

Sentencia C-683/15

Referencia: expediente D-10371

Demanda de inconstitucionalidad contra 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 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*.

Accionantes: Sergio Estrada Vélez y otros.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.- En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución, los ciudadanos Sergio Estrada Vélez, Karen Ramírez Arcila, Allan David Rodríguez Aristizábal, Carlos Andrés López Pineda, Alejandro Sánchez Hincapié, Eliana Arango Restrepo, Daniel Bermúdez Herrera, Juan Pablo Morales Calle, Juan José Arango Ruíz, Daniel Felipe Valencia Vásquez, Angie Katherine Valdés Arroyave, Alejandra Hincapié Montoya y Camila Andrea Mazo Mejía, integrantes de la Clínica Jurídica en Teoría General del Derecho de la Universidad de Medellín, demandaron 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”*, así como *“la interpretación inconstitucional realizada por autoridades administrativas”*. (Expediente D-10371).

2.- Simultáneamente, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, las ciudadanas Daniela Huertas Jiménez, Karen Natalia Castro Castro, Ángela María Garzón Bonilla (sin diligencia de presentación personal) y Daniela Fernanda Gamboa Gálvis, demandaron el artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006, *“por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”*. (Expediente D-10385).

3.- La Sala Plena de la Corte, en sesión del 24 de julio de dos mil catorce (2014), dispuso la acumulación del expediente D-10385 al expediente D-10371.

4.- Mediante auto del once (11) de agosto de dos mil catorce (2014) el magistrado sustanciador inadmitió las demandas por no haberse cumplido los requisitos contemplados en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. En virtud de lo anterior, se concedió el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación del auto inadmisorio, para que se procediera a corregir las demandas en los términos allí señalados.

5.- En relación con el **expediente D-10371** se recibió escrito de corrección integrando a la demanda el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*. En relación con el **expediente D-10385** no se recibió escrito alguno.

6.- Mediante auto del tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014) se admitió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra 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”*, así como contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”* (Expediente D-10371), y se rechazó la demanda del expediente D-10385.

En la misma providencia el Magistrado Sustanciador dispuso la fijación en lista del asunto y simultáneamente corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. Ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio de Interior, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Salud, al Fiscal General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y al Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE); así mismo, invitó a que emitieran su opinión sobre la demanda de la referencia a las facultades de derecho de las universidades de los Andes, de Antioquia, del Atlántico, del Norte, del Rosario, del Valle, de la Sabana, Externado de Colombia, Gran Colombia, Javeriana, Libre de Colombia, Nacional de Colombia, Pontificia Bolivariana, Sergio Arboleda y Santo Tomás; a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en Colombia, a la Comisión Colombiana de Juristas, al

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto de Estudios Sociales y Culturales de la Universidad Javeriana (Pensar), a la Corporación FEMM, a la organización Women's Link Worldwide, a la Corporación Prodiversia, a la organización Colombia Diversa, a la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana (Profamilia), a la Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño (CRAN), a la Asociación Colombiana de Juristas Católicos, a la Conferencia Episcopal de Colombia, a la Iglesia Episcopal en Colombia, a la Iglesia Evangélica Luterana de Colombia, a la Confederación de Comunidades Judías en Colombia, a la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días y a la Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo Internacional. Para ello se les envió copia de la demanda por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional.

7.- Mediante Auto 380 del 4 de diciembre de 2014 la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró que no eran pertinentes las recusaciones formuladas por el Procurador General de la Nación contra los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva.

8.- Durante el término de fijación en lista del proceso algunas universidades e instituciones públicas y privadas participaron exponiendo su posición jurídica en relación con las normas impugnadas. Sin embargo, la Corte consideró necesario contar con elementos de juicio adicionales. Para tal fin, mediante Auto del 24 de febrero de 2015, el magistrado sustanciador dispuso el traslado de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas dentro del expediente D-10315. En aquel asunto la Corte solicitó a las facultades de sociología, psicología, salud pública, ciencias de la salud y medicina de algunas universidades del país, así como al Ministerio de Educación, al Ministerio de Salud y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que presentaran un concepto científico en relación con el efecto que sobre los menores de edad podría tener el hecho de ser adoptados por parejas de un mismo sexo.

9.- Mediante Auto de la misma fecha, el Magistrado Sustanciador solicitó al Secretario General del Congreso de la República que certificara a la Corte Constitucional, allegando los soportes correspondientes, cuáles han sido las iniciativas y proyectos legislativos presentados y tramitados por esa Corporación en relación con: (i) los derechos y deberes de las parejas del mismo sexo y (ii) la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo, indicando cuál ha sido el resultado de dichas iniciativas.

También se solicitó al Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Colombia que ilustrara a la Corte Constitucional en los siguientes aspectos: (i) cuáles son los estándares internacionales de derechos humanos relativos al interés superior del menor y su adopción por parejas del mismo sexo; (ii) si disponen de estudios empíricos en relación con los efectos que para el desarrollo integral de un menor puede tener el hecho de ser adoptado por parejas de un mismo sexo; y (iii) cuál es la postura institucional al respecto.

10.- Mediante auto del 5 de marzo de 2015, el Magistrado Sustanciador dispuso correr traslado del material probatorio al Procurador General de la Nación, por el término de 3 días, para que allegara las consideraciones que estimara pertinentes, las cuales se reseñan en el acápite correspondiente.

11.- Mediante autos 516, 517, 18 y 518A del 4 de noviembre de 2015, la Sala Plena desestimó las recusaciones formuladas contra varios magistrados de la corporación, así como otras peticiones de nulidad elevadas por algunos ciudadanos.

12.- Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el decreto ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben las normas impugnadas y se subrayan los apartes acusados:

*“LEY 1098 DE 2006
Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia
(...)”*

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.

2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.

3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.

4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140 del Código Civil.

*5. Si el adoptante es el 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 en su familia.
(...)*

ARTÍCULO 66. DEL CONSENTIMIENTO. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

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.**

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

(...)

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:

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
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.
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 por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

PARÁGRAFO 1o. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

PARÁGRAFO 2o Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores”.

“LEY 54 DE 1990

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

(...)

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

III. LA DEMANDA

1.- Los ciudadanos demandantes, quienes hacen parte de la Clínica Jurídica en Teoría General del Derecho de la Universidad de Medellín, consideran que las expresiones impugnadas vulneran los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, la Convención sobre los derechos del niño (Preámbulo, artículos 2, 3 y 21), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10). También acusan “*la interpretación inconstitucional realizada por autoridades administrativas*” de esas mismas normas.

2.- De manera introductoria precisan que la demanda de inconstitucionalidad que dio origen al proceso D-10315¹, “*hace especial énfasis en el derecho de las parejas homosexuales a ser tratadas en igualdad de condiciones*”, ante lo cual no tienen reparo alguno, “*pero no hace una detallada mención al interés prevalente del menor representado en su derecho a tener una familia, el que se considera debe ser el principal objeto de protección por ser un derecho prevalente sobre los derechos de los demás*”, referido en el artículo 44 de la Constitución.

Añaden que aquella demanda “*no posee un análisis detallado en relación con la adopción como principal mecanismo de protección de los niños, niñas y adolescentes*”, por cuanto esta “*no puede verse como el medio de protección de la igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales sino (...) como el principal mecanismo de protección del niño, niña y adolescente a tener una familia*”.

A continuación indican que “*la acción admitida [expediente D-10315] omite hacer mención a importantes cargos de impugnación soportados en normas del bloque de constitucionalidad que buscan proteger los derechos de las niñas, niñas y adolescentes (...) en las que se reconoce claramente la obligación de respetar el derecho de los niños a tener una familia, la imposibilidad de discriminación de los niños en razón al sexo de los padres, la obligación de procurar por la protección del interés prevalente de los niños, etc.*”. En tal sentido destacan que la Convención sobre los derechos del niño (arts. 1, 3 y 21), el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 10), así como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art.24), reconocen la protección al interés superior del menor.

Explican que, a diferencia de la presente demanda, la anterior no hace mención al control de las interpretaciones inconstitucionales efectuadas por las autoridades administrativas, como ocurre en el caso específico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

3.- Señalan que todos los apartes demandados infringen la Carta Política y las normas del bloque de constitucionalidad de tres maneras: (i) vulneran la

¹ Asunto que fue resuelto mediante Sentencia C-071 del 18 de febrero de 2015.

igualdad por falta de protección al interés prevalente del menor en situación de adoptabilidad, representado en su derecho fundamental a tener una familia; (ii) incurren en una omisión legislativa relativa que desconoce la igualdad, el interés prevalente del menor en los procesos de adopción y el derecho a tener una familia; y (iii) han dado lugar a una interpretación inconstitucional generalizada que debe ser sometida a control constitucional.

3.1.- En primer lugar, advierten que se vulnera la igualdad ya que se omite proteger el interés prevalente del menor en situación de adoptabilidad, representado en su derecho fundamental a tener una familia. Añaden que ese derecho hace parte del interés superior del menor, donde la adopción es el principal mecanismo de protección. Sobre esa base se preguntan lo siguiente: *“¿Si los niños huérfanos son titulares del derecho fundamental a una familia y pueden ejercerlo a través de la adopción solicitada por una pareja heterosexual, existe alguna razón que impida que puedan ser igualmente adoptados por parejas homoparentales, máxime cuando estas constituyen familia según la sentencia C-577 de 2011?”*.

Como respuesta al anterior interrogante los demandantes sostienen que *“no existen condiciones especiales que permitan afirmar que un niño huérfano adoptado por una pareja heterosexual está en condiciones diferentes a aquel niño que va a ser adoptado por una pareja del mismo sexo. Las circunstancias de abandono, la necesidad de afecto, de educación, la carencia de un núcleo familiar, son comunes a todo niño huérfano”*.

Afirman que todos los niños huérfanos se encuentran en igualdad de condiciones, de manera que no existe en el ordenamiento jurídico ningún criterio que justifique de manera razonada el reconocimiento para unos del derecho a tener una familia y la omisión para otros de poder acceder a ella a través de una familia homoparental.

Apoyados en el análisis a partir del test de proporcionalidad, pretenden demostrar que no existe un criterio razonable para restringir los derechos de los menores a tener una familia. Al respecto:

- Opinan que la adopción por parejas del mismo sexo es adecuada para proteger el derecho de los niños, por cuanto aquellas parejas pueden conformar uno de los tipos de familia constitucionalmente reconocida a partir de la Sentencia C-577 de 2011. Según sus palabras, *“la adopción, sea por parte de parejas de diverso o de igual sexo, se erige en un medio adecuado para la protección de ese derecho fundamental”*.

- Sostienen que la adopción de menores por parejas homoparentales es una medida necesaria dirigida a proteger el interés prevalente de los niños en situación de orfandad, así como a fortalecer las relaciones paterno-filiales. En este sentido dan cuenta de algunas normas que regulan los derechos y obligaciones entre padres e hijos, a saber: código de la infancia y la adolescencia (arts. 275 y 293), ley 100 de 1993 (arts. 47, 151 y 163), código

sustantivo del trabajo (arts. 275 y 293), ley 50 de 1990 (art.102), régimen de subsidio familiar (arts. 27 y 28), código de procedimiento penal (arts. 8, 56, 68, 282, 303 y 385), régimen de patrimonio de familia inembargable (arts. 4, 7, 23 y 28), código civil (arts. 172, 250, 251, 252, 260, 262, 263, 266, 288, 304, 411, 1040, 1045, 1046 y 1240).

Con la advertencia de que la adopción es por esencia el principal mecanismo de protección al niño huérfano, aseguran que *“si el objetivo de nuestro ordenamiento jurídico y de la normativa internacional es la efectiva protección del interés prevalente de los niños, niñas y adolescentes representado en su derecho fundamental a tener una familia, negarles la posibilidad de que sean adoptados por una pareja homosexual implica una violación de los derechos y obligaciones arriba mencionados y una infracción de la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad”*.

- Finalmente, consideran que restringir el derecho fundamental del menor a tener un solo tipo de familia, la heterosexual, resulta desproporcionado para la satisfacción de sus derechos, puesto que si ya se ha reconocido que las parejas del mismo sexo pueden constituir familia, *“no hay razón lógica ni jurídica que explique una eventual negación del derecho del menor a tenerla”*. Aclaran que la condición de padres o madres de familia no está condicionada al género, en la medida en que *“tanto amor, cuidado, apoyo, educación y demás aspectos relacionados con la crianza de un niño, pueden ser suministrados por padres heterosexuales como por padres homosexuales”*.

Desde otra perspectiva, también alegan la afectación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación contra las parejas del mismo sexo, en especial luego de su reconocimiento constitucional como familia en la Sentencia C-577 de 2011.

