracia deliberativa en la cual deben construirse consensos en el ámbito político, privilegiando la



participación ciudadana. En el mismo sentido, los ciudadanos reiteraron los argumentos históricos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en el cual se elevaron a rango constitucional la familia, el matrimonio y el interés superior del menor, con un contenido claro y verificable en las Actas de dicha corporación, en las que consta la intención explícita de los delegatarios de proteger especialmente la familia compuesta por un hombre y una mujer, así como el derecho de los niños, niñas y adolescentes de contar con una familia así conformada.

A su vez, insistieron los intervinientes que apoyan la presente iniciativa ciudadana en el carácter inexistente del derecho a la adopción. En su lugar, los ciudadanos indicaron que la adopción es un mecanismo de protección de los menores de edad inscrito en el principio del interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre los derechos de los demás por decisión explícita del constituyente, y no un derecho al libre desarrollo de la personalidad de los adultos. Consideraron los intervinientes que las decisiones de la Corte Constitucional trasgredieron el principio del interés superior del niño, entre otros al no haber realizado una valoración integral de las consecuencias que podría traer a dicho interés superior la adopción por parejas del mismo sexo. Frente a esto, insistieron en la inexistencia de estudios realizados en Colombia al respecto, así como el carácter contradictorio y sesgado de los estudios tenidos en cuenta por la Corte Constitucional para tomar su decisión en la Sentencia C-683 de 2015.

Por ello, sostuvieron que el Estado tiene, en desarrollo del interés superior del menor, la obligación de restituir a los menores bajo su responsabilidad la familia que pueda garantizar de la mejor forma el ejercicio pleno de sus derechos, que se vieron afectados al momento de perder a su padre y a su madre. Señalaron a su vez la falacia de acuerdo con la cual excluir a las parejas del mismo sexo y a las personas solteras del proceso de adopción significaba reducir el universo de parejas adoptantes, dado que proporcionalmente es muy superior el número de parejas heterosexuales solicitantes que los menores en situación de adoptabilidad. Al respecto, resaltaron que entre el año 2005 y 2015 de las 17.895 familias colombianas y extranjeras solicitantes de niños en adopción, solo 8.799 pudieron adoptar.

En consonancia con lo anterior, los intervinientes insistieron en la importancia que para el desarrollo de un menor tiene el contar con la presencia en su familia de un padre y una madre, que asumen roles diferentes en la crianza y educación de los niños, como se verifica en múltiples estudios científicos que destacan las diferencias de carácter social, psicológico y neurológico entre el padre y la madre, razón por la cual la medida que pretende adoptar el referendo no es en caso alguno discriminatoria, sino diferencial. También nutrieron la discusión con múltiples testimonios de menores que crecieron en hogares compuestos por parejas del mismo sexo, dando espacio a la voz de los menores en un debate que versa sobre sus derechos.

Los ciudadanos que manifestaron su apoyo a la iniciativa fueron los siguientes: María Cristina Ocampo de Herrán, Alexandra Muñoz, Angélica Contreras, Juan José Cuesta, Carlos Calle, David



**INFORMACIÓN & SOLUCIONES**

Name Orozco, Stefany Guevara, Luis Carlos Peña, Marco Ramírez, Iván Garzón, Lila Palacios de Martínez, Jesús Magaña, Lucy Tibaduiza, Fabio Enrique Pulido, Johana Somosa, Juan Manuel Charry, Yolanda Vargas, Rito Manuel Gómez, María Lucía Moreno, Andrés Forero, Clara Sandoval, Hernando Salcedo, Saulo Medina Ferrer, María Fernanda Alarcón y Víctor Moreno.

En segundo lugar, el bloque de ciudadanos que manifestaron su oposición a la iniciativa centró sus argumentos en sustentar que el presente referendo podría desembocar en la eventual vulneración de los derechos de las minorías, que al verse sometidas a la voluntad de las mayorías podrían ser sujeto de discriminación, y eventualmente, desembocar en una sustitución de la Constitución. De acuerdo con estos ciudadanos, una decisión que restringiera la posibilidad de adoptar únicamente a las parejas compuestas por hombre y mujer sería una disposición de carácter regresivo, que negaría la existencia de otras formas de familia que hacen parte de la sociedad colombiana. Por esta razón, sostuvieron que el referendo constituía un mecanismo inadecuado, motivo por el cual las decisiones que involucran los derechos de grupos históricamente discriminados deben ser tomadas por la Corte Constitucional, que al ser la intérprete válida de la Carta Política debía proteger las minorías por vía jurisprudencial. Así las cosas, consideran los críticos de la presente iniciativa que es en el escenario de la Corte Constitucional donde pueden decantarse con mayor claridad los argumentos constitucionales y científicos que puedan dar solución al diferendo. Al respecto, consideran los intervinientes que limitar el universo de adoptantes sólo a las parejas conformadas por hombre y mujer constituye una vulneración del interés superior del niño y de su derecho a tener una familia, así como del derecho a la igualdad de la población LGBTI.

Frente a los estudios científicos, dos posturas se decantaron en el debate. En primer lugar, algunos ciudadanos citaron estudios de acuerdo con los cuales no existía diferencia alguna que justifique excluir a las personas solteras y a las parejas conformadas por personas del mismo sexo del proceso de adopción, realizando una crítica frente a los estudios presentados en la iniciativa, así como frente a la redacción de la cláusula que se sometería a votación popular y, en segundo lugar, quienes planteaban que los estudios presentados no alcanzaban un grado de certeza que permitiera asegurar cuáles podrían ser los efectos de la adopción por las parejas del mismo sexo, por lo cual frente a la duda científica, si bien la doctrina señala que la decisión debe ser política, no podía ser razón para afectar el derecho a la igualdad. A su vez, presentaron testimonios de padres y madres homosexuales, madres solteras y menores que crecieron en hogares conformados por personas del mismo sexo.

Los ciudadanos que manifestaron su inconformidad con la iniciativa fueron los siguientes: Rodolfo Arango Rivadeneira, Beatriz Londoño Toro, Isabel Cristina Jaramillo, José Fernando Serrano, Daniel García-Peña, María Valencia Gaitán, Gloria Gómez, Deborah Villegas Rangel, Erna Von Der Walde, Daniel Góngora, Abelardo de la Espriella, Sebastián Villalobos, Iván Cancino, Manuel Páez, Catalina Acevedo, Karen Villalobos, Jaime Ardila Salcedo, Alejandro



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Baquero, Edwin Herazo, Clara Helena Reales, Martha Lucía Cuéllar, Diego Cuéllar, Fernando Díaz y Alicia Arango.

#### IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INICIATIVA

Dos millones doscientos veintiocho mil novecientos trece ciudadanos colombianos con sus firmas presentadas ante la Registraduría y avaladas por este organismo en un número de un millón setecientos cuarenta mil ochocientos cuarenta y tres firmas<sup>[1]</sup> en ejercicio del derecho de iniciativa para reformar la Constitución someten a consideración del Poder Legislativo la convocatoria al Constituyente Primario para que a través de Referendo decida un asunto trascendental para la vida en sociedad: la garantía efectiva del derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia.

Esta iniciativa es también desarrollo de un mandato consagrado en el artículo 44 de la C.P., que le impone a la familia, a la **sociedad** y al Estado el deber de ¿asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos¿.

El eje central de la decisión gira en torno a la consagración de la figura de la adopción alrededor del interés superior del menor, pues como ha quedado suficientemente claro en nuestro ordenamiento jurídico esta no es un derecho fundamental de los adultos sino un mecanismo para dar una familia a un niño y no un mecanismo ¿para dar un niño a una familia¿<sup>[2]</sup>.

El referendo propuesto busca que sea el pueblo el que dirima el conflicto surgido por la contradicción entre los contenidos literales de la Constitución de 1991 acerca de la familia y la adopción y el alcance que las interpretaciones recientes de la Corte Constitucional han dado a esos contenidos.

De esta manera la justificación de esta iniciativa se desarrollará en tres ejes temáticos elaborados:

1. Alrededor de la noción de la familia y de la adopción en nuestro ordenamiento constitucional.
2. El conflicto suscitado por las recientes jurisprudencias de la Corte Constitucional; y
3. La pertinencia del Referendo propuesto por la iniciativa ciudadana.

#### 1. LA FAMILIA Y LA ADOPCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1991 confirió destacada importancia al concepto de familia y a los derechos fundamentales y prevalentes de los menores. Es así como entre los principios fundamentales se consagra en el artículo 5° la familia como institución básica de la sociedad; principio desarrollado en el artículo 42 que reconoce a la familia como núcleo fundamental de la

<sup>[1]</sup> Resolución 4258 del 23 de mayo del 2016. Registraduría Nacional del Estado Civil.

<sup>[2]</sup> Corte Constitucional Sentencia T-510 de 2003.