3.2.- En segundo lugar, los demandantes afirman que existe una omisión legislativa relativa que desconoce la igualdad, el interés prevalente del menor en los procesos de adopción y el derecho a tener una familia.

Previo a abordar el análisis desde esta perspectiva, señalan que si las parejas del mismo sexo pueden constituir familia y los menores tienen el derecho fundamental a ella, en virtud del interés superior del menor no existe razón para impedir que puedan ser adoptados por parejas del mismo sexo. Dejan en claro que si bien es cierto que existe una violación del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, *“esta acción está dirigida a promover el derecho fundamental de las niñas, niños y adolescentes a tener una familia, que es prevalente sobre los derechos de los demás (art. 44 CP)”*. Sobre el particular:

- Indican que las normas respecto de las cuales se predica la omisión son precisamente las disposiciones impugnadas (arts. 64, 66 y 68, numerales 3º y 5º), que no consagran un régimen en el que se regule la adopción de menores por parejas del mismo sexo.

- Argumentan que estas normas excluyen de sus consecuencias la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo, con lo cual se afecta el interés prevalente del menor, representado en su derecho fundamental a tener una familia (art. 44 CP). De acuerdo con los demandantes, *“si la adopción se entiende como la principal medida de protección del menor y mecanismo que trata de hacer eficaz su garantía constitucional y fundamental a tener una familia, se debe resolver el presente problema constitucional dentro de los criterios de protección del menor y no solo a partir de la protección de las parejas del mismo sexo”*. Añaden que en esas condiciones la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar, más allá de un tratamiento desigual a las parejas homosexuales frente a las heterosexuales, termina generando *“un preocupante déficit de protección al derecho de los menores a tener una familia”*. Al respecto indican:

“Cuando la ley establece que las parejas heterosexuales pueden adoptar o que uno de los miembros de la pareja puede adoptar al hijo de la otra, está excluyendo estas posibilidades: que las parejas del mismo sexo puedan adoptar hijos y que los niños, las niñas y los adolescentes puedan ejercer eficazmente su derecho a tener una familia sea o no esta homoparental, lo que termina generando, más allá de un tratamiento desigual a las parejas homosexuales frente a las heterosexuales, un preocupante déficit de protección al derecho de los menores a tener una familia. (...)”

La inexistencia de ese supuesto infringe en la actualidad el derecho a la igualdad en los dos frentes ya analizados en el cargo primero de esta acción: como el derecho de las parejas del mismo sexo a aumentar cualitativa y cuantitativamente la familia y como el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la protección de su interés prevalente representado en el derecho fundamental a tener una familia”.

- A continuación opinan que dicha exclusión no obedece a una razón objetiva y suficiente, de manera que negar la posibilidad de que los menores sean adoptados por parejas del mismo sexo *“representaría una grave infracción no sólo del derecho a la igualdad sino, más grave aún (en atención al carácter prevalente), su derecho a tener una familia”*.

Insisten en que todo lo relacionado con la adopción debe ser interpretado principalmente en clave de protección de los derechos de los niños y no como una facultad a favor de las parejas del mismo sexo. Según sus palabras, *“no será lo mismo analizar la posibilidad de la adopción como derecho de los homosexuales (derecho a adoptar que no es fundamental), al estudio de la adopción como derecho de los menores a tener una familia (el que sin duda es un derecho fundamental)”*.

- En concordancia con lo anterior, continúan, la falta de una razón objetiva y suficiente para negar a los menores la posibilidad de ser adoptados por parejas del mismo sexo conlleva la violación de los artículos 13, 42 y 44 de la Carta,

porque con fundamento en esas normas el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha negado este tipo de adopciones.

- Por último, aseguran, la omisión reprochada conlleva el incumplimiento de un deber constitucional del Legislador, consistente en promover y garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y con ello la realización de su interés superior. Luego de hacer referencia a la Sentencia C-577 de 2011, los demandantes se preguntan “¿cuál hubiera sido el deber del legislador de haber tenido conocimiento, al momento de la expedición de la ley 1098 de 2006, de que las parejas del mismo sexo constituían familia?”. A lo cual responden lo siguiente:

“Sin duda, como consecuencia de la incorporación de una noción amplia de familia, hubiera tenido que adicionar los artículos hoy denunciados incorporando un supuesto de hecho que permitiera superar la inconstitucionalidad derivada de un tratamiento desigual. // Bajo los supuestos anteriores es menester que el órgano legislativo promueva mediante acciones legislativas el derecho de todos los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y con ello la realización del interés superior de ellos, pero en atención a que la ley no contempla dicho supuesto, se configura claramente la denominada omisión legislativa relativa”.

Precisan que el régimen de adopción regulado en las normas parcialmente acusadas de la Ley 1098 de 2006 está diseñado para parejas heterosexuales y no contempla la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar.

3.3.- Finalmente, en tercer lugar, los ciudadanos acusan “la existencia de una interpretación inconstitucional generalizada en el sector administrativo”. Recuerdan que la Corte ha aceptado la posibilidad de someter a control constitucional las interpretaciones institucionales (judiciales o administrativas) que riñan con el estatuto superior y con las decisiones del tribunal constitucional (Auto 196 de 2005, Sentencias C-802 de 2008 y C-842 de 2010). Con esa premisa, sostienen que la interpretación que de la Ley 1098 de 2006 han efectuado el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y la Procuraduría General de la Nación no solo va en contravía del sentido fijado por la jurisprudencia constitucional, sino que infringe importantísimos derechos fundamentales como la igualdad y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia.

En el escrito de corrección de demanda explican que “las mismas razones que existen para controlar las interpretaciones de la ley realizadas de manera generalizada por los jueces, se pueden extender a las interpretaciones de la ley realizadas por funcionarios administrativos”.

- Afirman que en la Sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional estableció con claridad que las parejas del mismo sexo conforma familia; y

que pese a que no abordó un examen relacionado con la adopción por parejas del mismo sexo, esta es una consecuencia lógica e inexorable derivada de dicho pronunciamiento, porque el derecho de los menores es a tener una familia, entre las cuales está reconocida aquella integrada por parejas del mismo sexo.

- Describen que el ICBF (en cinco ocasiones) y la Procuraduría General de la Nación (al menos en un caso) han interpretado que las normas acusadas de la Ley 1098 de 2006 excluyen de la adopción de menores a las parejas del mismo sexo, lo cual contradice el alcance que del artículo 42 de la Constitución fijó la Corte en la Sentencia C-577 de 2011. Reseñan cada uno de esos eventos y adjuntan la respuesta a dos derechos de petición presentados al ICBF por la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, que en su sentir *“ponen en evidencia la existencia de una interpretación administrativa inconstitucional”*.

- Concluyen que la posición de esas entidades infringe las garantías constitucionales y particularmente el deber de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia.

4.- La formulación de los anteriores cargos de inconstitucionalidad se acompaña de un análisis específico respecto de cada una de las normas parcialmente acusadas, las cuales giran en torno a la problemática descrita: vulneración de los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, así como de los instrumentos internacionales indicados.

5.- Con fundamento en lo anterior, los demandantes solicitan a esta corporación que *“se declare la inconstitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 numerales 3 y 5 en sus apartes demandados, así como la inconstitucionalidad de la interpretación del régimen de adopción realizada por la máxima autoridad administrativa encargada de la protección del interés prevalente del menor”*. En consecuencia, piden emitir una sentencia aditiva, *“en el sentido de que se deben incorporar al texto los enunciados acusados de inconstitucionalidad las expresiones necesarias dirigidas a superar dicha omisión (legislativa), sentencia dirigida a que en el régimen de adopción se debe entender que también pueden adoptar, en protección al interés prevalente del menor representado en su derecho fundamental a tener una familia, las parejas del mismo sexo, en la medida que éstas constituyen familia”*.

IV. INTERVENCIONES

1.- Ministerio de Salud y Protección Social

La apoderada judicial del Ministerio de Salud y Protección Social presenta los resultados de la literatura existente sobre la afectación del bienestar de los menores de edad adoptados o criados por parejas del mismo sexo. Para ello, se remite al concepto enviado en el marco del proceso D-10315.

En dicho concepto el Ministerio pone de presente a la Corte que ***“no existe evidencia de que la adopción por parejas del mismo sexo genere riesgo para la salud física o mental de los menores”***. Explica que *“la literatura relevante sobre la materia indica que no existen riesgos para la salud o el bienestar de los menores de edad derivados de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Por el contrario, la orientación sexual de los padres es, en general, indiferente para el desarrollo cognitivo y social de los menores. Adicionalmente, en muchos casos –como en la adopción de menores de alto riesgo- puede contribuir a su bienestar”*.

Añade que de acuerdo con la Academia Americana de Pediatría², *“la literatura disponible en más de 30 años de investigación, indica que no existen efectos en la salud y el bienestar de los menores derivados de la orientación sexual de sus padres”*. Aclara que el bienestar de los menores se ve más afectado por otros aspectos como la ausencia de soporte social y económico en la familia, o las malas relaciones entre menores y padres, *“las cuales nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres”*.

Precisa que según esa misma literatura, *“los menores sufren mayor afectación en su bienestar por las disparidades legales y el estigma que puede derivarse de normatividades restrictivas para las parejas del mismo sexo”*. Refuerza esta parte de la intervención con la investigación realizada por la Facultad de Educación de la Universidad de Ámsterdam en relación con los estudios empíricos publicados entre 1978 y 2003³. Justamente por ello, continúa, *“la Academia Americana de Pediatría ha sugerido en varias oportunidades que el bienestar de los menores de edad se beneficiaría de la legalización de los matrimonios de parejas del mismo sexo y la adopción de parejas dispuestas y capaces para esa tarea, independientemente de su orientación sexual”*.

Concordante con lo anterior, recuerda que en otro meta análisis de la literatura existente, llevado a cabo por la Facultad de Psicología de la Universidad de Birkebeck⁴, se concluyó que los procesos de ajuste en el desarrollo de los niños eran similares para menores con padres homosexuales y con padres heterosexuales. Igualmente, destaca que otro estudio elaborado por la Universidad de California encontró que la adopción por parejas del mismo sexo contribuye a mejorar el bienestar de los menores tanto como la adopción por parejas heterosexuales⁵.

² American Academy of Pediatrics. Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health. Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian. Pediatrics 2013 Apr; 131(4):e1374-83. doi: 10.1542/peds.2013-0377. Epub 2013 Mar 20. Cita de la intervención.

³ Bos HML, van Balen F, van den Boom DC. Lesbian families and family functioning: an overview. Patient Educ. Couns. 2005 Dec; 59(3):263-75.

⁴ Tasker F. Lesbian mothers, gay fathers, and their children: a review. J Dev Behav Pediatr. 2005. Jun; 26(3):224-40.

⁵ Lavner JA1, Waterman J, Peplau LA. Can gay and lesbian parents promote healthy development in high-risk children adopted from foster care? Am J Orthopsychiatry. 2012 Oct;82(4):465-72. doi:10.1111/j.1939-0025.2012.01176.x

El Ministerio aclara que las anteriores *“son conclusiones recurrente y relativamente pacíficas en los estudios clínicos y no clínicos y los metanálisis en la materia”*⁶. Por el contrario, asegura, *“no existe evidencia independiente y de buena calidad que indique que pueden existir riesgos para la salud y el bienestar de los menores de edad derivada de la adopción o crianza por parejas del mismo sexo”*. Con fundamento en todo lo anterior concluye:

“1.- No se han identificado riesgos para la salud y el bienestar de los menores de edad derivada de la adopción de parejas del mismo sexo. El desarrollo cognitivo y emocional de los menores de edad es similar en parejas heterosexuales y homosexuales.

2.- El único factor diferenciador en el bienestar de menores adoptados o criados por parejas del mismo sexo está en el estrés y las dificultades que pueden causar las restricciones legales y el estigma.

3.- 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”.

2.- Fiscalía General de la Nación

El Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, profesor Javier Hernán Tovar Maldonado, ajunta la intervención radicada en el proceso D-10315 e insiste en su solicitud de declarar la exequibilidad de las expresiones *“cónyuge”* y *“compañero permanente”*, contenidas en los artículos 64, 66 y 68 la Ley 1098 de 2006, *“siempre y cuando se entienda que ellas comprenden al cónyuge o al compañero permanente del mismo sexo”*.