**INFORMACIÓN & SOLUCIONES**

sociedad, en consonancia con lo señalado en diferentes Convenios de Derechos Humanos. Al respecto dispone la Carta Política:

*¿Artículo 5°. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad¿.*

*¿Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla¿.*

Así también disponen los Convenios de Derechos Humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad:

*Declaración Universal de los Derechos Humanos:*

***¿Artículo 16***

*1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*

*2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*

*3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado¿.*

*Convención sobre los Derechos del Niño:*

***¿Artículo 21***

*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:*

*a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario¿.*

*Convención Americana sobre Derechos Humanos ¿ Pacto de San José:*

***¿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.*

*2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*

De acuerdo al tenor literal del artículo 42 de la C.P. el especial reconocimiento y protección del Constituyente se dirigió a la familia monógama y heterosexual, aquella que ¿se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla¿.

La Corte Constitucional por más de 20 años, en múltiples pronunciamientos sobre el matrimonio, las uniones de hecho, la adopción y las parejas del mismo sexo mantuvo una línea jurisprudencial acorde con la intención expresa y clara del Constituyente en la cual se reconoce que en el ordenamiento constitucional existe una especial protección a la familia conformada entre un hombre y una mujer en los términos del artículo 42, y de otra parte, que las diferencias en el tratamiento jurídico a otras formas de relacionamiento de hecho al interior de la sociedad, tales como las parejas homosexuales, no resulta *per se* discriminatorio hacia el referido grupo social.

Esta línea jurisprudencial tiene como punto de partida la Sentencia T-523 de 1992, en la que desplegó un análisis sobre el carácter de la familia en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, según la cual ¿el tema era estrictamente supraconstitucional por cuanto de la familia depende el género humano, pero que el Estado tiene la obligación de establecer normas positivas acerca de la creación de familia¿<sup>3[3]</sup> y señaló además que cada uno de los elementos que se contenían en el artículo 42 son ¿la expresión de un acuerdo sobre lo fundamental de la familia en la visión del Constituyente de 1991¿<sup>4[4]</sup>.

Esa línea jurisprudencial se desarrolla en múltiples sentencias<sup>5[5]</sup>, en las cuales se destaca el reconocimiento expreso que hizo el Constituyente de la familia heterosexual y monógama por razón de la incidencia que para la vida social tiene esta forma de unión al constituir el espacio

---

<sup>3[3]</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1992- M.P., Ciro Angarita Barón.

<sup>4[4]</sup> *Ibíd.*

<sup>5[5]</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007- M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, Corte Constitucional. Sentencia SU-614 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Corte Constitucional. Sentencia T-276 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Corte Constitucional. Sentencia C-804 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa, Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional. Sentencia C-271 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional. Sentencia T-725 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional. Sentencia SU-623 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional. Sentencia C-098-96. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.



**INFORMACIÓN & SOLUCIONES**

natural de procreación y crianza de los hijos. Cabe resaltar que todas esas sentencias fueron dictadas dentro del reconocimiento de los valores constitucionales del pluralismo, la no discriminación y el respeto al desarrollo de la libre personalidad consagrados todos en el ordenamiento constitucional y que, por lo tanto, llevaron a afirmar que el Constituyente no prohibía o censuraba otras formas de familia, sino que la protección reforzada a la familia constituida por la pareja heterosexual obedecía a su proyección y efectos en la vida social y el orden público. Es así como a la par de este reconocimiento a través de varias sentencias reconoció también la protección de los derechos patrimoniales a las parejas conformadas por personas del mismo sexo<sup>6[6]</sup>.

Posteriormente, la Sentencia C-814 de 2001 estableció a través de una rigurosa argumentación que el concepto de familia que emana de la Constitución está centrada en las familias constituidas entre un hombre y una mujer, bien sea en unión matrimonial o unión libre, y que la expresión contenida en el artículo 42 *¿por la voluntad responsable de conformarla¿* se refiere a la familia heterosexual<sup>7[7]</sup>. Precisamente, es a partir de la naturaleza en la conformación de la familia que se derivan importantes consecuencias jurídicas como el parentesco por adopción tanto en el matrimonio como en la unión marital de hecho<sup>8[8]</sup>. Incluso en las consideraciones la Corte aborda el problema del tratamiento jurídico diferenciado a las parejas homosexuales y retoma lo señalado en la Sentencia C-098 para enfatizar que *¿Ahora bien, tampoco el hecho de que la familia que el constituyente optó por proteger sea la que emana de la unión heterosexual y monogámica, tiene el alcance de discriminar a quienes deciden mantener una relación homosexual estable. Reiterada jurisprudencia constitucional, entre ella la que acaba de citarse, hace énfasis en que la Constitución no prohíbe esta opción de vida¿*<sup>9[9]</sup>. Y aún va mucho más lejos al precisar que dada la protección al modelo de familia consagrado en el artículo 42 C.P., la adopción de niños por parte de una familia diversa, se encontraba constitucionalmente prohibida y ni siquiera el legislador podría autorizar la adopción por parte de homosexuales.

La interpretación constitucional sobre la centralidad de la familia heterosexual y monógama expresado en los anteriores precedentes se mantuvo inalterable hasta la Sentencia C-075 de 2007. En este fallo la Corte extendió los efectos patrimoniales de las uniones de hecho consagradas en la Ley 54 de 1990 a las parejas homosexuales. No obstante, precisó la Corte la existencia de diferencias entre las parejas heterosexuales y homosexuales, motivo por el cual no existe un *imperativo constitucional* de dar un tratamiento igual a unas y a otras, razón por la cual es el legislador quien

---

<sup>6[6]</sup> C-075 de 2007, C-029 de 2009.

<sup>7[7]</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>8[8]</sup> *Ibíd.* Punto 17.

<sup>9[9]</sup> *Ibíd.* Punto 17.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

debe definir los mecanismos para proteger los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la situación de quienes se encuentran en marginamiento<sup>10[10]</sup>.

Cinco años más tarde, en la Sentencia C-577 de 2011<sup>11[11]</sup> la Corte modificó de manera explícita el precedente constitucional en relación con la interpretación del concepto de familia plasmado en el artículo 42, al señalar que en consonancia con el tenor literal del artículo este no prohíbe el matrimonio entre parejas del mismo sexo<sup>12[12]</sup>. A pesar de referirse expresamente a la opción constitucional digna de protección reforzada por el Constituyente, esto es, aquella fundada en el carácter heterosexual y monógamo de la familia, avala la sustitución de la interpretación para señalar que *¿la presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia¿*.<sup>13[13]</sup> Sumado a esto, exhorta al Congreso para que legisle en el caso de las parejas homosexuales por una opción que les permita la vida en común y para que estas tengan la posibilidad de suscribir un vínculo contractual que sea formal y solemne<sup>14[14]</sup>.

La Corte Constitucional en esa sentencia que rompe dramáticamente con veinte años de un sólido precedente invoca como soporte los salvamentos de voto de sentencias anteriores y el concepto de *¿constitución viviente¿*, que le permitiría hacer una interpretación evolutiva del texto del artículo 42. Sin embargo, aun en esta sentencia se mantiene el reconocimiento de la diferencia entre las parejas heterosexuales y las conformadas por personas del mismo sexo para permitir al legislador en desarrollo de sus competencias legislar de manera que hiciese eco de esa diversidad.

¿El matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferirle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias cuidadosamente enunciadas, todo en forma tal que solo cabe

---

<sup>10[10]</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007- M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>11[11]</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>12[12]</sup> Páez Ramírez Manuel. La Sentencia C-577-11 y el Matrimonio Igualitario en Colombia. En Revista Derecho del Estado N° 31 julio-diciembre del 2013, pp. 231-257. Disponible en web <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n31/n31a08.pdf>

<sup>13[13]</sup> Op. cit .Sentencia C-577 de 2011. Punto 4.4.3.

<sup>14[14]</sup> Ibíd. Parte resolutive. Numeral 4.

apuntar que en este caso la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución;<sup>15[15]</sup>.

### **1.1. Desarrollo jurisprudencial en materia de adopción**

En materia de adopción, el precedente más destacado se encuentra en la Sentencia C-814 de 2001. En especial se analizó la restricción introducida por el numeral 2 del artículo 90 del Código del Menor, según la cual podían adoptar conjuntamente ¿La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años¿<sup>16[16]</sup>. En el riguroso análisis jurídico la Corte afirma que no existe mandato constitucional dirigido al legislador para dispensar idéntico tratamiento jurídico a las parejas heterosexuales y homosexuales en materia de adopción. Ello en consideración al carácter de la adopción como medio de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener una familia, que según el constituyente, es la familia de tipo monogámico compuesta por un hombre y una mujer. Bajo estas consideraciones, para el legislador no puede ser indiferente el tipo de familia dentro de la cual se autoriza la integración del niño, pues existe la obligación de proveerle aquella que dispone el ordenamiento constitucional<sup>17[17]</sup>.

En la providencia se estableció que el concepto de familia que emana de la Constitución está centrada en las familias constituidas entre un hombre y una mujer, bien sea en unión matrimonial o unión libre, y que la expresión contenida en el artículo 42 ¿por la voluntad responsable de conformarla¿ se refiere a la familia heterosexual<sup>18[18]</sup>. Y aún va mucho más lejos al precisar que dada la protección al modelo de familia consagrado en el artículo 42 C.P., la adopción de niños por parte de una familia diversa, se encontraba constitucionalmente prohibida y ni siquiera el legislador podría autorizar la adopción por parte de parejas homosexuales.

En esta perspectiva el conflicto entre el derecho a la igualdad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con la posibilidad de adoptar y el derecho del menor a tener una familia, debe resolverse a favor del derecho del menor, pues este se satisface mejor si el niño se integra a una familia protegida por la Constitución y no a otro tipo de familia<sup>19[19]</sup>. En palabras de la Corte, *¿por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar¿<sup>20[20]</sup>.*

---

<sup>15[15]</sup> Sentencia C-577/2011.

<sup>16[16]</sup> Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, derogado por el artículo [217](#) de la Ley 1098 de 2006.

<sup>17[17]</sup> Ver, Sentencia C-814-01. Punto 21. </p>

<sup>18[18]</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>19[19]</sup> *Ibíd.* Punto 22.

<sup>20[20]</sup> *Ibíd.*

Este precedente fue aplicado de manera coherente a lo largo de diez años<sup>21[21]</sup>. No obstante, en los últimos dos años la Corte Constitucional varió este precedente así:

¿ En la Sentencia T-276 de 2012, que decidió el caso de la adopción de dos niños colombianos por el periodista homosexual norteamericano Chandler Burr<sup>22[22]</sup>. En dicha oportunidad, la Corte accedió a las pretensiones de la tutela según las cuales se vulneró el debido proceso y el interés superior de los niños durante el proceso de restablecimiento de derechos, la Corte para resolver el caso no formuló una consideración sobre el carácter constitucional del tipo de familia al que se integrarían los dos niños, pero sí realizó un cambio de facto en su jurisprudencia sin explicar a fondo las razones del mismo<sup>23[23]</sup>.

¿ Posteriormente, en la Sentencia SU-617 de 2014 la Corte se pronunció sobre el caso de las mamás lesbianas de Medellín<sup>24[24]</sup>. En su fallo reiteró la decantada jurisprudencia, según la cual la diferencia en el tratamiento normativo entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales es una ¿diferencia empírica constitucionalmente relevante¿, toda vez que la adopción está dirigida a suplir las relaciones de paternidad y maternidad, incluso si esta se suplió mediante reproducción asistida, dada la protección especial y reforzada de la familia monogámica y heterosexual<sup>25[25]</sup>. A pesar del carácter definitivo de este argumento la Corte no lo desarrolla de manera integral en la providencia, pues desplaza su análisis al alcance de la autonomía familiar para señalar que este principio implica la posibilidad de auto- configuración familiar para disponer quién se integra al núcleo familiar y que el límite de tal configuración es la garantía de los derechos de los niños.

De acuerdo con el salvamento de voto de los Magistrados Pretelt, SÁCHICA y Mendoza la Corte desconoció en el caso concreto la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de parejas de personas adultas del mismo sexo porque *¿assume de manera intuitiva, que con la decisión del ICBF se vulneraron derechos fundamentales de la menor Lakmé, sin analizar, en profundidad, si existen condiciones que ameritan la medida de protección ante una vulneración de*

---

<sup>21[21]</sup> La posibilidad de adopción por las parejas homosexuales ya se había discutido en sede de constitucionalidad en la Sentencia C-802 de 2009 que estudió una demanda contra la diferenciación sexual contenida en el numeral (3) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, y en la Sentencia C-710 de 2012 contra la expresión moral del artículo 68 del Código de Infancia y la Adolescencia.

<sup>22[22]</sup> Ver <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-avala-adopcion-hecha-periodista-homosexual-colomb-articulo-348061>.

<sup>23[23]</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-276 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>24[24]</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-614 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>25[25]</sup> *Ibíd.*



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

los mismos. (¿) fundamenta esencialmente su decisión en la vulneración de los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad y de los principios de dignidad humana y pluralismo que consideró fueron desconocidos por el ICBF al haberse negado la adopción con fundamento en la condición homosexual de la pareja solicitante;<sup>26[26]</sup>.

¿ En la Sentencia C-071 de 2015<sup>27[27]</sup> fijó las reglas jurisprudenciales para resolver conflictos respecto del derecho de los niños y niñas a tener una familia y no ser separados de ella, establecer la filiación y los casos en los cuales procede la adopción<sup>28[28]</sup>, la Corte apela al principio democrático, a la legítima restricción en el tratamiento jurídico que puede dispensar el legislador a otros tipos de familia como los compuestos por parejas homosexuales y a la libertad de configuración en materia de adopción consentida<sup>29[29]</sup>. Del mismo modo, preceptúa la naturaleza y objetivo de la adopción en los siguientes términos: *¿la adopción no está encaminada a dar un niño a una familia sino una familia a un menor que la necesita, restableciendo con ello, en cuanto sea posible, los lazos de filiación. No pretende que quien carece de un hijo pueda llegar a tenerlo, sino que el menor que no tiene padres logre ser parte de una familia rodeado de las condiciones propicias para su desarrollo armónico e integral;*<sup>30[30]</sup>.

Luego señala que *¿al establecer las reglas en materia de adopción conjunta en el Código de la Infancia y la Adolescencia, para el Legislador no fue indiferente el tipo de familia de la que eventualmente llegara a formar parte un menor, donde el criterio utilizado para habilitar la adopción por compañeros permanentes -familia integrada por hombre y mujer- atiende un fin legítimo apelando a una categoría diferencial objetiva y razonable;*<sup>31[31]</sup>. Sin embargo, llega a concluir que las expresiones demandadas son constitucionales bajo el entendido de que en su ámbito de aplicación están comprendidas las parejas del mismo sexo, ¿cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente;<sup>32[32]</sup>.

---

<sup>[26]</sup> Ibid., Salvamento de Voto de los magistrados Gabriel Mendoza Martelo, Jorge Pretelt Chaljub y Martha Sáchica Méndez a la Sentencia SU-617-14.

<sup>27[27]</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>28[28]</sup> Ver, punto 6.10 de la precitada sentencia.

<sup>29[29]</sup> Ver, punto 7.4 de la Sentencia.

<sup>30[30]</sup> Ibid. Y aclara que *¿la adopción no está encaminada a dar un niño a una familia sino una familia a un menor que la necesita, restableciendo con ello, en cuanto sea posible, los lazos de filiación. No pretende que quien carece de un hijo pueda llegar a tenerlo, sino que el menor que no tiene padres logre ser parte de una familia rodeado de las condiciones propicias para su desarrollo armónico e integral;*

<sup>31[31]</sup> Ibid.

<sup>32[32]</sup> Ibid. Parte Resolutiva. Numeral 2.

## **1.2. Cambio de precedente al permitir la adopción por parejas del mismo sexo**

Ocho meses más tarde y con ponencia del mismo Magistrado de la Sentencia C-071 de 2015 se profirió la Sentencia C-683 de 2015<sup>33[33]</sup>, en la cual se discutió la constitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, *¿por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia¿*, y contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990. A diferencia de la anterior sentencia la Corte se concentra ahora en preguntarse *¿si las normas que regulan el régimen legal de adopción en Colombia, al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción, vulnera el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral (artículo 44 C.P.)¿*<sup>34[34]</sup>, para concluir que las parejas del mismo sexo están habilitadas para adoptar conjuntamente¿.

Esta sentencia deja severas dudas sobre los fundamentos jurídicos y sobre la conveniencia de esa decisión, presuntamente orientada a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes consagrado en el artículo 44 de la Constitución, así:

**1.2.1. La Corte acogió de manera equivocada, los argumentos de la demanda en el sentido de que la ausencia de regulación de la adopción por personas del mismo sexo ¿vulnera el derecho a la igualdad y el interés superior de los niños que permanecen en situación de adoptabilidad, al limitar el universo de familias que pueden adoptarlos¿.**

Es difícil entender la argumentación de la Corte que le lleva a deducir el interés superior del niño es vulnerado al no permitirse la adopción por parejas del mismo sexo, pues se le desconoce su derecho a la igualdad. Ya hemos señalado que la adopción no es un derecho de los adultos, pero tampoco del niño a quien de acuerdo con el artículo 44 de la C. P. le asiste *¿el derecho a tener una familia y no ser separado de ella¿* lo cual se garantiza a través del mecanismo de la adopción. Las normas sobre adopción que garantizan ese derecho a tener una familia y que solo la permiten para las parejas heterosexuales no discriminan a los niños, *¿pues no otorgan un tratamiento diferente para algunos de ellos en virtud de alguna condición suya, o de sus padres o de sus tutores sino que, por el contrario, en estas se establecen las condiciones por medio de las cuales se les permite a todos los niños en situación de adoptabilidad gozar de su derecho a tener una familia en*

---

<sup>33[33]</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-683 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>34[34]</sup> Y aclara que para la Corte *¿la anterior sentencia configura cosa juzgada constitucional en relación con los cargos concernientes a la vulneración del derecho a la igualdad y a tener una familia de las parejas del mismo sexo (artículos 13 y 42 C. P.)¿.*



condiciones semejantes a las de la familia biológica (conformada por un padre y una madre) con la que se ha perdido el vínculo filial;<sup>35[35]</sup>.