La intervención se estructura en cinco (5) apartados. En el primero se refiere al interés superior de los menores y el déficit de protección en el que se encuentran, *“toda vez que el ordenamiento jurídico colombiano no garantiza que parejas del mismo sexo puedan solicitar su adopción”*. Luego de explicar su alcance constitucional de acuerdo con la jurisprudencia, recuerda que el Estado es el principal llamado a proteger a los niños y niñas, una de cuyas acciones consiste en garantizar el derecho a tener una familia idónea, especialmente a quienes carecen de ella y se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad. Recuerda que la jurisprudencia (sentencia T-276 de 2012) ha venido aclarando que la orientación sexual diversa es legítima y por tanto está

⁶ Al respecto el interviniente señala lo siguiente: “Con conclusiones en el mismo sentido ver; Hunfeld JA. ChiW development and quality of parenting in lesbian families: no psychosocial indications for a-priori withholding of infertility treatment. A systematic review. Hum Reprod Update. 2002 Nov-Dec;8(6):579-90., Fauser BC, de Beaufort ID, Passchier JP; Scand J Psychol. 2002 Sep;43(4):335-51; Anderssen N1, Amlie C, Ytteroy EA. Outcomes for children with lesbian or gay parents. A review of studies from 1978 to 2000. Pediatr Rev. 1994 Sep;15(9):354-8; quiz 358; Gold MA1, Perrin EC, Futterman D, Friedman SB. Children of gay or lesbian parents; Patterson CJ Children of lesbian and gay parents. Child Dev. 1992 Oct;63(5):1025-42

protegida constitucionalmente, de modo que *“no puede ser asumida, en sí misma, como un riesgo para el interés superior de los menores”*.

Destaca que el estándar internacional fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el caso de Atala Riffo e hijas vs. Chile) es claro en señalar que el interés superior del menor no entra en contradicción con la orientación sexual de los padres ni representa un riesgo para el niño o la niña, y por el contrario *“una interpretación en este sentido sería discriminatoria y restringiría los derechos y garantías procesales de los niños, niñas y sus padres y madres”*.

En el segundo apartado examina lo relativo a la adopción en el ordenamiento jurídico colombiano y su neutralidad en materia de orientación sexual. Describe cuáles son las reglas y condiciones generales para adoptar fijadas por la Ley 1098 de 2006, concebida como medida de restablecimiento de los derechos de los menores, donde no se indaga sobre la orientación sexual de la persona, ni mucho menos sobre su heterosexualidad.

En cuanto al requisito de idoneidad, pone de presente que los lineamientos trazados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar evalúan las condiciones físicas, mentales, sociales y morales, donde estas últimas no pueden ser analizadas desde la perspectiva de las personales convicciones éticas o religiosas, sino tomando en cuenta la noción de moral pública o social. Así, añade, se entiende como no idónea aquella persona que vive en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia o los atentados a la dignidad humana⁷.

En la misma dirección, continúa el interviniente, la jurisprudencia constitucional ha advertido que la orientación sexual nunca puede determinar que una persona no es idónea para formar una relación paterno filial con un menor. Según su criterio, en el caso de la adopción conjunta (por cónyuges o compañeros permanentes) operan los mismos requisitos generales y de idoneidad que se prevén para las adopciones individuales, de manera que la orientación sexual no resulta relevante.

En tercer lugar, el Fiscal General aborda lo concerniente al régimen constitucional de la familia como institución básica de la sociedad, la prohibición de discriminación por motivos de origen familiar, la intimidad personal y el derecho a la no incriminación entre sus integrantes. Destaca que en el caso de los niños la familia es un derecho fundamental, en tanto ninguna otra institución puede suplir su importancia para la formación integral, según lo estipulan también varios instrumentos internacionales de derechos humanos.

Seguidamente explica que la familia es una realidad sociológica antes que jurídica, *“razón por la cual no es el ordenamiento jurídico el que reconoce la*

⁷ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *“Lineamiento técnico para adopciones en Colombia”*. Resolución 3748 de 2010.

existencia de ciertos tipos familiares, sino la familia quien exige que la sociedad y el Estado sirvan a su bienestar y aseguren su conservación". Precisa que la Constitución pone en pie de igualdad todas las formas de familia, entre las que destaca las monoparentales, las de crianza y las ensambladas.

Se refiere al reconocimiento legal del vínculo entre las parejas del mismo sexo, que va más allá de las uniones de hecho según lo dispuesto en la sentencia C-577 de 2011 y que, a su juicio, a partir del año 2013 permite las uniones bajo la opción del matrimonio por ser esta la mejor forma de garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo y superar el déficit de protección en el que se encuentran.

Finalmente, en el cuarto apartado, sostiene que *"la interpretación restrictiva de las normas demandadas, en el sentido de excluir de los trámites de la adopción conjunta y consentida a las parejas homosexuales, tiene graves consecuencias en el ámbito penal ya que impide proteger a los niños y a la familia como intereses superiores del Estado"*. Aclara que a pesar de que la redacción de las normas acusadas es fundamentalmente neutra y no excluye que se entienda de su natural sentido la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, la Fiscalía considera necesario un pronunciamiento de la Corte Constitucional con el fin de *"dar autoridad a una interpretación no restrictiva de esas normas"*. Sostiene que ello es imperioso porque de otro modo podrían no reconocerse los vínculos 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"*, lo que impediría, a su vez, aplicar adecuadamente algunas normas penales que buscan proteger a la familia, los niños y la sociedad en general. En concreto se refiere a ciertas garantías procesales (no incriminación de la familia, causales de impedimento, excepción al deber de presentar denuncia o testimonio, medidas especiales de protección, entre otras), a las circunstancias de agravación y exclusión de la pena por parentesco civil (cuando constituyen mecanismos de especial protección a la familia), así como a la tipificación de ciertos delitos encaminados a la protección de la familia y de los menores.

3.- Defensoría del Pueblo

El Defensor del Pueblo reitera la posición expuesta dentro del expediente D-10315. Solicita a la Corte (i) declararse **inhibida** respecto del artículo 1º de la ley 54 de 1990 y (ii) declarar la **constitucionalidad condicionada** de los artículos acusados de la ley 1098 de 2006, *"en el entendido que, siempre que se refieran a compañeros permanentes o a hombre y mujer, incluye también a las parejas de personas del mismos sexo"*.

La posición institucional de la defensoría es que no permitir la adopción por parte de parejas del mismo sexo contraría el principio del interés superior del menor e impide que los niños y las niñas ejerzan sus derechos fundamentales a

tener una familia y a no ser separados de ella, optimizando sus condiciones materiales de dignidad y una mejor calidad de vida.

En relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, modificado por la Ley 979 de 2005, opina que existe cosa juzgada constitucional derivada de la sentencia C-075 de 2007, que declaró su exequibilidad condicionada *“en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”*. Por lo tanto, añade, al existir identidad de norma acusada, perseguirse el mismo fin y fundarse la demanda en los mismos argumentos que condujeron a la sentencia C-075 de 2007, entiende que existe cosa juzgada formal y por tanto la Corte debe inhibirse de emitir un fallo de fondo.

Por el contrario, respecto de la demanda contra la Ley 1098 de 2006 considera que no existe cosa juzgada, ni formal ni material. De una parte, porque no existe identidad entre las normas que fueron analizadas en la Sentencia C-814 de 2001 (Código del menor) y las acusadas en esta oportunidad (Código de la infancia y la adolescencia); y de otro, porque *“existe un cambio determinante en la jurisprudencia que hace necesaria la interpretación de las normas acusadas de forma acorde con esta y por tanto con los avances en el reconocimiento que ha realizado la misma frente a los derechos de las parejas del mismo sexo”*.

Aclara que a pesar de que el tenor literal de las normas acusadas no excluye de la adopción a las parejas del mismo sexo, ello no implica que la Corte no deba pronunciarse sobre su alcance e interpretación, sobre todo teniendo en cuenta la discriminación histórica que ha padecido este grupo poblacional.

En cuanto al fondo de la controversia, la Defensoría del Pueblo es categórica en señalar que las parejas del mismo sexo constituyen familia y en consecuencia les asisten los mismos derechos establecidos para las parejas heterosexuales en relación con la posibilidad de adoptar. Se apoya para ello en las Sentencias C-075 de 2007, T-856 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, T-1241 de 2008, C-029 de 2009 y, especialmente, C-577 de 2011.

Mediante un test estricto de proporcionalidad, considera que *“la existencia de un tratamiento diferenciado entre parejas del mismo sexo y parejas de sexo diferente en relación con la adopción, no tiene justificación constitucional”*. Afirma que negar a las parejas del mismo sexo la posibilidad de adoptar no persigue un fin válido a la luz de la Constitución de 1991, en la medida en que esta protege todos los tipos de familia y prohíbe la desprotección a causa de la orientación sexual. Adicionalmente, observa que en nada se compromete el interés superior de los menores, como lo demuestra la revisión de varios estudios calificados sobre el tema que fueron recogidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, donde se concluyó que *“una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”*.

4.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar presenta similares argumentos a los expuestos en su intervención dentro del proceso D-10315 y solicita a la Corte emitir un fallo **inhibitorio** y subsidiariamente declarar la **exequibilidad** de las normas acusadas.

En primer lugar, frente a la transgresión del derecho a la igualdad, asegura que las razones de inconstitucionalidad que presentan los accionantes no son suficientes en tanto se limitan a exponer que los niños, niñas y adolescentes huérfanos en situación de adoptabilidad se encuentran en igualdad de condiciones en relación con el derecho a tener una familia y que por tanto, pueden ser adoptados por parejas heterosexuales u homosexuales, sin que medie distinción alguna. A su juicio, la demanda no es clara en identificar los supuestos fácticos y jurídicos que hacen asimilables las dos situaciones que se comparan, ni los motivos que permitirían exigir idéntico trato normativo.

En esa medida, considera que la ausencia de cargos de inconstitucionalidad por la supuesta vulneración del derecho a la igualdad de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia le impone a la Corte la necesidad de proferir una decisión inhibitoria por ineptitud sustancial de la demanda.

Así mismo, estima que los argumentos presentados para sustentar la existencia de una omisión legislativa son insuficientes ya que era indispensable demostrar por qué razón las parejas del mismo sexo son asimilables a las conformadas a través del vínculo matrimonial o como compañeros permanentes heterosexuales. Según sus palabras, *“el accionante no logra demostrar que el ejercicio de la adopción por parte de las parejas que conforman unión marital de hecho o matrimonio sean casos asimilables a los que deban subsumirse en las mismas condiciones a las parejas homosexuales”*, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia ha aceptado que no necesariamente unas y otras parejas deben recibir el mismo trato jurídico (Sentencias C-075 de 2007 y C-577 de 2011).

Por otro lado, alega la existencia de cosa juzgada derivada de la sentencia C-814 de 2001, sin que la sentencia C-577 de 2011 haya alterado el parámetro de control constitucional en relación con la figura de la adopción.

En cuanto al examen de fondo, recuerda que en la sentencia C-075 de 2007 la Corte solo amplió la protección de las uniones de hecho a las parejas del mismo sexo en cuanto a la conformación de la sociedad patrimonial, *“motivo por el cual no es posible bajo el marco jurídico vigente (...) aplicar a las parejas del mismo sexo lo dispuesto en los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006”*. Concluye que es el Congreso de la República el foro democrático en el que deben ventilarse las eventuales falencias en las reglas de adopción, siempre teniendo como norte el interés superior del menor.

5.- Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-

El director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE- informa que a esa entidad *“no le ha sido asignada la planeación, levantamiento, procesamiento, análisis y difusión de estadísticas que permita identificar: el impacto psicosocial que se genera en niños, niñas y/o adolescentes que conviven con personas homosexuales; la orientación sexual que asuman niños, niñas y/o adolescentes en razón a su convivencia familiar con parejas homosexuales; el interés de familias homoparentales en adoptar niños, niñas y/o adolescentes o cualquiera otra información relacionada”*.

Sin embargo, aclara que *“una vez definido y planteado el problema que se pretenda resolver a través de información estadística en relación con la adopción de niños, niñas y/o adolescentes por parte de familias homoparentales, bien sea que responda a políticas públicas o a intereses particulares de los usuarios, el DANE está dispuesto a establecer las temáticas o áreas específicas a las que la operación estadística puede dar alcance y el tipo de necesidades de información que con ella se cubra y por supuesto a llevar a cabo el proceso estadístico, con la precisión de que el desarrollo de nuestras actividades misionales depende del presupuesto que nos sea asignado para tales fines”*.

6.- Universidad Libre

A juicio del interviniente de la Universidad Libre, es necesario que la Corte Constitucional declare la **exequibilidad condicionada** de las normas demandadas, *“en el entendido de que cuando se habla de cónyuge o compañero permanente dentro de dicha calificación jurídica se deben entender incluidos los contrayentes por contratos solemnes de parejas del mismo sexo, o por otro lado, aquellos compañeros permanentes de uniones de parejas del mismo sexo y por lo tanto, se debe permitir ejercer su capacidad como familia de solicitar adopción de un menor de edad, ya no como personas individuales sino como familia legal y constitucionalmente protegida”*.

Precisa que el concepto de familia constitucionalmente amparado fue replanteado en la Sentencia C-577 de 2011, para incluir aquellas conformadas por parejas del mismo sexo. En su criterio, actualmente existe una omisión al no haberse legislado de manera sistemática sobre sus derechos, por lo que, en forma análoga, *“se deben entender y declarar aplicables al contrato solemne de parejas o familias del mismo sexo las instituciones del matrimonio civil”*, teniendo entonces la posibilidad de adoptar.

7.- Universidad Autónoma de Bucaramanga

La Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga apoya la demanda presentada, *“teniendo en cuenta que ayuda a la materialización de una justicia constitucional*

representada en el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y al respeto a la igualdad entre todas las personas”.

Considera que la adopción es el mecanismo idóneo para otorgar una familia apta a un menor. Así, la condición que debe reunir esa familia se debe orientar a la capacidad para cumplir sus deberes para con el menor y permitir su desarrollo armónico e integral, mas no al sexo o al género de quienes la conforman. De igual forma, asegura que la cantidad de menores que permanecen desprotegidos es inmensa, más aún si se tiene en cuenta el número que efectivamente puede llegar a ser atendido por el Estado, lo que convierte en un absurdo la tendencia que privar a alguien de contar con una familia y recibir la atención necesaria para su adecuado crecimiento⁸.

Menciona que restringir la adopción a las parejas heterosexuales es una medida que vulnera el interés superior del menor, como quiera que *“la orientación sexual de los padres no es per se atentatoria contra la vida en condiciones dignas de los menores y la situación de los menores que no son adoptados sí constituye un atentado contra sus derechos humanos”*. A su juicio, se configura una mayor afectación a los derechos de los niños cuando se interpretan las normas de manera restrictiva en contra de un sector de la sociedad.

Por otro lado, hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de México, donde dicha Corporación sostuvo que *“no pueden existir consideraciones generales sobre la clase de personas que pueden conformar una familia que brinde a los niños las condiciones que necesitan para desarrollarse plenamente, pues cada familia considerada de manera independiente presenta ventajas y desventajas que deben analizarse de forma separada y no como una generalización o estereotipo estudiada desde el punto de vista estadístico”*⁹.

Finalmente, resalta que cuando a un niño en condición de adoptabilidad se le restringe el derecho de ser adoptado por una pareja dispuesta a hacerlo, basándose únicamente en la orientación sexual de esta y sin considerar las condiciones individuales del caso, las instituciones estatales están vulnerando de manera grave los derechos del niño a gozar de un ambiente familiar sano y estable.

8.- Universidad de Medellín

La Clínica Jurídica en Género y Derechos Humanos de la Universidad de Medellín acompaña los argumentos de la demanda y pide a la Corte que se proponga, *“en pro de derechos humanos, superar el pensamiento heteronormativo en asuntos filiatorios donde la heterosexualidad se concibe*

⁸ Pinzón Mejía Diana Carolina y Prada Uribe Julián Eduardo. Algunas consideraciones de la adopción homoparental en el ordenamiento jurídico colombiano. TEMAS socio jurídicos. Volumen 28. Pág. 138.

⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Acción de inconstitucionalidad A.I 2/2010, 16 de agosto de 2010. Párrafo 336.

como la normalidad, y discuta sobre los aportes que la teoría feminista, los estudios de género y la jurisprudencia internacional ofrecen al derecho interno para su progresividad y evolución, y en particular sobre las múltiples formas de uniones afectivas y las posibilidades de garantizar, mediante la adopción de las parejas homoparentales y homomaternales, el interés superior de los menores en condición de adoptabilidad y su derecho al amor, el cuidado y la protección de una familia”.

Para ello, expone algunas consideraciones desde el punto de vista teórico, jurídico y social. En primer lugar, señala que la teoría feminista y los estudios sobre el género han cuestionado la manera en que el derecho ha contribuido a producir y sostener a la familia heterosexual como orden natural. Basada en ello, considera que *“reconocer la singularidad y construcción socio cultural de la orientación sexual y la identidad de género rompe los esquemas culturalmente impuestos y trasciende a un nuevo orden de género que no asume la heterosexualidad como regla social en la cual se impone que hombres y mujeres son diferentes y complementarios”.*

En el mismo sentido, agrega, los sistemas de parentesco *“son formas empíricas y observables del sistema sexo/género que mantiene la división del trabajo por sexos e impide que las familias homoparentales y homomaternales puedan ser adoptantes por no cumplir con los atributos delegados cultural y naturalmente a los padres y madres heterosexuales en la crianza de los hijos/as”.*

Por otro lado, hace referencia a las consideraciones expuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile, en virtud de las cuales la sola referencia al interés superior del menor sin probar en concreto los daños y riesgos que podría conllevar la orientación sexual de sus padres adoptivos no puede ser la medida idónea para la restricción de un derecho protegido, como del menor a tener una familia. Además, la diferencia de trato y la restricción de un derecho no pueden servir de sustento jurídico frente a la discriminación social que podrían sufrir los menores en razón de la orientación sexual de sus padres; es decir, los estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios.

Desde el punto de social, asegura que la adopción por parte de parejas homoparentales y homomaternales no puede ser calificada de moral e inmoral, sino que debe ser reconocida en igualdad de condiciones por tratarse de un derecho que sí tienen las parejas heterosexuales; y agrega que todas las familias deben ser tratadas por igual a pesar de las transformaciones sociales que ha tenido esa institución.

Finalmente, resalta que los argumentos presentados en distintos países a favor de la adopción como Canadá, Países Bajos, Sudáfrica, Suecia, España, Argentina, Uruguay, Brasil, entre otros, no lo han justificado bajo la tradicional concepción de familia, sino que han acudido al derecho comparado

y a las normas sobre derechos humanos que reconocen como mandato la autonomía, la dignidad y la igualdad ante la realidad del aumento de nacimientos de niños y niñas que quedan al cuidado y custodia del Estado.

9.- Universidad del Norte

En sentir de los directores del Grupo de litigio de interés público de esa institución, la Corte *“debe conceder las pretensiones de la presente acción pública de inconstitucionalidad, sin suspender los efectos de su fallo a un desarrollo legislativo posterior”*.

Destacan la re-construcción del concepto de familia a partir de la propia jurisprudencia constitucional, en especial desde la Sentencia C-577 de 2011, que incluye aquellas conformadas por parejas del mismo sexo. Asimismo, indican que es necesario desvirtuar el sexo y el género como un requisito idóneo para conceder la adopción, ya que por el contrario son categorías sospechosas de discriminación.

10.- Universidad de La Sabana

La interviniente de la Universidad de la Sabana, profesora de la facultad de Derecho de esa institución, comienza por hacer un análisis de la presunta vulneración del derecho a la igualdad respecto de los niños, niñas y adolescentes y advierte que mediante la figura jurídica de la adopción, tal y como está contemplada en el Código de la Infancia y la Adolescencia, se le garantiza al menor el derecho a tener una familia y a que sea reconocido como hijo adoptivo en la forma indicada en las normas legales. Por esa razón, considera que no se vulnera su derecho a la igualdad por el hecho de no ser adoptados por parejas homosexuales, ya que a todos se les garantiza el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

Más adelante presenta algunas consideraciones sobre el origen natural de la filiación como garantía y protección de los derechos del menor. Señala que el derecho ha buscado que la determinación legal de la paternidad coincida o al menos pueda coincidir con la realidad biológica, incluido el vínculo ficticio que existe entre padres e hijos en el caso de la adopción¹⁰. Desde ese punto de vista explica que el matrimonio y la unión marital de hecho heterosexual *“se fundamentan en la verdad antropológica de que los hombres y las mujeres son complementarios, el hecho biológico de que la reproducción depende de un hombre y una mujer es, obviamente, un hecho claro, y también lo es la realidad social según la cual los niños necesitan una madre y un padre”*.

Agrega que de acuerdo con las evidencias sociológicas disponibles, a los niños les va mejor en casi todos los indicadores examinados cuando son criados por sus padres biológicos o adoptantes casados o en una relación estable; y que otros estudios sugieren que los niños criados en hogares donde hay una

¹⁰ Nanclares, Javier. *“La adopción por parejas homosexuales en el derecho navarro”*. Aranzadi Civil, n. 8 (2011).

relación estable entre el padre y la madre tienen mejor rendimiento académico, gozan de salud emocional y de un desarrollo en las relaciones familiares e interpersonales, con bajos índices delictivos¹¹.

Con sustento en lo anterior, sostiene que las normas acusadas no vulneran ningún precepto de la Constitución y por tanto deben ser declaradas **exequibles**.

11.- Institución Universitaria de Envigado

El grupo de investigación Auditorio Constitucional de la Facultad de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado, y Santiago Carvajal Casas, estudiante del semillero de investigación Fenomenología Jurídica Narrativa, consideran que no existe razón alguna que permita a una autoridad administrativa o judicial negar la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente en el marco de la diversidad familiar, especialmente en cuanto a orientación sexual se refiere.

De manera preliminar explican que la normatividad colombiana ha tenido múltiples transformaciones en el tema de familia y que la Constitución Política de 1991 significó un salto al reconocimiento de la institución familiar, en tanto definió la familia como núcleo básico de la sociedad, validó a las uniones de hecho y reconoció como hijos legítimos los habidos dentro o fuera del matrimonio.

Sin embargo, continúan, las profundas raíces conservadoras de la tradición española resultan ancladas en la sociedad, específicamente en cuanto a la religión se refiere. La idea del legislador colombiano acerca de la familia *“estuvo afincada en la realidad básica y fundante de los postulados de la iglesia católica, gracias a los cuales se ha llegado a concebir la familia como una institución sagrada, socialmente básica y con una naturaleza heterosexual a través de la cual resulta posible aumentar la prole”*. A juicio de los intervinientes, esta razón incide de forma radical en que hoy se vea como inaceptable la adopción en el marco de la diversidad familiar.

Luego de hacer un recuento jurisprudencial donde se advierte la evolución del pensamiento constitucional sobre el concepto de familia, citan algunas consideraciones expuestas por la Corte en la Sentencia C-577 de 2011, providencia que modifica la interpretación clásica y tradicional del artículo 42 de la Constitución e integra como forma de construcción familiar aquella que tiene por referente las parejas del mismo sexo.

Finalmente, señalan que si bien fue declarado exequible el contrato matrimonial, la Corte condicionó a plazo esa constitucionalidad y exhortó al Congreso para que atendiera el déficit legislativo en materia de las relaciones personales y económicas de las parejas del mismo sexo; y agregan que esa

¹¹ Anderson, Ryan T. “Marriage: What it is, why it matters, and the consequences of redefining it”. Backgrounder, n. 2775, 2013.

situación *“pone en la agenda política contemporánea la discusión del modelo jurídico político familiar, que según el norte trazado por la Corte serán la pluralidad, la tolerancia, el respeto por la diferencia y la inclusión de los raceros que se utilicen a la luz de los postulados del Estado Social de Derecho”*.

12.- Dejusticia – Colombia Diversa

Los intervinientes de Dejusticia y de Colombia Diversa solicitan a la Corte: (i) declarar la **exequibilidad condicionada** de las normas acusadas de la ley 1098 de 2006, *“bajo el entendido de que las expresiones demandadas incluyen dentro de su ámbito de aplicación a los cónyuges y los compañeros permanentes del mismo sexo”*; (ii) **inhibirse** en relación con el artículo 1º de la ley 54 de 1990, por cuanto existe cosa juzgada derivada de la sentencia C-075 de 2007; y (iii) **prevenir** al ICBF para que se abstenga de considerar la orientación sexual de los adoptantes como criterio descalificatorio dentro de los procesos de adopción. Para tal fin se remiten al concepto presentado en el proceso D-10315.

Comienzan por precisar cuál ha de ser el alcance de la disposición que la Corte debe estudiar. Aclaran que aun cuando el texto de las normas acusadas no descarta por sí solo a las parejas del mismo sexo como sujetos adoptantes, ni a ello conduce una lectura sistemática de las mismas, sobre todo después de la Sentencia C-577 de 2011, la Corte debe intervenir *“para garantizar que se haga una interpretación de este tipo de normas conforme al principio de igualdad y no discriminación”*, en especial ante la exclusión, la discriminación histórica y el déficit de protección legal frente a las uniones de parejas del mismo sexo. Para ello, con miras a lograr un análisis integral, estiman oportuno que se haga unidad normativa con el numeral 2º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, referente a la adopción conjunta de los cónyuges.