De otra parte, las estadísticas aportadas por el ICBF demuestran que el argumento usado por la Corte para deducir que se vulnera el interés superior del niño al limitar el universo de familias que lo podrían adoptar es contraevidente. En efecto, entre 2005 y 2015 solo 3.252 de las 4.297 familias colombianas solicitantes de niños en adopción pudieron adoptar efectivamente, en tanto que de las 13.598 familias extranjeras solicitantes, solamente 5.547 tuvieron esta oportunidad. En los últimos 10 años más de 9.000 familias, esto es, el 50% de los solicitantes NO pudieron acceder a tener un hijo o hija adoptiva.

Es claro que la demora en el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de la adopción **NO obedece a la falta de familias solicitantes**, sino a las condiciones especiales de algunos niños potencialmente adoptables y a las decisiones de la misma Corte Constitucional a través de la Sentencia T-844 de 2011 que privilegia la familia biológica extensa sobre la familia potencial adoptante.

En marzo de este año, en el documento que fija los lineamientos técnico-administrativos del programa de adopción, el ICBF afirma que **¿Hoy en Colombia es altamente probable que niños y niñas en condición de adoptabilidad que tengan hasta nueve (9) años y buen estado de salud sean adoptados, ya que existen 2.481 familias nacionales y extranjeras idóneas con solicitudes aprobadas y en lista de espera**. No sucede lo mismo con los 4.117 niños, niñas y adolescentes con edades superiores a los diez (10) años, grupos de hermanos donde el mayor tiene 10 años o más o está en situación de discapacidad o enfermedad de cuidado especial¿.

Respecto de los niños con **características y necesidades especiales** el ICBF ha retomado experiencias exitosas logrando pasar de 39.2% de estos niños adoptados entre 2009 y 2011 a un 60.10% entre 2012 y 2015.

La Corte Constitucional omite un análisis sobre los efectos que la citada Sentencia T-844 de 2011 ha tenido sobre las adopciones y las consecuentes demoras en el restablecimiento del derecho a los niños, niñas y adolescentes. Al ordenar al ICBF que dentro del proceso administrativo de declaratoria de adoptabilidad, busque a los parientes en sexto grado de consanguinidad, equivalentes a un primo tercero del niño o niña, que pudieran eventualmente hacerse cargo del menor, las adopciones disminuyeron de un promedio anual de 2.601 niños dados en adopción hasta el 2011 a 934 niños en promedio anual en lo que va corrido desde entonces.

Tomar decisiones como las señaladas en la Sentencia T-844 de 2011 que, de acuerdo con la evidencia, han tenido efectos predadores en el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener

---

<sup>35[35]</sup> Concepto 5841 del Procurador General del 22 de octubre de 2014 ante la Corte Constitucional en el Expediente D-10371, Sentencia C-683- 2015.



una familia, y luego fundamentar la adopción homoparental en ¿la necesidad de expandir el universo de familias que puedan adoptarlos¿, asumiendo que hay un ¿déficit¿ de tales familias, resulta contraevidente desde el punto de vista empírico y constituye una falacia jurídica.

**1.2.2. Aunque en los argumentos presentados en la parte motiva de la Sentencia 683 de 2015, la Corte dice defender los derechos del menor a tener una familia, en la parte resolutive hay una concepción equivocada para defender la adopción como un derecho de los adultos.**

Si bien en la Sentencia C-683 de 2015 la Corte hace eco de los artificios de la demanda en la pretensión de defender el interés superior del menor a través de la ¿ampliación del universo de familias que puedan adoptarlos¿ brillan por su ausencia los argumentos en favor de los niños, niñas y adolescentes.

A diferencia de sentencias anteriores en las que se profundiza el debate sobre los derechos de las parejas del mismo sexo a constituir una familia, distinguiéndolos de la adopción como un instituto donde el Estado interviene para proteger el derecho fundamental de los niños a tener una familia, en esta sentencia, de modo muy ligero, los fundamentos de la decisión refieren a que ¿la adopción por parejas del mismo sexo no genera afectaciones en el desarrollo integral de los niños o bien no está acreditada ninguna afectación a los niños que viven con parejas del mismo sexo¿.

Al respecto, cabe señalar que existen numerosos estudios especializados realizados en el exterior que no son concluyentes en el sentido expresado por la Corte y que han debido ser objeto de análisis por parte de esa corporación. La Corte decide dar por terminado un enorme debate científico y académico a través de una decisión jurídica, es más, dado que en Colombia no se han realizado estudios acerca de la incidencia para el desarrollo integral de los menores criados en hogares homoparen tales decide soportar la decisión en los muchos estudios de otras latitudes aportados por los intervinientes, estudios sobre los cuales tampoco elabora una apreciación crítica.

La Corte obvia las observaciones juiciosas que presenta la Universidad Javeriana que en un aparte del documento allegado al proceso se pregunta:

¿¿Es la evidencia norteamericana o europea aceptable desde el punto de vista cultural y social al contexto de Colombia? ¿¿O si los patrones de matoneo (*bullying*) que se dan en colegios norteamericanos hacia estudiantes con padres homosexuales serán los mismos que cabría encontrar en Colombia, o más aún si estos serían similares en Bogotá, en Montería o en el área rural de Nariño? Al respecto requerimos de mayor investigación en nuestro medio y entre tanto no exista evidencia, cabe preguntarse ¿si la mejor opción no es abstenernos de tomar decisiones sobre la evidencia parcial, incompleta o poco generalizable a nuestro medio?¿. Además, la misma universidad señala que encargó al Departamento de Epidemiología Clínica y Bioestadística hacer una búsqueda para tener al día de hoy la mejor evidencia respecto al tema ¿búsqueda que anexó y que como se puede comprobar en el expediente da cuenta de la mayoría de estudios que para

favorecer la posición en torno a la adopción por parejas del mismo sexo habían anexado otros intervinientes, y sobre esa búsqueda concluye:

*¿a) Falta de buena evidencia para tomar decisiones.*

*b) Algunos artículos que revisan el tema muestran dificultades para la adopción de estos niños por parte de parejas homosexuales, entre tanto que otros la descartan. No obstante existe evidencia donde no se describen dificultades para los niños sujetos a este tipo de adopción.*

*c) En general la evidencia es de baja calidad y obedece a series de casos, y reportes anecdóticos, sin claridad en las mediciones y desenlaces medidos. Se requiere tener mejor evidencia para adopción en los diferentes grupos de edad y seguimientos a largo plazo. Ningún artículo provee seguimientos en diferentes grupos de edad y diferente género.*

*d) No existe ningún artículo de Colombia (en la búsqueda) y es cuestionable en este tema tomar decisiones sin evidencia en nuestra cultura.*

*e) Muchos de los artículos recuperados en la búsqueda dicen que se requiere mayor investigación en el campo,<sup>36[36]</sup>*

Pero también desconoce la intervención de la Universidad del Rosario en la que allega el documento que envía el Decano de la Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud de dicha universidad, en el cual se encuentran las siguientes consideraciones:

*¿d) En la literatura internacional se identifican argumentos a favor y en contra sobre el tema, ¿los cuales son ponderados de manera diferente dependiendo del consenso social al que cada comunidad ha llegado, y al grado de reconocimiento de los derechos civiles de las personas¿. Además la evidencia científica no es contundente ni en uno ni en otro sentido¿.*

*c) Por último, ¿en el ámbito nacional no tenemos conocimiento de estudios que hayan abordado el tema de manera rigurosa y concluyente¿<sup>37[37]</sup>.*

Profundizando en la fundamentación de la sentencia se puede evidenciar que la Corte utiliza el argumento del interés superior del niño para volver a debatir acerca de la protección de pretendidos derechos a la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo en torno a la adopción de menores, discusión que sí había sido objeto de decisión con valor de cosa juzgada en la Sentencia C-071 de 2015 ya mencionada. En efecto, la Corte ¿insiste en que las legítimas dudas y temores acerca de si una sociedad como la colombiana está preparada para asumir con empatía e inclusión a parejas del mismo sexo con hijos adoptados no se disipan negando una inocultable realidad sino enfrentando sus desafíos. En ese sentido debe recogerse la intervención del Ministerio de Salud y

---

<sup>36[36]</sup> Documento enviado por la Pontificia Universidad Javeriana en el Expediente D-10315, de 20 de octubre de 2014 en respuesta al Oficio OPC 451/14.

<sup>37[37]</sup> Sentencia C-683/2015, pág. 142.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Protección Social, según el cual *¿el Sistema General de Seguridad Social en Salud cuenta con un conjunto de herramientas y coberturas para atender las necesidades en salud física y mental, de los menores de edad relacionadas con conflictos y abusos en las familias con independencia de la orientación sexual de los padres¿*<sup>38[38]</sup>. En otras palabras, la Corte asume que puede haber un riesgo frente al niño adoptado por parejas del mismo sexo proveniente de la falta de preparación de la sociedad colombiana frente a este nuevo hecho, pero para ello da una solución que en nada coincide con el principio de prevalencia de los derechos del niño: ¡Que el niño asuma el riesgo y si sufre alguna afectación que actúe el Sistema de Salud!