Con la advertencia del enorme riesgo de que en el proceso político legislativo no se logre garantizar integral y adecuadamente los derechos de las parejas del mismo sexo, estiman necesario que, *“más allá del debate de las mayorías”*, sea el Tribunal Constitucional el órgano encargado de garantizar directamente la protección de sus derechos.

A continuación señalan que el problema jurídico que debe resolver la Corte gira en torno a los derechos de los menores, *“entre otras razones, porque en la práctica los problemas de la restricción homoparental les han afectado primordialmente a ellos”*. Explican que la adopción, en cualquiera de sus modalidades (individual, conjunta o consentida), es por esencia una medida de protección a favor de los menores con el propósito de garantizarles el derecho a tener una familia, aun cuando también es un trámite que involucra varios derechos fundamentales de los adoptantes.

En su criterio, la Corte ha de tener en cuenta que su decisión no solo afectará casos futuros de adopción sino que terminará incidiendo en el goce efectivo de

los derechos aquellos menores cuya familia actualmente está integrada por parejas del mismo sexo, que podrían verse desconocidos en caso de que se restrinja la posibilidad de adopción a estas parejas, al tiempo que se reducirían aún más las opciones de brindar un hogar a niños en situación de abandono. Con ello, afirman, el Estado incumpliría una de sus principales obligaciones constitucionales en relación con los menores de edad.

De otra parte, sostienen que incluir expresamente a las parejas del mismo sexo como adoptantes garantiza de mejor manera el interés superior del niño y sus derechos fundamentales. Para tal fin conceptualizan el interés superior del menor según el marco constitucional, algunos instrumentos internacionales y los pronunciamientos de sus intérpretes autorizados. Trasladado ese principio a la adopción homoparental, recuerdan que desde la Sentencia C-577 de 2011 la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo pueden conformar familia y por tanto los menores pueden hacer parte de ellas.

Recuerdan que los detractores de la adopción por parejas del mismo sexo sostienen que permitir esta figura afectaría gravemente a los niños por cuanto existe la posibilidad de que el menor desarrolle preferencias homosexuales y sufra consecuencias psicológicas adversas. Sin embargo, puntualizan, *“ambas afirmaciones (...) carecen de sustento científico y se amparan en estigmas y prejuicios sociales sobre la homosexualidad que no tienen cabida en un Estado Social de Derecho. No es cierto que el crecimiento de los niños y niñas en hogares conformados por parejas del mismo sexo desconozca su desarrollo integral”*.

Para sustentar su tesis destacan cómo para la mayoría de la comunidad científica no existen diferencias significativas entre el desarrollo de los niños criados por parejas heterosexuales y los niños criados por parejas homosexuales, al punto que *“no existe en la literatura científica ninguna razón para pensar que los niños o niñas adoptados de forma conjunta o consentida por parejas del mismo sexo tengan desenlaces diferentes que los niños o niñas adoptados por hombres o mujeres solteros o por parejas heterosexuales”*. Asimismo, presentan un *“análisis de la evidencia más reciente disponible con respecto a los desenlaces médicos, psicológicos y sociales de niños adoptados por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta las revisiones de literatura y revisiones sistemáticas pertinentes”*¹². Estudio que, según indican, evaluó 1947 publicaciones potencialmente incluibles, revisiones sistemáticas de alta calidad y análisis primarios publicados en diversos países. Luego de explicar las bases de datos consultadas y la estrategia de búsqueda, la selección de las publicaciones, la metodología y las preguntas de revisión, el concepto arriba a las siguientes conclusiones:

“La evidencia científica reporta seguimiento de hijos de parejas del mismo sexo desde hace más de veinte años, incluso de parejas homosexuales que criaron niños y niñas antes de que fuera legal la

¹² Elaborado por Jaime Ardila Salcedo, MD. MPH, PhD(c) Universidad de McMaster, Canadá. Voluntario de Colombia Diversa. Adjunto en formato digital (CD).

adopción en varias jurisdicciones. Este es el caso de la cohorte de niños y niñas del estudio de Golombok, que empezó a seguirse desde la década de 1970 en el Reino Unido. A estos estudios se suma evidencia de Estados Unidos y Canadá, conducidos con los más altos estándares de rigurosidad científica. Dichos estudios no reportan ninguna diferencia en el desarrollo psicosocial de niños y niñas criados por parejas homosexuales.

Los desenlaces revisados por diferentes estudios incluyeron el desarrollo psicosexual, la relación con los padres, desempeño escolar, la interacción con los pares, entre muchos otros. Ninguno de estos estudios ha mostrado que estos niños sean diferentes de los adoptados por hombres o mujeres solteras o por parejas heterosexuales. Sólo hay un estudio primario llevado a cabo por Mark Regnerus, que fue retractado por los innumerables sesgos y problemas metodológicos de diseño. Incluso la Corte de Michigan rechazó la inclusión de este estudio en el caso de adopción por parte de parejas del mismo sexo porque como afirmó el juez Bernard Friedman en su sentencia ‘el [análisis de Regnerus] está sesgado ya que pretendía estudiar una gran muestra al azar de los estadounidenses adultos jóvenes (edades 18-39) sin tener en cuenta los arreglos familiares’, pero de hecho lo que hizo no fue estudiar esto en absoluto, porque Regnerus equiparó haber sido criado por una pareja del mismo sexo con haber vivido alguna vez con un padre que tenía una ‘relación romántica con alguien del mismo sexo’ durante cualquier periodo de tiempo.

Así las cosas, no existe en la literatura científica ninguna razón para pensar que los niños o niñas adoptados de forma conjunta o consentida por parejas homosexuales tengan desenlaces diferentes que los niños o niñas adoptados por hombres o mujeres solteros o por parejas heterosexuales.

Si la Honorable Corte quiere ampliar en dichas conclusiones, solicitamos remitirse a los estudios originales anexos a esta intervención, en particular las tablas de evidencia de las revisiones de Tasker y Anderson”.

Con fundamento en lo anterior, sostienen que permitir la adopción a parejas del mismo sexo garantiza el interés superior del niño, en tanto se amplía la posibilidad de que puedan tener una familia y crecer en un núcleo familiar estable. No hacerlo, por el contrario, significaría restringir esas posibilidades e incumplir uno de los deberes del Estado.

Por último, explican que si se prohibiera la adopción homoparental se desconocerían varios derechos de las parejas del mismo sexo, en particular la dignidad humana, la prohibición de discriminación por motivo de la orientación sexual, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a

conformar una familia y decidir el número de hijos, así como el reconocimiento de la personalidad jurídica del adoptante y del adoptado.

13.- Comisión Colombiana de Juristas

En concepto de la Comisión Colombiana de Juristas la Corte debe proferir una **sentencia aditiva**, *“en el sentido de incluir dentro de la hipótesis normativa de los artículos demandados a las parejas del mismo sexo como facultadas para restablecer los derechos de niños, niñas y adolescentes mediante la adopción de aquellos menores de 18 años en situación de adoptabilidad”*. Lo anterior, por cuanto la ausencia de una disposición expresa que así lo determine contradice un imperativo del derecho internacional de los derechos humanos, en lo que atañe al principio de no discriminación y al derecho de igualdad ante la ley. Para explicar su posición, expone iguales argumentos a los señalados en el concepto remitido en el marco del proceso D-10315.

Indica que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la discriminación por motivo de la orientación sexual, la que se presenta cuando se niega la facultad de adoptar a parejas del mismo sexo.

De otra parte, pone de presente cómo el Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado a favor de todo tipo de medidas legislativas o administrativas tendientes a equiparar en derecho y oportunidades a los hijos de las parejas del mismo sexo.

14.- Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Academia Colombiana de Jurisprudencia considera que, en el evento de que haya fallo de fondo, los párrafos impugnados deben ser declarados exequibles.

Comienza señalando que *“del texto integral de la Constitución se concluye que la progenitura es biológica y como la adopción debe imitar la naturaleza, entonces debe imitar también la progenitura biológica de tal manera que el derecho de una persona a tener una familia se garantice dándole una familia del modelo y no de lo que puede considerarse una excepción”*. En ese sentido, agrega que considerar que las parejas homosexuales puedan celebrar matrimonio, que en algunas culturas es el origen ideal de familia, *“es condenar a la humanidad a su extinción y auspiciar el más eficaz medio de control natal puesto que estas parejas son por naturaleza insuperable infértiles”*.

Indica que si bien la Corte consideró que la familia homosexual debe ser considerada como familia, no es menos cierto que, según lo expuso el colectivo LGBTI en la demanda, una familia homosexual es diversa *“o lo que es lo mismo DESIGUAL, DISIMIL, DISPAREJA, y si es desigual frente a la familia heterosexual, va en contra de toda lógica elemental, lógica que está vigente, que no puede ignorarse, que afirmen que son iguales y que tienen*

derecho a los mismos derechos”. Recuerda que en las actas de la Constitución de 1991 no hay una sola referencia a la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan construir familia y menos que puedan celebrar matrimonio y menciona que si la Corte repiensa el verdadero significado del artículo 42 de la Carta llegará a la conclusión de que *“las parejas del mismo sexo podrían ser familia diversa, atípica, en nada semejante a la formada por matrimonio ceremonia o matrimonio consensual”*.

Por otro lado, señala que los textos del antiguo Código del Menor y los del actual Código de la Infancia y la Adolescencia son idénticos, al igual que sucede con los artículos 42 y 113 de la Constitución, los cuales fueron invocados como violados en la demanda que resolvió la sentencia C-814 de 2001. Bajo ese entendido considera que existe cosa juzgada constitucional.

De igual forma, considera que la única pretensión de la demanda es que la Corte dicte una sentencia integrativa con la que asuma la función legislativa, competencia que no tiene la Corporación. Además, continúa, las consecuencias de la nueva ley serían sustituir los conceptos de familia y sociedad, para lo cual la Corte tampoco tiene competencia.

15.- Profamilia

La directora del departamento jurídico de Profamilia interviene ante la Corte para **coadyuvar la demanda** y señalar que, en su sentir, *“no hay razones de ninguna índole que sustenten la negación del establecimiento de parentesco civil por adopción en el caso de las parejas del mismo sexo”*. Para ello anexa la intervención presentada en el marco del proceso D-10315.

Comienza por referirse a la familia como institución social dinámica, diversa y plural, que para el caso colombiano, según los indicadores de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud –ENDS- elaborada por el Ministerio de Salud y Profamilia, refleja profundos cambios en los últimos veinte años. Seguidamente hace una exposición acerca del derecho a la libre conformación de una familia como manifestación de los derechos sexuales y reproductivos. Desde esta perspectiva sostiene que *“establecer la heterosexualidad como elemento esencial de la naturaleza para el reconocimiento de ciertas formas de familia carece de sentido pues no responde a la realidad, es contraria a las normas del derecho internacional de los derechos humanos y, además, desconoce los avances normativos realizados en materia de derechos sexuales, puesto que el reconocimiento del derecho a la libre conformación de una familia no puede confundirse ni limitarse con la posibilidad biológica de reproducción”*.

Hace referencia a cómo muchas personas, independientemente de su orientación sexual, gracias a los avances científicos han logrado satisfacer su deseo de ser padres o madres y de tener hijos, sin que sea necesaria tampoco la existencia de una relación de heterosexualidad.

Informa que según los resultados de la encuesta LGTB sobre sexualidad y derechos realizada en Bogotá en 2007¹³, se reportó que existe un 11,5% de personas homosexuales que tienen hijos, la mayoría a partir de relaciones heterosexuales (71,8%), y que las personas LGTB también afirmaron tener hijos de crianza e hijos adoptados legalmente (3,1%), lo que demuestra que la idoneidad de las personas para criar hijos no se ve comprometida por la orientación sexual de los padres.

16.- Grupo de apoyo a mamás lesbianas

La coordinadora del Grupo de Mamás Lesbianas de Bogotá presenta el mismo concepto rendido dentro del proceso D-10315 mediante el cual manifestó que **apoya las pretensiones de la demanda**. En su sentir, se resolvería un tema esencial de desprotección que en la actualidad propicia muchas situaciones de inequidad que afectan directamente a sus familias y a los menores integrantes de ellas. Hacen un llamado a la Corte para que se pronuncie de fondo y supere, de una vez por todas, la situación que tan profundamente afecta a sus familias y especialmente a los niños y niñas criados en hogares homoparentales en Colombia.

A su juicio, es equivocado asumir que las personas homosexuales no tienen hijos y que están esperando que la ley les reconozca el derecho a tenerlos, cuando *“la realidad es que miles de niños y niñas en el país ya están siendo, o ya fueron, criados por sus padres homosexuales”*.

Relata que a partir de la experiencia compartida han podido constatar que existen varios mitos sobre la parentalidad homosexual. El primero es que los hijos pueden sufrir maltrato escolar. Al respecto puntualiza que durante los 11 años de experiencia han conocido unas pocas situaciones en la que uno de los hijos de una pareja sufrió algún tipo de maltrato debido a la orientación sexual de sus mamás, lo que representa un universo mínimo y aislado en el universo de las familias. Según sus palabras, *“los homosexuales en este país ya tenemos hijos e hijas, les estamos criando y nuestros hijos van a la escuela”*. Por eso, sugiere que la respuesta en casos de maltrato escolar, si se presentaran, involucraría también a docentes, personal administrativo, y acompañamiento familiar, *“como en cualquier otra situación de maltrato, siendo el Estado el primer llamado a superar esta situación a través del sistema educativo”*.

Otro mito que pone de presente es que los hijos de padres homosexuales se vuelven homosexuales. Sobre el particular advierte que este preconceito entraña la errada comprensión de que la homosexualidad es una enfermedad y que por lo tanto se transmite, desconociéndose que la orientación sexual es individual y no se aprende, en tanto es una característica de la identidad. Además, indica, la proporción de hijos e hijas de parejas homosexuales que

¹³ Encuesta LGBT: Sexualidad y Derechos – Bogotá, 1º de julio de 2007. Marcha de la ciudadanía LGBT. Publicación CLAM. Centro Latinoamericano de sexualidad y derechos humanos. Instituto de Medicina Social de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Realizada por Profamilia.

manifiestan la misma orientación sexual es la misma que existe en las parejas heterosexuales, es decir, entre el 6 y el 10%.

Un tercer mito que destaca es la supuesta confusión sobre el sexo y los roles de género. Aclara que en las relaciones homosexuales hay dos hombres o dos mujeres, *“y los procesos y roles que se asumen corresponden al bienestar y al mejor funcionamiento del hogar”*, lo que incluye roles como padres o madres, con la advertencia de que *“lo importante en el proceso de la crianza [de los hijos] es enseñarles valores y enseñares respeto”*.

Resaltan que lo que no es un mito es que el marco normativo actual desconoce la existencia de sus familias, la situación de desventaja en la que se encuentran sus hijos y la discriminación estructural que debe ser evitada por el Estado en todas sus instancias.

17.- Centro de estudios e intervenciones en Derechos Humanos –Diknos-

Los participantes del Centro de estudios e intervenciones en derechos humanos -Diknos- advierten un trato discriminatorio en las normas acusadas que afecta los derechos a constituir una familia y a adoptar por parte de las parejas del mismo sexo.

De manera preliminar citan algunas consideraciones de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile y resaltan que en esa decisión se fijó una regla según la cual está proscrita por la Convención Americana sobre Derechos Humanos cualquier norma, acto, práctica o decisión de derecho interno que disminuya o restrinja de manera alguna los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

En el mismo sentido hacen referencia a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos “X” y otros contra Austria, Fretté y E.B. contra Francia y Gas Dubois contra Francia, de las cuales se concluye que la relación de convivencia entre parejas del mismo sexo que mantienen una relación estable de facto se encuentra dentro del concepto de vida familiar y que lo más acorde con el interés superior del menor es la posibilidad de la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

18.- Iglesia Evangélica Luterana de Colombia

El representante de la Iglesia Evangélica Luterana de Colombia señala: *“convencido de que cada ser humano es una criatura de Dios, con el atributo de la dignidad que otorga el mero hecho de la existencia humana, y como ciudadano conocedor de la Constitución Política que fundamenta el marco de la convivencia ciudadana sobre la base del reconocimiento a la dignidad y respeto de cada persona sin discriminación por razón alguna, animo a esta alta Corte a dar este paso histórico en la consolidación de los derechos, tanto*

de niños y niñas a tener una familia, como de las personas homoparentales a ser considerados como alternativa para proveer dichas familias”.

Señala que en la sentencia C-577 de 2011 la Corte reconoció un concepto de familia más amplio que incluye las conformadas por parejas del mismo sexo. A pesar de ello, asegura, existe una interpretación de la Constitución que es generalizada y que desconoce en la práctica el concepto dado por la Corte.

Considera que de acoger las pretensiones de la demanda, se protegería el derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia y se ampliarían las posibilidades para que los niños y niñas en situación de abandono encuentren un ambiente que les brinde afecto y protección para su buen desarrollo humano. A su juicio, en un Estado Social de Derecho la orientación sexual de quienes aspiran a adoptar no debe ser un criterio para conceder o negar dicha posibilidad.

19.- Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (Amicus Curiae)

El director ejecutivo y la coordinadora del área de derechos humanos de la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables sostienen que *“negar el derecho de adoptar a parejas homosexuales, no solo sería un hecho discriminatorio, sino que también constituiría una violación a los derechos de los/as niños/as a tener una familia y crecer al amparo del amor, la contención y la felicidad que la misma podría brindarle”.*

Consideran que la adopción tiene como finalidad otorgar a un niño o una niña, que por alguna razón ha sido privado de su familia de origen, una nueva familia que pueda encargarse de su desarrollo físico, síquico, intelectual y afectivo, y en ese sentido, no existe una categoría de familia que sea más o menos adecuada para asumir ese rol, debiendo siempre estudiarse el caso concreto, libre de prejuicios sexistas y heteronormativos.

Para fundamentar lo anterior citan lo señalado por la Asociación de Sicólogos de Estados Unidos, según la cual *“no hay evidencia científica [de] que la idoneidad para la parentalidad se relacione con la orientación sexual de los padres. Las parejas lesbianas y gays son tan capaces como las heterosexuales de proveer un apoyo y un ambiente sano a sus hijos”*¹⁴.

Concluyen que el interés superior del menor, como principio rector, obliga a tomar todas las decisiones judiciales teniendo en mira su bienestar y los derechos de los cuales son sujeto activo.

20.- Yarumal Crítica (Amicus Curiae)

¹⁴ www.apa.org. Consultada el 21 de abril de 2007.

Los ciudadanos Cristian David Céspedes Correa y Natalia Mazo Balbín, integrantes del colectivo juvenil *“Yarumal Crítica”*, solicitan a la Corte declarar inexecutable los artículos acusados, *“en atención a la omisión legislativa que contienen o que se declare la constitucionalidad condicionada y se aclare la forma en que deben ser interpretados dichos artículos”*, y *“conminar a todo el poder público a crear acciones positivas que erradiquen todas las formas de discriminación sobre la familia homosexual y sus integrantes”*.

A juicio de los intervinientes, reconocer que las parejas homosexuales son familia y que el mecanismo idóneo para la protección del menor en condiciones de orfandad es la adopción, permite afirmar que es totalmente legítima y constitucional la implementación de la adopción bajo esas condiciones. En su criterio, negar ese derecho a las parejas homosexuales *“constituye una acción inconstitucional, ya que si se les considera familia, gracias a la sentencia C-577 de 2011, deben tener también derecho total de ampliar su núcleo familiar, tal como lo hacen las familias heterosexuales que deciden adoptar”*.

Señalan que resulta más beneficioso garantizar una familia en la que no importe su composición y proporcionar al menor el cuidado, amor y protección, lo cual no se lleva a cabo dada la omisión legislativa presente en los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006. Aseguran que dicha omisión, en la que no se tienen en cuenta a las parejas homoparentales como idóneas para salvaguardar los derechos fundamentales de los menores, contraría los artículos 13 y 44 de la Constitución.

Afirman igualmente que la familia es un concepto dinámico, que se adapta a las formas en las que los individuos de una sociedad se relacionan y que *“mal haría la Corte en sostener que la familia se constituye únicamente por la decisión de una mujer y un hombre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla y que este modelo de familia es el único protegido constitucionalmente. Violaría de manera notoria la Constitución y la lógica de todo derecho. Desconocería el principio de pluralidad y los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía, a la autodeterminación y a la igualdad”*. De igual forma, aseguran que no reconocer la familia homosexual sería establecer, a partir del artículo 42, una cláusula pétrea en la Constitución.

21.- Intervención ciudadana (Javier Mauricio Rodríguez Olmos)

El ciudadano Javier Mauricio Rodríguez Olmos coadyuva la demanda presentada y pide declarar la constitucionalidad condicionada de los preceptos impugnados, *“en el entendido que de dichas normas debe desprenderse que la adopción puede ser solicitada por cualquier persona sin tener en cuenta su orientación sexual, y que el solo hecho de tener una orientación sexual no heterosexual no podrá servir de fundamento para negar o excluir a ninguna persona del proceso de adopción”*.

Señala que más allá de la protección del interés superior del menor que no puede verse afectado en abstracto por la orientación sexual de los potenciales adoptantes, lo que se debe valorar es la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la exclusión de las personas homosexuales de la posibilidad de adoptar.

Considera que se encuentra de por medio un criterio sospechoso de diferenciación, en tanto el motivo del trato diferenciado en las normas acusadas se reduce a la orientación sexual de los potenciales adoptantes, lo cual hace que *“las medidas adoptadas por el legislador también recaigan en grupos tradicionalmente marginados como son los grupos que no obedecen a la orientación sexual mayoritaria heterosexual”*.

22.- Intervención ciudadana (Alejandro Badillo Rodríguez y otros)

Este y otros intervinientes solicitan declarar la **exequibilidad condicionada** de la norma, *“ampliando el concepto de parejas heterosexual, incluyendo a las parejas del mismo sexo, así como las disposiciones hombre-mujer ampliando el código binario, permitiendo así la posibilidad de adopción a las parejas del mismo sexo”*. Para ello remiten un concepto con similares consideraciones a las expuestas en su intervención dentro del expediente D-10315.

De modo introductorio exponen algunas reflexiones teóricas en torno a la naturaleza de la acción pública de inconstitucionalidad como expresión institucionalizada de la desobediencia civil, de la democracia discursiva y el rol de los tribunales constitucionales, que hace necesaria su intervención directa para proteger a las minorías vulnerables, en este caso la comunidad LGBTI.

En cuanto al caso concreto, estiman que concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para predicar la existencia de una omisión legislativa relativa, en la medida en que las normas acusadas consagran una restricción tácita que impide adoptar a las parejas del mismo sexo, sin que haya una razón suficiente que justifique su exclusión, lo cual configura un tratamiento discriminatorio de los derechos de esa minoría.

23.- Intervención ciudadana. Amicus Curiae del Instituto Williams de la Universidad de California (EEUU)

El ciudadano Lucas Correa Montoya presenta el documento *“Amicus Curiae”* (amigos de la Corte) preparado por expertos del Instituto Williams de la Universidad de California, Los Ángeles (EEUU), sobre los estudios científicos del bienestar de niños criados por parejas del mismo sexo.

El documento hace un repaso de los principales estudios sobre la crianza de hijos por padres LGB (lesbianas, gay, bisexuales), especialmente en Estados

Unidos y Europa, que consideran podría asistir a la Corte Constitucional de Colombia. En resumen, sostiene lo siguiente: *“(1) muchas personas LGB se convierten en padres en una variedad de formas; (2) padres y madres lesbianas, gay y heterosexuales exhiben pocas diferencias en lo que tiene que ver con salud mental, estrés de crianza e idoneidad en la crianza; (3) existen pocas diferencias entre los hijos criados por padres del mismo sexo y padres heterosexuales en términos de autoestima, calidad de vida, adaptación psicológica o funcionamiento social; (4) la relación entre un menor y sus padres LGB no se ha encontrado diferente a la de los menores criados por parejas heterosexuales en términos del calor de padres, relación emocional y calidad de la relación; y (5) la falta de reconocimiento legal del segundo padre en una relación homosexual puede poner en riesgo la relación entre padre e hijo después de la disolución de la relación de los padres”*.

24.- Intervención ciudadana. Amicus Curiae de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT)

El ciudadano Lucas Correa Montoya presenta el documento *“Amicus Curiae”* (amigos de la Corte) preparado por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT).

Según sus palabras: *“Desde la FALGBT y la MNPI, con la firme convicción de que debe prevalecer el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, que todos y todas tenemos derecho a conformar una familia, y que toda disposición que discrimine en razón o bajo pretexto de la orientación sexual o identidad de expresión de género de las personas es antijurídica, estamos convencidos que hacer lugar a la petición de los accionantes, no solo es hacer justicia al respetar y proteger los derechos fundamentales de lesbianas, gays, bisexuales y trans, sino ayudar a combatir la discriminación y favorecer su inclusión en la sociedad contribuyendo a disminuir y desarticular los estereotipos, prejuicios y estigmas que los/as afectan, a su vez que se estará promoviendo, facilitando y garantizando en condiciones de igualdad el pleno ejercicio de los derechos humanos”*.