**1.2.3. Resulta cuando menos sorprendente que a falta de argumentos jurídicos de fondo, la Corte Constitucional sustente su decisión en casos específicos de otros países con tradiciones sociológicas y jurídicas muy distintas, alegando que esta decisión es ¿apenas una en un mar de decisiones favorables a la adopción por parejas homosexuales en el resto del mundo¿ (sic) que sin embargo, como se sabe, siguen siendo la minoría.**

En el entramado argumental de la Corte en relación con el derecho comparado que utiliza para apoyar sus tesis, trae el recuento de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿que no son parámetro de juicio de constitucionalidad en Colombia¿ en las cuales queda claro que dicho Tribunal reconoce que las parejas conformadas por personas del mismo sexo están en situación diversa a las heterosexuales y es al legislador de cada país miembro al que corresponde decidir el trato jurídico y que, en consecuencia, se les puede dar un trato diferenciado con respecto a la adopción, incluso en relación a los hijos biológicos de uno de los miembros de la pareja.

Por ejemplo, en el caso *Frette vs. Francia* (2002), en el cual a un hombre homosexual francés le fue negada la adopción por su orientación sexual, el Tribunal determinó que el Estado no violó el derecho a la igualdad reconocido en el art 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ello en razón a que las autoridades nacionales tienen un amplio margen de apreciación para regular la adopción de la forma en que lo consideren mejor para la adecuada protección de los intereses de la sociedad en su conjunto<sup>39[39]</sup>.

En otra providencia, en el caso *Kopf y Shalk vs. Austria* (2010) una pareja de hombres homosexuales a quien el Estado Austriaco les negó la formalización de un matrimonio, el Tribunal estableció que no hay violación del artículo 12 de la Convención y del artículo 14 en conjunción con el artículo 8º de la Convención, y señaló que aunque ¿el tribunal no puede ignorar que hay un

---

<sup>38[38]</sup> C-683/2016, pág. 120.

<sup>39[39]</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Frette vs. Francia* (2002). App. No. 36515/97.

consenso europeo emergente sobre el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. Es más, esta tendencia se ha desarrollado rápidamente durante la pasada década. Sin embargo no hay todavía una mayoría de estados que proporcionen reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo. El área en cuestión debe por ello considerarse todavía como uno de los derechos en evolución sin consenso establecido, donde los Estados deben disfrutar de un margen de apreciación a la hora de introducir cambios legislativos;<sup>40[40]</sup>.

Finalmente, el Tribunal en la decisión *Gas y Debáis vs Francia* (2012), decidió el Caso de la Señora Valerie Gas unida con Natalie Debáis mediante el pacto civil de solidaridad, había solicitado la adopción de la hija biológica de su pareja, en este caso el Tribunal concluyó que ¿los Estados no tienen la obligación de permitir el matrimonio de las parejas del mismo sexo, existe un margen de apreciación para dar tratamiento diferenciado a las parejas conformadas por personas del mismo sexo y personas de sexos diversos, en razón a que unas y otras son diferentes;<sup>41[41]</sup>.

Aún en un más reciente fallo del 9 de junio de 2016, el Tribunal de Estrasburgo reitera que los Estados no violan el artículo 8º (derecho al respeto a la vida privada y familiar) en concordancia con el 14 (prohibición de discriminación) de la Convención Europea de los Derechos Humanos al establecer el matrimonio solo para las parejas heterosexuales y que gozan de un margen de apreciación para decidir sobre el modo de reconocimiento jurídico para las otras parejas.

Vale la pena señalar que la Corte omite en su presentación de derecho comparado la mención de que las decisiones sobre estos temas de familia, uniones por parejas del mismo sexo y adopción han sido tomadas por los órganos representativos en la gran mayoría de los casos, pues decisiones sobre el núcleo fundamental de la sociedad deben definirse popularmente y no por vía judicial. Diecisiete de los veintidós países que han aprobado el matrimonio homosexual, lo han hecho a través de discusiones democráticas en el Congreso. Tales países son Países Bajos (2000), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005) Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012) Uruguay (2013), Nueva Zelandia (2013), Francia (2013), Inglaterra (2013), Gales (2013), Luxemburgo (2014), Escocia (2014).

Por su parte solo cuatro de ellos lo han hecho a través de un organismo perteneciente a la Rama Judicial: Sudáfrica (2006), Brasil (2013) México (2015) y Estados Unidos (2015).

De otro lado, Irlanda, a pesar de su tradición conservadora y católica, aprobó el matrimonio homosexual por vía referendaria, reconociendo la necesidad de reconocer la titularidad que tiene el pueblo para adoptar estas decisiones. En el mismo sentido puede encontrarse que en Eslovenia el matrimonio por personas del mismo sexo fue aprobado a través de una Ley, el día 3 de marzo de

---

<sup>40[40]</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Kopf y Shalk vs Austria* (2010). App. No. 30141/04.

<sup>41[41]</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Gas y Debois vs Francia* (2012). App. No. 25951/07.

2015, pero el pueblo se pronunció en contrario a través de un referendo el 21 de diciembre del mismo año.

**1.2.4. La Corte desconoce sus propios precedentes jurisprudenciales para arrogarse una competencia que, según la Constitución y la misma jurisprudencia, corresponde al legislador.**

La Sentencia C-071 expedida el 18 de febrero de 2015 sostuvo la tesis presentada en varias sentencias anteriores en el sentido de que **¿es facultad del Congreso determinar los efectos de la adopción estableciendo quiénes pueden ser adoptantes¿** y precisó que **¿ el contenido de la Sentencia C-577 de 2011 no implica una extensión automática y uniforme para todos los efectos legales y mucho menos para la adopción, en el cual debe ser el interés superior del menor de edad y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás¿.**

Tan solo ocho meses más tarde, la Corte contra su propia y reiterada jurisprudencia y en un acto de sorprendente intromisión en la órbita del Legislador, fruto de una autoatribución de competencias decide suplantar la función normativa del Congreso consagrada en el artículo 150 superior.

Los argumentos que da la Corte para justificar tal desafuero no dejan de provocar asombro ante la herejía constitucional y el desenfado antidemocrático de sus contenidos:

La Corte insiste en que frente al déficit de protección de los menores que se produce por no permitirse su adopción por parejas homosexuales **¿no existe evidencia en el sentido de que el Congreso de la República tenga voluntad de remediar la situación. No hay constancia de iniciativas legislativas encaminadas a superar el déficit de protección que ha constatado esta Corte¿<sup>42[42]</sup>. Miente con esta afirmación el máximo Tribunal Constitucional, el guardián supremo de nuestra Constitución, pues para la fecha del fallo (4 de noviembre de 2015) el Congreso de la República estaba adelantando el estudio del **Proyecto de ley número 32 de 2015 Senado, por medio de la cual se reforma la Ley 1098 de 2006 en relación con la medida de protección de la adopción y se dictan otras disposiciones**, de autoría del Senador Benedetti, radicado el 30 de julio de 2015, y publicado en la **Gaceta del Congreso** número 549 de 2015, con ponencia del honorable Senador Hernán Andrade radicada el 23 de septiembre de 2015 como consta en la **Gaceta del Congreso** número 743 del 2015.**

Pero quizá es la siguiente argumentación la que nos da la verdadera motivación que tuvo la Corte para desconocer su precedente y arrebatar las competencias al órgano de representación popular. La Corte afirma **¿Además -solo a manera indicativa- una reciente encuesta elaborada por la Misión de Observación Electoral indica que el 71% de los congresistas se opone a la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo y, por contera, a aquella medida que serviría al propósito de enmendar el desmedro al interés superior del niño. Esta circunstancia sugiere, cuando**

---

<sup>42[42]</sup> C-683/2016 pág. 119.



menos, que la forma de superar el déficit de protección de los menores en situación de abandono, directamente desde el seno del propio Congreso de la República, se encuentra en el corto plazo seriamente comprometida, ante lo cual el juez constitucional no puede asumir una actitud silente;<sup>43[43]</sup>.

Es decir, las competencias del Congreso se respetan siempre y cuando decida en consonancia con la posición ideológica de la mayoría de los magistrados de la Corte; si no existe esa coincidencia la Corte se adelanta a decidir para cerrar el camino de la deliberación y decisión democrática del órgano de representación popular. Nace así una nueva causal del juicio de inconstitucionalidad: La decisión preventiva de inconstitucionalidad ya no frente a las leyes expedidas por el Congreso sino en prevención de la decisión política que las mayorías políticas del Congreso puedan adoptar cuando parezcan inconvenientes o incompatibles con los designios ideológicos de la Corte.

El Congreso debe ser consciente de la flagrante violación del **principio democrático** sobre el cual se sustenta nuestra institucionalidad y la sustitución de la Constitución perpetrada por la propia Corte que, sin embargo, ha sido tan celosa y arbitraria al aplicarla como rasero para limitar cada vez más las facultades del Congreso como Constituyente Derivado.