Así mismo, argumenta que el hecho de que algunas instituciones jurídicas *“hayan regido los destinos de la sociedad durante siglos no les otorga por ello un inmutable sustento jurídico”*. Resalta que circunstancias como la esclavitud, la pena de muerte, la conculcación de los derechos civiles y políticos de la mujer, la cruel estigmatización jurídica de niños inocentes en razón de su nacimiento, entre otras, *“hoy nos parecen instituciones aberrantes y fueron sin embargo la regla durante largos siglos de historia”*.

25.- Intervención ciudadana. Amicus Curiae de la Facultad de Derecho de American University (EEUU)

El ciudadano Lucas Correa Montoya presenta el documento *“Amicus Curiae”* (amigos de la Corte) preparado por el Proyecto de Litigio de Alto Impacto de la Facultad de Derecho de American University (Washington, EEUU), en

relación con el derecho internacional sobre el derecho a la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo.

Afirma que negar la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo solo se puede justificar si el Estado tiene razones de peso para establecer la prohibición y no existe otro medio más idóneo y menos dañino para conseguir el mismo objetivo. Por lo tanto, asegura, tal negativa constituye una medida de discriminación arbitraria, por cuanto les impide a estas parejas probar su idoneidad como potenciales padres adoptivos.

Hace hincapié en la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus intérpretes autorizados, en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con base en ellos sostiene que es perjudicial al interés superior del menor y vulnera sus derechos negarles la posibilidad de tener una familia conformada por padres del mismo sexo.

Luego de hacer un estudio de derecho comparado, concluye que *“la familia debe entenderse como un concepto multidimensional que se construye en torno a la realidad, no como un concepto abstracto que limita su potencial a un solo modelo de unidad familiar”*, y pone de presente que es una obligación de los Tribunales proteger a los niños de forma independiente a las convicciones personales de lo que puede ser mejor para el menor.

26.- Intervención ciudadana (Carlos Fernando Reyes Moreno)

El ciudadano Carlos Fernando Reyes Moreno solicita a la Corte declarar exequibles las normas demandadas, en el entendido que en el ámbito de esas leyes las disposiciones relativas a *“compañeros permanentes”* o *“compañero permanente”*, también comprenden *“a los integrantes de las parejas del mismo sexo, así como a las personas homosexuales (sic)”*.

Considera que una interpretación restrictiva de los derechos de las personas y parejas homosexuales puede conllevar no solo a la vulneración de los mismos, sino a una responsabilidad internacional del Estado colombiano en virtud de su propia legislación. En consecuencia, indica, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno colombiano, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir de algún modo los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Agrega que para justificar la diferencia de trato y la restricción de un derecho no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Finaliza señalando que las parejas del mismo sexo están legitimadas para adoptar en las mismas condiciones de las parejas heterosexuales, sin más restricciones o condiciones que las que la respectiva ley impone a todos por igual.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, mediante concepto 5841, radicado el 23 de octubre de 2014, solicita a la Corte: (i) en relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, **estarse a lo resuelto** en la Sentencia C-075 de 2007, o subsidiariamente declararlo **exequible**; (ii) en cuanto a los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, declarar la existencia de cosa juzgada y, en consecuencia, **estarse a lo resuelto** en la Sentencia C-814 de 2001, o subsidiariamente declararlos **exequibles**; (iii) declararse **inhibida** para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la interpretación hecha por las autoridades administrativas sobre las normas demandadas, *“en tanto que ésta se ciñe al tenor literal de tales normas y se limitan a reiterar lo señalado en la jurisprudencia constitucional”*. Para ello se remitió a las consideraciones expuestas en el concepto 5818 de 27 de agosto de 2014, en el marco del proceso D-10315.

Sostiene que las normas demandadas se ajustan al mandato de no discriminación contenido en la Constitución y a las normas de derecho internacional que integran el bloque de constitucionalidad. Indica que no es cierto que la adopción tenga un doble significado y que se pueda entender que exista en el ordenamiento jurídico colombiano un supuesto derecho a adoptar.

Se refiere al concepto 5818, donde señala que *“la adopción no es un derecho del futuro o eventual adoptante, sino una medida de protección en favor de los niños”* y, en ese sentido, se deduce que *“de ninguna forma las normas sobre adopción le están negando a las parejas del mismo sexo un derecho que sí se les garantiza a las uniones heterosexuales, en tanto que ese derecho simplemente no existe”*. Precisamente, continúa, partiendo del reconocimiento de su dignidad y de la trascendencia de sus derechos, es que el legislador ha exigido ciertos requisitos para que una persona o una pareja pueda adoptar a un menor, asegurándose con ello la idoneidad del (o los) adoptante(s) para que la adopción cumpla su cometido, esto es, garantizar el interés superior del niño.

Añade que el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 no establece propiamente una prohibición de adoptar para las personas del mismo sexo que conforman una unión sentimental, sino que se establece que los miembros de la pareja que aspira a adoptar un niño deben ser cónyuges o compañeros permanentes, y teniendo en cuenta que las uniones de personas del mismo sexo no son ni lo uno ni lo otro, la conclusión es que estas no están autorizadas ni por la ley ni por la Constitución para adoptar.

De igual forma, explica que de la sentencia C-577 de 2011 no se sigue que, por el hecho de ser consideradas como familias, *“las parejas conformadas por personas del mismo sexo automáticamente se hagan titulares de un supuesto derecho a adoptar o que se les autorice para ello de la misma forma que a las familias constituidas por medio del matrimonio o de la unión marital de hecho*

heterosexual”. Incluso, agrega, en esa providencia la Corte Constitucional ni siquiera abordó el tema de la adopción, ni estableció un derecho a adoptar cuya titularidad puedan ostentar las uniones conformadas por personas del mismo sexo, sino que expresamente se abstuvo de pronunciarse sobre este asunto.

En cuanto a los argumentos planteados por los demandantes respecto de la omisión legislativa relativa en materia de adopción, la vista fiscal opina que *“en este caso no se está ante dos supuestos equiparables (el matrimonio y la unión marital de hecho, de una parte, y la unión de personas del mismo sexo, por otra), que es un presupuesto indispensable para que se pueda predicar la existencia de una omisión legislativa relativa, por violación al principio de igualdad, que justifique que se profiera una sentencia aditiva que, declarando la constitucionalidad de las normas demandadas, las adicione de forma que a éstas se entienda integrada la posibilidad de que adopten las parejas conformadas por personas del mismo sexo”*.

Asegura que tampoco se desprende de la norma demandada una omisión de regulación que afecte a los niños en situación de adoptabilidad, en tanto *“el deber constitucional que, en virtud del artículo 44 constitucional, tiene el legislador, es el de crear mecanismos para satisfacer los derechos de los niños, lo cual se logra con el reconocimiento de medidas de restablecimiento de los derechos de los niños tales como la adopción, mas no permitir o autorizar la adopción por parte de toda persona o pareja”*.

Por otro lado, el Ministerio Público señala que la interpretación generalizada que hace el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de las normas demandadas no desconoce los precedentes constitucionales ni a los derechos fundamentales de los niños. Al contrario, afirma, *“la exégesis de las normas relativas a la adopción que hace el ICBF no es en sentido estricto una interpretación propia de la entidad, sino que es una simple reproducción de lo que la Corte Constitucional ha dicho de las normas relativas a la adopción en su jurisprudencia”*, específicamente en la sentencia C-814 de 2001.

También considera que ha operado la cosa juzgada constitucional en relación con la expresión demandada del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, según lo resuelto en la Sentencia C-075 de 2007, que examinó la misma norma con idénticos cargos de inconstitucionalidad y reconoció los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo.

Sostiene igualmente que si bien de las normas del bloque de constitucionalidad señaladas por los actores se deriva una obligación por parte del Estado de adoptar las medidas especiales de asistencia y protección en favor de todos los niños y los adolescentes, ello no significa que de las mismas se desprenda que, *“para la mejor satisfacción de esa obligación, el Estado colombiano esté obligado a incluir en el supuesto de hecho de las normas demandadas a las uniones conformadas por personas del mismo sexo, es*

decir, no surge una obligación para el Estado colombiano de autorizar la adopción a este tipo de uniones -que se consideraron familia en la sentencia C-577 de 2011- como si lo contrario no fuera igualmente efectivo para asegurar y garantizar el interés y los derechos prevalentes del menor”.

Por último, reseña algunas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el trato diferenciado entre parejas heterosexuales y homosexuales y la posibilidad de adoptar, que a su juicio están en la misma línea argumentativa por él expuesta.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1.- Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución, la Corte es competente para conocer el asunto de la referencia ya que se trata de una demanda interpuesta contra normas que hacen parte de dos leyes, en este caso la 54 de 1990 y la 1098 de 2006.

2.- Solicitudes previas de traslado, recusación y nulidad

2.1.- Mediante escrito presentado el día 3 de marzo de 2015, la Viceprocuradora General de la Nación, con funciones de Procurador General, solicitó a la Sala Plena de la Corte *“que se corra traslado al jefe del Ministerio Público de las nuevas pruebas aportadas al proceso y en consecuencia un nuevo término para conceptuar al respecto, y de forma subsidiaria, que se declare por parte de la Sala Plena la nulidad de los autos proferidos por el magistrado sustanciador el día 24 de febrero de 2015 y notificados por estado el 26 de febrero del mismo año”.*

Señaló que la intervención del Procurador General de la Nación ordenada por la Constitución Política y regulada en el Decreto 2067 de 1991 debía hacerse una vez admitida la demanda *“o vencido el término probatorio, cuando éste fuere procedente”* (art. 7°). En su sentir, la intervención no tendría sentido si no pudiera ser considerada por la Corte al momento de fallar, *“en tanto no versa sobre todos los elementos de juicio puestos en conocimiento de la Sala Plena”*. En consecuencia, solicitó que se le concediera un término adicional para conceptuar con fundamento en las nuevas pruebas, porque solo de esta manera se podría asegurar el cumplimiento y la efectividad de las normas que prevén la obligatoria intervención del Procurador.

Agregó que si la corporación consideraba improcedente la petición, subsidiariamente promovía incidente de nulidad contra los precitados autos, porque la decisión sería proferida con inobservancia de las formas y procedimientos previstos para los juicios de constitucionalidad. Según sus palabras, *“que la Corte Constitucional falle un proceso de constitucionalidad en el que el jefe del Ministerio Público intervino dentro del término previsto pero sin tener acceso a material probatorio que posteriormente fue allegado*

al expediente por orden del Magistrado Sustanciador, desnaturaliza la intervención del Procurador General de la Nación pues no se le permite conceptuar con conocimiento de todo el expediente y, así, poder defender el orden público y el interés general de forma eficiente”.

Finalmente, cuestionó el hecho de que el Magistrado Sustanciador hubiere invitado al Alto Comisionado para las Naciones Unidas de Colombia, con fundamento en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, si se tiene en cuenta que el proyecto de fallo fue radicado el día 10 de diciembre de 2014.

2.2.- En atención al escrito de la referencia, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 5 de marzo de 2015, dispuso correr traslado del material probatorio al Procurador General de la Nación, por el término de 3 días, para que allegara las consideraciones que estimara pertinentes, como en efecto ocurrió. Sus observaciones se reseñan y examinan en el acápite que evalúa el material probatorio allegado.

En consecuencia, habiéndose accedido a la solicitud principal, no hay lugar a atender la petición subsidiaria de nulidad.

2.3.- De otra parte, mediante escrito presentado el día 3 de marzo de 2015, el ciudadano Hernando Salcedo Tamayo interpone *“recurso de reposición y/o súplica”* en contra del auto de traslado de pruebas proferido el 24 de febrero de 2015.

Simultáneamente plantea un incidente de nulidad procesal por cuanto, en su sentir, solo el Legislador es competente para establecer los sujetos que pueden adoptar. Alega que el fallo dictado dentro del expediente D-10315 configura la cosa juzgada constitucional e inhabilita a la Corte para emitir pronunciamiento adicional alguno. Asimismo, invoca una *“nulidad por incompetencia y falta de jurisdicción del Magistrado Sustanciador por tener incurso (sic) en una causal de impedimento sobreviniente durante el trámite del juicio constitucional”*, para lo cual hace mención al artículo 56 (numeral 1º) del Código de Procedimiento Penal¹⁵.

2.4.- La Sala encuentra que las solicitudes elevadas por el ciudadano Salcedo Tamayo deben ser rechazadas por las razones que se explican a continuación.

2.4.1.- En cuanto al *“recurso de reposición y/o súplica”*, basta advertir que el Decreto 2067 de 1991, por el cual se regulan los procedimientos y actuaciones ante la Corte Constitucional, no establece la procedencia de recurso alguno contra los autos por medio de los cuales se decretan pruebas o se solicitan conceptos con fundamento en lo previsto en el artículo 13 de dicho estatuto. En consecuencia, dicho trámite resulta manifiestamente improcedente.