Así pues, dado que la Corte constitucional se ha arrogado facultades que van mucho más allá de su condición de guarda de la Carta Constitucional, **resulta indispensable acudir al constituyente primario para que mediante referendo, exprese su voluntad acerca de un asunto tan importante como el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener mamá y papá.**

## **II. LOS DESACUERDOS GENERADOS POR LAS ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Las posiciones adoptadas por la Corte Constitucional que evidencian rupturas sin justificación en su línea jurisprudencial, desconocimiento de los principios y métodos de interpretación constitucional, creados precisamente para dar legitimidad a su actuación como órgano contra mayoritario, han desembocado en una modificación de elementos esenciales de la Constitución como la noción de la familia, núcleo esencial de la sociedad. La Constitución de 1991 ha sido reescrita por vía judicial sin sufrir una reforma constitucional expresa en la que participe el pueblo ya sea directamente o a través de sus representantes. Para decirlo en términos de la Corte Constitucional, han sido sustituidas disposiciones constitucionales fundamentales, no por el Congreso, ni por el pueblo, sino por el propio órgano al que la Constitución le entregó la guarda de su integridad.

La propuesta de este referendo, las manifestaciones públicas que presenció el país el pasado 10 de agosto como rechazo a la imposición de la ideología de género, son hechos evidentes que

---

<sup>43[43]</sup> Ibídem.



demuestran el desacuerdo de una inmensa parte de la población con las decisiones de órganos constituidos como la Corte Constitucional en relación con el tema de la Familia.

Veinticinco años después del gran consenso que significó la Constitución de 1991, nuestra sociedad da cuenta de un conflicto en torno a la interpretación elaborada alrededor de uno de los puntos centrales de dicha Constitución. Efectivamente, los desacuerdos que se centran en la familia como núcleo esencial y primero de nuestra organización social, en los niños como responsabilidad prioritaria y prevalente de la familia, la sociedad y el Estado, y en los valores a determinar cómo tutelares de la educación que decidamos impartirles a nuestros hijos en particular y a los niños y niñas de Colombia en general, constituyen soportes fundamentales de decisiones que atañen a nuestra cultura, a nuestra civilización y a la configuración de nuestra razón de ser como nación.

Se trata, en términos de Waldron, de desacuerdos acerca de cuestiones de principios que son la regla general de la política en una sociedad que se pretenda pluralista y a los que hay que encontrar solución por los cauces de la democracia y mediante los procedimientos constitucionales.

La pregunta es entonces, ¿Qué respuesta encontramos en nuestra Constitución acerca del procedimiento idóneo para dirimir estos conflictos? ¿Se ajusta a la Constitución esta propuesta de Referendo?

¿Hay que distinguir entre dos escenarios. El primero se refiere a aquel en el que el conflicto se plantea entre las reglas creadas por la legislatura y las reglas creadas (o decisiones tomadas) por la Corte Constitucional. Aun cuando el asunto está lejos de ser pacífico, suele sostenerse que en virtud de los artículos 241 y 243 de la Constitución Política, se ha reconocido a la Corte Constitucional como intérprete final de la Constitución y que, en consecuencia, sus reglas y decisiones prevalecen.

El segundo escenario se refiere a los conflictos entre reglas que son resultado de reformas constitucionales y las reglas (y decisiones) de la Corte Constitucional. En este escenario, desde luego, no resultan aplicables los artículos constitucionales citados, ni -por tanto- la tesis de la autoridad interpretativa de la Corte Constitucional. Es más, en este escenario, la respuesta no puede encontrarse en una cláusula constitucional y, por lo tanto, debe recurrirse a principios jurídico-políticos más amplios. Es así como para dar una respuesta satisfactoria, debe analizarse *quién* tiene una autoridad legítima superior al momento de crear o reconocer normas jurídicas de rango constitucional;<sup>44[44]</sup>.

En primer lugar, se debe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico tanto el Preámbulo de la Constitución, como el artículo 3° señalan que la

---

<sup>44[44]</sup> ¿La Constitucionalidad de la Convocatoria al Referendo?. Fabio E. Pulido Ortiz. Intervención en la Audiencia Pública ante la Comisión Primera del Senado.



Soberanía reside exclusivamente en el Pueblo, en él reside el Poder Constituyente y por ello tiene la potestad para definir los principios políticos y las normas constitucionales.

La consagración del referendo y los demás mecanismos de participación ciudadana en la Constitución Política no fue gratuita. La Asamblea Nacional Constituyente fue consciente de la inmensa brecha existente entre el país formal y el país real, entre la realidad institucional y la cultura social, entre el decir de las normas jurídicas y la vida cotidiana, razón por la cual el Constituyente optó por una normatividad menos ajena a la gente, más próxima al ciudadano, menos impuesta desde el poder público, que legitimara unas instituciones hasta entonces legales, pero no legítimas. Frente a dichas cuestiones, la respuesta de la Asamblea Constituyente fue la consagración de la democracia participativa<sup>45[45]</sup>.

De esta manera, por voluntad del soberano se consagró en Colombia una forma de democracia que debía permitir el acceso ciudadano a la participación política directa en la toma de decisiones. En consecuencia, el mandato de la soberanía popular plantea una exigencia a las autoridades públicas, a decir, hacer efectiva la soberanía popular de los gobernados, y no de los gobernantes, en la cual el poder público no deriva su legitimidad de la simple sujeción formal, sino de su correspondencia con la voluntad popular.<sup>46[46]</sup> Esa voluntad popular que para ser soberana debe ser autónoma, y poder expresarse de manera libre en los canales para tal efecto dispuestos en la Carta Política, entre ellos, el referendo de iniciativa ciudadana.

En el artículo 378 de la C. P. encontramos la respuesta dada por el Constituyente acerca de QUIÉN tiene la autoridad para zanjar la discusión o el desacuerdo ante la posible existencia entre normas constitucionales y su eventual reforma o entre estas y las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional: Es el pueblo mediante un referendo constitucional de iniciativa ciudadana quien puede dirimir la controversia.

El pluralismo es una de las características de las sociedades liberales y esto implica, entre otras cosas, que entre los ciudadanos hay distintos criterios sobre lo justo, y por ello tienen desacuerdos razonables y de buena fe. La democracia se basa en el principio del autogobierno el cual conlleva la posibilidad de que los ciudadanos decidan sobre aquellas materias que los afectan directamente. La existencia de estos desacuerdos y la necesidad percibida de una decisión común hace necesaria la

---

<sup>45[45]</sup> Trujillo Muñoz, Augusto. Vanegas Santoro Antonio. *La Iniciativa del Referendo Constitucional en El Referendo Constitucional, Aspectos Críticos*. Editorial Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2002. Pág. 24.

<sup>46[46]</sup> Uribe Vargas, Diego. *El Referéndum. Ensayo sobre la Democracia Semidirecta*. Ediciones Tercer Mundo. Pág. 60.



existencia de procedimientos para lograrla, sin lugar a dudas el Referendo Constitucional es uno de los consagrados a ese fin por la Carta Política de 1991 pues permite la expresión de la voluntad popular, después de una deliberación racional, con todas las garantías de la democracia deliberativa que implican por ejemplo, como lo señala Dworkin ¿que el Estado debe tratar a todos los ciudadanos con igual consideración y respeto¿ y que no puede excluirse a nadie arbitrariamente de sus derechos políticos por mucho que una mayoría pretenda lo contrario.

### **III. LA PERTINENCIA DE ESTE REFERENDO**

#### **3.1. No es un referendo para limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos**

Como lo afirmó uno de los intervinientes en la Audiencia que tuvo lugar en la Comisión Primera del Senado a propósito del trámite de este proyecto: ¿No existe limitación constitucional alguna para que, mediante referendo constitucional, se determinen las normas que regulan la institución de la adopción en Colombia. En particular, se señala que toda vez que no existe un derecho constitucional a la adopción, existen diferentes aspectos en la regulación jurídica de esta figura jurídica que pueden ser desarrollados por las instituciones democráticas en ejercicio de su libertad configurativa, y dentro de ellas, desde luego, el referendo constitucional¿<sup>47[47]</sup>.

Se ha pretendido sembrar en la discusión un falso dilema, una falsa tensión entre el derecho de los niños a tener una familia y el principio de igualdad de las familias homosexuales para la adopción.

A nuestro juicio, esta invocación configura un falso dilema en razón de dos consideraciones incontrovertibles desde el punto de vista de nuestra Constitución y de la normatividad internacional que nos obliga para estos efectos:

- En la discusión sobre los aspectos de la institución de la adopción, los que priman y prevalecen sobre todo otro derecho son los derechos de los niños. Esto quiere decir que en la eventualidad de que se presentara alguna tensión en relación con el derecho de algún adulto, se deberá optar siempre por considerar y proteger el derecho de los niños.

- Se crea una falsa tensión cuando se apela a incorporar a la discusión de la adopción el principio de igualdad para proteger los derechos de las parejas homosexuales.

De ninguna manera es pertinente dicha invocación en la medida en que la adopción no constituye derecho alguno. La adopción está definida como un mecanismo de protección dado para garantizarles a los niños el derecho, esta vez sí, de acceder a una familia en medio de la cual crecer y formarse en amor y dignidad.

---

<sup>47[47]</sup> ¿La constitucionalidad de la convocatoria al referendo¿. Fabio E Pulido Ortiz. Intervención en la Audiencia Pública ante la Comisión Primera del Senado.



La institución de la adopción no constituye derecho alguno de nadie ni de parejas heterosexuales ni de parejas homosexuales ni de hombres o mujeres, solos, independientemente de su orientación sexual.

De allí, que sea claramente una falsa tensión la que se refiere a la violación del principio de igualdad en la aplicación de un derecho que no existe. Nadie puede alegar discriminación en la aplicación de un derecho que no existe.

### **3.2. Es un referendo sobre el mecanismo para proteger el interés superior del niño**

#### **3.2.1. Interés Superior del Niño**

De acuerdo con lo expresado por el doctor Carlos Gómez MD, Director del Departamento de Epidemiología de la Universidad Javeriana : ¿los niños adoptados presentan esta categoría por diversas situaciones entre las que están el abandono de los padres biológicos, el maltrato por parte de estos, etc. que plantean no solo la necesidad de brindar por parte del Estado, sino también la responsabilidad del mismo de la elección de la mejor opción disponible a un niño o niña que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que de por sí tiene una situación de desventaja. Teniendo en cuenta la Convención de los Derechos del Niño, y la prelación sobre cualquier otro derecho, de velar por la estabilidad emocional, económica, moral, jurídica y política en su categoría de menor y la interacción que decidan que tenga este niño o niña con su entorno no es el de ser un objeto de deseo de satisfacción de una pareja de conformar una familia, sino ante todo la mejor opción para el menor;<sup>48[48]</sup>.

Esto significa que la adopción se constituye en un medio jurídico para garantizar el derecho de los menores a tener una familia. Por esta razón, la institución de la adopción debe establecer los mecanismos necesarios para asegurar que la familia a la que se integre el menor sea la idónea para su protección y que cualquier decisión acerca de la forma como se regula la adopción debe hacerse -y evaluarse- desde el punto de vista del menor y no desde la familia que adopta.

#### **3.2.2. Se dice que la ciencia ha concluido que el interés superior del niño no se afecta cuando es adoptado por parejas del mismo sexo**

La ciencia no es conclusiva. No hay estudios científicos conclusivos en uno u otro sentido. Como lo afirmó el profesor Rodolfo Arango en la Audiencia realizada ante la Comisión Primera del Senado durante el trámite de este proyecto: ¿Hay informes para una u otra posición y lo que recomienda la doctrina constitucional en ese caso donde no está claro epistémicamente o valorativamente cuál es la decisión correcta es que sea una decisión política.¿

El doctor Arango reconoce, al igual que nosotros, que no hay desde la ciencia posturas concluyentes sobre la conveniencia o no de la adopción por parte de parejas homosexuales, que

<sup>48[48]</sup> Documento enviado por la Pontificia Universidad Javeriana en el Expediente D10315, de 20 de octubre de 2014 en respuesta al Oficio OPC 451/14. Sentencia C-683/2015 Corte Constitucional.



existen estudios desde la ciencia que difieren en sus métodos, en sus orígenes y en sus conclusiones, y que por lo tanto la decisión final debe constituir una decisión política.

En este punto estamos de acuerdo, y es la razón fundamental por la que se ha escogido el camino de que sea el pueblo, vía referendo, quien tome la decisión final.

Sin embargo, el doctor Arango propone una solución distinta de la nuestra para resolver la interpretación de la Constitución ¿ante ese vacío que deja la ciencia¿ al no haber podido llegar a alguna postura concluyente. Considera que ante el vacío de la duda es preciso saltar a la discusión del principio de igualdad entre los distintos tipos de parejas posibles para la adopción. Esta intención no guarda coherencia con el sentido de la discusión -léase la mejor decisión posible para la definición de la política pública de la adopción-, ni con el mandato constitucional de proteger los derechos de los niños por sobre todo derecho.

Si, como efectivamente ocurre, la ciencia nos deja un vacío, el camino no es saltar a discutir la pertinencia o no de la adopción por parte de parejas homosexuales, y menos aún a partir de invocar el principio de igualdad en la aplicación de un derecho que no existe. El camino correcto consiste en acudir al principio de cautela, respetando con él el mandato de prevalencia de los derechos de los niños y respetando la posición de los niños como protagonistas y destinatarios de la decisión final que habremos de tomar respecto de la adopción.

En vez de saltar arbitrariamente del vacío de la ciencia al deseo de algunas parejas homosexuales de adoptar, debemos pasar al principio de cautela que nos ubica en la posición prudente de impedir convertir a nuestros niños en verdaderos conejillos de indias de nuevos experimentos sociales, por más modas temáticas que nos lleguen desde centros de poder internacionales.

Como bien lo recuerda el profesor Iván Garzón Vallejo, ¿a pesar de la esmerada construcción teórica de la razón pública, en temas como el suicidio asistido y el aborto ¿específicamente sobre ¿Roe v Wade¿-, RAWLS se mostró partidario del ¿argumento de la cautela¿, que consiste en que los jueces le dejen al proceso político y a los Estados federados la resolución de estas soluciones especialmente divisivas de la sociedad, mientras se van decantando mejor las posiciones y se va consolidando un mayor consenso en torno a estas¿<sup>49[49]</sup>.

### **3.2.3. Este referendo es ejercicio de un mandato que el artículo 44 CP impone a la sociedad.**

Esta iniciativa se enmarca en el mandato consagrado en el artículo 44 de la CP, que le impone a la familia, a la **sociedad** y al Estado el deber de ¿asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos¿, en ese sentido se dirige a que

---

<sup>49[49]</sup> Garzón Vallejo, Iván. *La religión en la razón pública*. Editorial Astrea y Universidad de la Sabana. 2014. Pág. 72.



sea el pueblo quien defina la institución jurídica de la adopción en cuanto mecanismo de protección de derechos de los menores que no tienen una familia.

El mandato superior consignado en relación con la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la protección y garantía de los derechos de la infancia y adolescencia, adquiere relevancia especial para los niños, niñas y adolescentes en situación de adoptabilidad. El cumplimiento de este deber constitucional hace legítimo que ciudadanos organizados en torno a los principios de interés superior del niño y de prevalencia de sus derechos, estén facultados para que a través de una iniciativa de reforma constitucional busquen definir entre las posibles opciones de familia aquella que mejor garantice el ejercicio pleno de sus derechos. Esta intervención ciudadana no solo es legítima, sino también necesaria ya que busca subsanar el déficit de representación democrática de esta población especialmente vulnerable, haciendo que el conjunto de la sociedad asuma con responsabilidad y convicción la discusión del tema de la niñez desprotegida.

### **3.3. No se pueden desconocer por decisiones mayoritarias los derechos de las minorías**

Sobre este último punto, nos reiteramos en la posición de que nadie está sometiendo ningún derecho fundamental a la decisión de mayorías y minorías, al margen de que tampoco está claro que a la luz de nuestra Constitución los derechos fundamentales sean de exclusiva discusión de la Corte Constitucional, es más el artículo 377 parece echar por tierra tal pretensión al establecer la obligatoriedad de realización de un referendo derogatorio cuando el pueblo lo pidiera con el cumplimiento de los requisitos allí exigidos, frente a cualquier reforma que hiciera el Congreso sobre derechos fundamentales. Esto significa, ni más ni menos, que el Congreso **puede** introducir reformas a los derechos fundamentales y que al pueblo y no a la Corte, le asiste la última palabra.

Por supuesto que la democracia exige acoger las decisiones mayoritarias dentro del respeto de las minorías y eso se surte en un proceso que dé iguales garantías a todos los ciudadanos, en que se respeten la igualdad y la deliberación democrática con todos los requisitos que ella exige. Sin embargo, y aunque como lo repetimos, aquí no están en discusión los derechos de alguna minoría, no compartimos el supuesto de que cuando se trate de cuestiones divisivas en las que están en juego los derechos de las minorías estas solo pueden ser resueltas por los órganos contra mayoritarios pues se estaría pasando por alto las cualidades de la participación democrática en un Estado constitucional, que ¿tiene el mérito de poner sobre la mesa la justificación de las diversas posiciones que están en juego, las sincera, las obliga a ser expuestas racionalmente ante los demás, le exige a los ciudadanos tomar una posición, discutirla y ponerla a prueba con sus allegados¿<sup>50[50]</sup>.

En palabras de Iván Garzón Vallejo, en su intervención en la Audiencia Pública sobre el presente proyecto de ley ¿Es indudable que tal ejercicio promueve un espíritu republicano en el que

---

<sup>50[50]</sup> Intervención ciudadana sobre el Proyecto de ley número 01 de 2016 del doctor Iván Garzón Vallejo.



**INFORMACIÓN & SOLUCIONES**

no existen posiciones políticas que no puedan ser debatidas en público y de manera libre, en el que el ciudadano se define como aquel que es capaz de dar y recibir razones, en el que la política, agonística y dialéctica, es también escuela ciudadana de deliberación, argumentación y persuasión. Es decir, la democracia deja de ser un mero ejercicio de girar un cheque en blanco cada tanto y sentarse a esperar lo que hará con este su portador. En dicho proceso, como advierte el sociólogo Ignacio Sánchez-Cuenca, el voto es un modo de ¿averiguar el número de apoyos que tiene cada opción¿ y cobra sentido porque hay un cierto grado de incertidumbre en la raíz del sistema y el juego de las mayorías es, por definición, cambiante (Sánchez-Cuenca 2010, p. 61).<sup>51[51]</sup>.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

Podemos condensar lo hasta aquí expuesto en la siguiente afirmación: Quien interpreta la Constitución es quien tiene el poder de decidir *qué es* la Constitución. En consecuencia, en virtud de lo dispuesto en la Carta Política y en desarrollo de los principios de soberanía popular (artículo 3º) y de democracia participativa (artículo 1º), los derechos a la igualdad (artículo 13) y la participación de los ciudadanos en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40), entre otros, podemos afirmar que es el pueblo quien tiene la última palabra en los asuntos constitucionales, que son, en definitiva, asuntos de poder. Esta afirmación contrasta con lo que se ha tratado de imponer desde la academia que pretende hacer del derecho constitucional un derecho de élites y que no ocultan su incomodidad con la democracia, como diría Roberto Unger es este uno de los oscuros secretos de la teoría del derecho contemporáneo. En este sentido, este referendo retoma ese principio de soberanía popular reiterado en las aulas pero tan desconocido en la práctica, según el cual, debe ser el pueblo quien tenga la última palabra en los asuntos constitucionales, mediante procesos populares de decisión que permitan que las minorías cuenten con las garantías necesarias para participar en la política y en las decisiones constitucionales que les atañen.

El Congreso de la República no puede negar estos hechos, toda vez que de su correspondencia con la voluntad popular depende su legitimidad como poder constituido. La exigencia del soberano por ser escuchado es innegable, y constituye un mandato político claro. En una democracia participativa el Congreso de la República constituye un cuerpo legislativo cuyos integrantes tienen el deber de ser voceros de la voluntad popular y de acatar el mandato imperativo de sus electores, a diferencia de la democracia representativa, en la cual los funcionarios públicos representan a la Nación entera y no a sus electores<sup>52</sup>.

Resolver una discusión de tan alta importancia por los canales democráticos es de vital importancia para la construcción de un país en paz. Desconocer la voluntad popular, alejar al ciudadano del ejercicio del poder, e ignorar la petición de los ciudadanos de ser escuchados sería un gravísimo error. El referendo es un mecanismo que permite la discusión en franca lid, abierta y

---

<sup>51[51]</sup> Ibídem.



**INFORMACIÓN & SOLUCIONES**

pública, de las distintas visiones sobre el futuro de una sociedad. No hay razón para negarle al pueblo su derecho a ser escuchado y decidir sobre los asuntos que afectan su destino.

#### V. PLIEGO DE MODIFICACIONES

<b>TEXTO PROPUESTO POR LOS AUTORES</b>	<b>TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE</b>	<b>MODIFICACIONES PROPUESTAS</b>
<p><b>Proyecto de ley número 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer.</b></p> <p><b>El Congreso de Colombia DECRETA:</b></p>	<p>Igual</p>	
<p><b>Artículo 1°. Convocatoria.</b> Convócase al pueblo colombiano para que en desarrollo de lo previsto en los artículos 374 y 378 de la Constitución Política, mediante referendo, decida si aprueba el siguiente proyecto de acto legislativo.</p> <p><b>Proyecto de Acto Legislativo el pueblo de Colombia DECRETA:</b></p> <p><b>Artículo 1°.</b> El artículo 44 de la Constitución Política tendrá un parágrafo adicional que quedará así:</p> <p><b>¿Parágrafo.</b> La adopción es una medida de protección del</p>	<p><b>Artículo 1°. Convocatoria.</b> Convócase al pueblo colombiano para que en desarrollo de lo previsto en los artículos 374 y 378 de la Constitución Política, mediante referendo, decida si aprueba el siguiente proyecto de acto legislativo.</p> <p><b>Proyecto de Acto Legislativo el pueblo de Colombia DECRETA:</b></p> <p><b>Artículo 1°.</b> El artículo 44 de la Constitución Política tendrá un parágrafo adicional que quedará así:</p> <p><b>¿Parágrafo.</b> La adopción es una medida de protección del</p>	<p>El día 18 de febrero de 2015, en vigencia de la Ley 134 de 1994, se inscribió el Comité de Promotores del presente referendo constitucional. El artículo 41 de la citada ley establecía en el numeral 2 que el diseño de la tarjeta electoral para el referendo contendrá ¿las casillas para el SÍ, para el NO y para el voto en blanco?. Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-180-94. Posteriormente a la inscripción del comité, el día 06 de Junio se promulgó la Ley 1757 de 2015, <i>por la cual se dictan</i></p>

TEXTO PROPUESTO POR LOS AUTORES	TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE	MODIFICACIONES PROPUESTAS
<p>niño que busca garantizarle el derecho a tener una familia constituida por una pareja heterosexual en los términos explícitos del artículo 42 de esta Constitución, es decir, por un hombre y una mujer unidos entre sí en matrimonio o unión marital de hecho, con el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la ley. Aprueba Usted el anterior párrafo</p> <p>Sí: ( ) No: ( ) Voto en blanco: ( );</p>	<p>niño que busca garantizarle el derecho a tener una familia constituida por una pareja heterosexual en los términos explícitos del artículo 42 de esta Constitución, es decir, por un hombre y una mujer unidos entre sí en matrimonio o unión marital de hecho, con el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la ley. Aprueba Usted el anterior párrafo</p> <p>Sí: ( ) No: ( ) <del>Voto en blanco: ( );</del></p>	<p><i>disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática</i>, en cuyo artículo 37 señala respecto del contenido de la Tarjeta Electoral:</p> <p><b>¿Artículo 37. Contenido de la tarjeta electoral o del mecanismo electrónico de votación.</b> La tarjeta electoral o el mecanismo electrónico de votación que se emplee para los mecanismos de participación ciudadana deberá garantizar que se presente a los ciudadanos la posibilidad de manifestar libremente su decisión sobre la respectiva pregunta del plebiscito, referendo, revocatoria del mandato o consulta popular.;</p> <p><b>Artículo 38. Reglas especiales de la tarjeta electoral o del mecanismo electrónico de votación según mecanismo de participación.</b> Además de lo contemplado en el artículo anterior, se deben tener en cuenta para la tarjeta electoral o el mecanismo electrónico de votación de cada iniciativa de participación ciudadana los siguientes requisitos:</p> <p>a) Cuando aplique para el</p>



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

TEXTO PROPUESTO POR LOS AUTORES	TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE	MODIFICACIONES PROPUESTAS
		<p>referendo y este se refiera a un solo tema se contará con una casilla para el voto en bloque;</p>
		<p>b) No podrán ser objeto de consulta popular o plebiscito proyectos de articulado y las preguntas que se formulen al pueblo estarán redactadas en forma clara, de tal manera que puedan contestarse con un sí o un no;</p> <p>c) La tarjeta electoral o el mecanismo electrónico de votación para la consulta sobre la convocatoria a una asamblea constituyente deberá ser diseñado de tal forma que los electores puedan votar con un sí o un no la convocatoria y, separadamente, los temas que serán competencia de la Asamblea.</p> <p>El Comité de Promotores fue reconocido hasta el día 9 de junio de 2015 mediante Resolución número 5705 ¿por la cual se inscribe el Comité de Promotores y la Vocera de un Referendo Constitucional expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil¿.</p> <p>Teniendo en cuenta este tránsito normativo, resulta pertinente que con el proyecto de ley de convocatoria del referendo se</p>

TEXTO PROPUESTO POR LOS AUTORES	TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE	MODIFICACIONES PROPUESTAS
		<p>modifique el texto propuesto y se elimine la casilla ¿voto en blanco¿, con el propósito de dar cumplimiento a lo normado en la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación y lo ordenado por la Corte Constitucional en Sentencia C-150 de 2015, en relación con la protección de la libertad del elector y que la decisión de los ciudadanos sea absolutamente libre.</p>
	<p><b>Artículo 2º.</b> La presente ley rige a partir de su promulgación.</p>	

## VI. PROPOSICIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, de manera respetuosa solicito a la Comisión Primera del Senado de la República dar primer debate al **Proyecto de ley número 01 de 2016 Senado**, por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer, conforme al pliego de modificaciones propuesto.

De los honorables Senadores,

**CONSULTAR NOMBRE Y FIRMA EN ORIGINAL IMPRESO O EN FORMATO PDF**

## VII. TEXTO PROPUESTO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 01 DE 2016 SENADO



por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Convocatoria.* Convócase al pueblo colombiano para que en desarrollo de lo previsto en los artículos 374 y 378 de la Constitución Política, mediante referendo, decida si aprueba el siguiente proyecto de acto legislativo.

***¿Proyecto de Acto Legislativo***

***El pueblo de Colombia***

**DECRETA:**

**Artículo 1°.** *El artículo 44 de la Constitución Política tendrá un párrafo adicional que quedará así:*

**¿Párrafo.** *La adopción es una medida de protección del niño que busca garantizarle el derecho a tener una familia constituida por una pareja heterosexual en los términos explícitos del artículo 42 de esta Constitución, es decir, por un hombre y una mujer unidos entre sí en matrimonio o unión marital de hecho, con el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la ley.*

*Aprueba usted el anterior párrafo:*

*Sí: ( )*

*No: ( )¿.*

**Artículo 2°.** La presente ley rige a partir de su promulgación.

De los honorables Senadores,

**CONSULTAR NOMBRE Y FIRMA EN  
ORIGINAL IMPRESO O EN FORMATO  
PDF**

---