¹⁵ “ARTÍCULO 56. CAUSALES DE IMPEDIMENTO. Son causales de impedimento: 1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal”.

2.4.2.- Sobre la existencia de una causal de impedimento, precisa la Sala que el ordenamiento jurídico ha consagrado instituciones procesales para que el juez, en su función de administrar justicia, se retire del conocimiento de un determinado asunto (*impedimento*) o permita que otros, basados en las mismas causales, soliciten su separación (*recusación*).

En los procesos de control abstracto de constitucionalidad los incidentes de recusación o impedimento se sujetan a una regulación específica, autónoma e integral¹⁶, tanto en lo referente a las causales de procedencia como respecto del trámite a seguir, prevista en los artículos 25 a 31 del Decreto 2067 de 1991¹⁷, así como en el artículo 79 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹⁸.

Tomando como base estas reglas, la Corte Constitucional ha explicado que *“la solicitud de que un magistrado se declare impedido resulta improcedente, por cuanto una manifestación en ese sentido debe emanar exclusivamente del operador jurídico que considere estar incurso en una de las causales establecidas en el Decreto 2067 de 1991”*¹⁹. Por lo tanto, la solicitud para que un magistrado declare un supuesto impedimento es improcedente.

Ahora bien, sobre el trámite de una eventual recusación el artículo 28 del Decreto 2067 de 1991 dispone lo siguiente:

“Artículo 28. Cuando existiendo un motivo de impedimento en un magistrado o conjuer, no fuera manifestado por él, podrá ser recusado o por el Procurador General de la Nación o por el demandante. La recusación debe proponerse ante el resto de los magistrados con base en alguna de las causales señaladas en el presente decreto.

Cuando la recusación fuere planteada respecto de todos los magistrados, el pleno de la Corte decidirá sobre su pertinencia”.

La expresión subrayada fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-323 de 2006, *“en el entendido de que la facultad mencionada en cabeza del Procurador General de la Nación o del demandante no es exclusiva ni excluyente, sino que cuando la norma utiliza el verbo ‘podrá’ debe entenderse que tanto el Procurador General como el demandante pueden*

¹⁶ Cfr., Corte Constitucional, Auto 282 de 2012.

¹⁷ “Artículo 25. En los casos de objeciones del Gobierno a un proyecto de ley por inconstitucionalidad y en los de revisión de los decretos dictados en ejercicio de las facultades que otorgan los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Nacional, serán causales de impedimento y recusación: haber conceptuado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada; haber intervenido en su expedición; haber sido miembro del Congreso durante la tramitación del proyecto; o tener interés en la decisión”.

“Artículo 26. En los casos de acción de inconstitucionalidad por parte de cualquier ciudadano, serán causales de impedimento y recusación, además de las establecidas en el artículo anterior, tener vínculo por matrimonio o por unión permanente, o de parentesco en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con el demandante”.

¹⁸ “Artículo 79. En los asuntos de constitucionalidad. Todos los asuntos de constitucionalidad de que conoce la Corte Constitucional se someterán, en lo que hace a impedimentos y recusaciones, a las causales y al trámite consagrados en el Capítulo V del Decreto 2067 de 1991, en lo pertinente”.

¹⁹ Corte Constitucional, Auto 126 de 2011. La Corte rechazó, por improcedente, la solicitud de impedimento formulada en el marco de proceso de control abstracto adelantado por acción pública de inconstitucionalidad.

solicitar la recusación de un Magistrado, pero igualmente lo pueden hacer aquellas personas que ostenten la calidad de ciudadano. Así, el demandante desde el momento de presentación de la demanda y los demás ciudadanos que impugnen o defiendan las normas acusadas desde el momento en que así hayan intervenido dentro del término de fijación en lista”.

Visto lo anterior, como quiera que el ciudadano que eleva la petición no intervino ante la Corte Constitucional dentro del término de fijación en lista para impugnar o defender la constitucionalidad de las normas acusadas, carece de legitimidad para proponer el incidente de recusación²⁰.

2.4.3.- Finalmente, en concordancia con lo anterior, el peticionario también carece de legitimidad para proponer incidente de nulidad. Según fue explicado por la Corte en la Sentencia C-258 de 2013:

“Esta Corporación ha considerado que sólo está legitimado para solicitar la nulidad de sus sentencias, proferidas en sede de control de constitucionalidad, quien ha actuado como parte o como interviniente en el proceso²¹.

Ahora bien, sobre esta última categoría, la de ciudadano interviniente, conviene indicar que, tal como lo señala su designación, el ciudadano debe ostentar la calidad de interviniente, la cual se adquiere cuando efectivamente éste radica en la Secretaría General de la Corte Constitucional, escrito de intervención con destino al proceso correspondiente, y dentro de los términos que el juez de control de constitucionalidad indique para ello. Esto es, dentro de los diez días de fijación en el lista para intervención ciudadana, regulados en el inciso segundo del artículo 7º del Decreto 2067 de 1991.

En el término de fijación, según constancia de la Secretaría General de la Corporación intervinieron: (...)

Es decir, dentro del término de fijación en lista, los ciudadanos (...), no intervinieron en el proceso de constitucionalidad. Los peticionarios solo participaron con posterioridad, en la audiencia pública convocada en este proceso por citación de la Corte, como voceros de las mencionadas asociaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

En consecuencia, se negará la solicitud de nulidad por falta de legitimación de los peticionarios”²².

En consecuencia, ante la falta de legitimidad del señor Hernando Salcedo Tamayo, la Corte rechaza por improcedente sus solicitudes.

²⁰ Cfr., Corte Constitucional, Auto 029 de 2009 y Sentencia C-258 de 2013, entre otras decisiones.

²¹ Auto 029 de 2009.

²² En sentido similar pueden consultarse los Autos , entre otros, el Auto A-280 de 2010, A-107 de 2011

3.- Breve presentación del caso

3.1.- Los accionantes sostienen que las expresiones impugnadas vulneran los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, la Convención sobre los derechos del niño (Preámbulo, artículos 2, 3 y 21), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10). Tomando como derrotero el principio del interés superior del menor, proponen tres cargos de inconstitucionalidad:

(i) Vulneración del principio de igualdad por falta de protección al interés prevalente del menor en situación de adoptabilidad, representado en su derecho a tener una familia (arts. 13, 42 y 44 CP). En su concepto, no existe un criterio objetivo y razonable para restringir a los menores el derecho a tener una familia solamente conformada por una pareja heterosexual. Según sus palabras, la adopción *“sea por parte de parejas de diverso o de igual sexo, se erige en un medio adecuado para la protección de ese derecho fundamental”*, sobre todo si se tienen en cuenta que *“tanto amor, cuidado, apoyo, educación y demás aspectos relacionados con la crianza de un niño, pueden ser suministrados por padres heterosexuales como por padres homosexuales”*. También alegan la afectación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación contra las parejas del mismo sexo, en especial luego de su reconocimiento como familia a partir de la Sentencia C-577 de 2011.

(ii) Omisión legislativa relativa que desconoce la igualdad, el interés prevalente de los menores en los procesos de adopción y su derecho a tener una familia (arts. 13, 42 y 44 CP). Al respecto cuestionan que las normas que regulan el régimen de adopción en Colombia no permitan que los menores puedan ser adoptados por parejas del mismo sexo, con lo cual, según los demandantes, se genera un déficit de protección que afecta el interés prevalente de los niños, niñas y adolescentes, representando en su derecho a tener una familia. No encuentran ningún fundamento objetivo y razonable que justifique esa exclusión y por el contrario destacan que el Legislador ha incumplido el deber de promover y garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y con ello la realización de su interés superior.

(iii) Interpretación institucional generalizada, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de la Procuraduría General de la Nación, que desconoce los derechos a la igualdad, la familia y el interés superior de los menores por los motivos anteriormente reseñados.

3.2.- Un interviniente solicita a la Corte declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud de la demanda²³. Dos intervinientes y el Procurador General de la Nación opinan que, en relación con el artículo 1º

²³ En este sentido se orienta la petición principal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

de la ley 54 de 1990, la Sentencia C-075 de 2007 configura cosa juzgada constitucional²⁴. Asimismo, el Procurador pide a la Corte declararse inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la interpretación que de las normas acusadas han efectuado las autoridades administrativas, *“en tanto que ésta se ciñe al tenor literal de tales normas y se limitan a reiterar lo señalado en la jurisprudencia constitucional”*.

3.3.- En cuanto al análisis de fondo, la mayoría de intervinientes comparte la posición de los demandantes²⁵. Coinciden en señalar, desde diferentes puntos de vista, que los niños, niñas y adolescentes deben tener la posibilidad de ser adoptados no solo por parejas heterosexuales, sino también por parejas del mismo sexo, bien sea declarando la inexecutable de las normas acusadas o su constitucionalidad condicionada.

Por el contrario, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (petición subsidiaria), la Universidad de la Sabana, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Procurador General de la Nación opinan que la Corte debe declarar exequibles las normas en cuestión. Algunos, además, sostienen que la discusión respecto de la adopción por parejas del mismo sexo fue zanjada definitivamente en la Sentencia C-814 de 2001, por lo que al respecto existe cosa juzgada constitucional.

3.4.- Visto lo anterior, previo a abordar cualquier otro tópico la Corte debe examinar si existe o no cosa juzgada constitucional, en particular teniendo en cuenta lo resuelto por esta corporación en la reciente Sentencia C-071 de 2015. De esta manera, solo en el evento en que no haya operado dicho fenómeno, y que se cumplan los demás requisitos para abordar un análisis de fondo, procederá en tal sentido.

4.- Cosa juzgada relativa en cuanto a los cargos por vulneración del principio de igualdad y derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia (arts. 13 y 42 CP)

La Sala advierte que en relación con las normas demandadas sí se ha operado la cosa juzgada constitucional, derivada de la Sentencia C-071 de 2015. No obstante, como se explica a continuación, la Corte restringió expresamente el alcance del control a los cargos entonces examinados, por lo que los efectos son solo de cosa juzgada **relativa**.

²⁴ Defensoría del Pueblo e intervención de Dejusticia y Colombia Diversa.

²⁵ Ministerio de Salud, Fiscalía General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Universidad Libre, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Universidad de Medellín, Universidad del Norte, Institución Universitaria de Envigado, Dejusticia y Colombia Diversa, Comisión Colombiana de Juristas, Profamilia, Grupo de apoyo a mamás lesbianas, Centro de estudios e intervenciones en Derechos Humanos –Diknos-, Iglesia Evangélica Luterana de Colombia, Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables, Colectivo Juvenil “Yarumal Crítica”, Javier Mauricio Rodríguez Olmos, Alejandro Badilla (y otros), Lucas Correa Montoya -Amicus Curiae del Instituto Williams de la Universidad de California (EEUU)-, Lucas Correa Montoya -Amicus Curiae de la Federación Argentina de Lesbianas, gays, bisexuales y trans (Falgbt)-, Lucas Correa Montoya -- Amicus Curiae de la Facultad de Derecho de American University (EEUU)- y Carlos Fernando Reyes Moreno.

4.1.- En el precitado fallo esta corporación resolvió la demanda de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas (expediente D-10315) contra las mismas normas que ahora se acusan. Como quiera que el reglamento interno de la Corte solo permite acumular los asuntos comprendidos en el programa mensual de reparto²⁶, y en él no se incluyó este proceso (expediente D-10371), no fue posible su acumulación por lo que debieron tramitarse de forma separada.

El entonces accionante censuró que el régimen legal solo autorice la adopción de menores por parejas heterosexuales, con la consecuente exclusión de las parejas del mismo sexo y la supuesta vulneración de varios preceptos constitucionales. Su acusación fue reseñada en los siguientes términos:

“En esta oportunidad el demandante argumenta que las normas acusadas desconocen el Preámbulo y los artículos 1º, 7º, 13, 42 y 44 de la Constitución, así como los artículos 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En síntesis, considera que dichas normas:

(i) Vulneran el derecho a vivir dignamente de las parejas del mismo sexo (Preámbulo y art. 1 CP), al negarles la posibilidad de desarrollar un plan de vida de acuerdo con sus aspiraciones personales y la reivindicación de sus derechos ante el Estado y la sociedad.

(ii) Desconocen el pluralismo y la diversidad cultural (arts. 1 y 7 CP), al establecer solamente como familia a la conformada por cónyuges o por compañeros permanentes de distinto sexo (hombre y mujer), “contrariando la pluralidad cultural de familia, dentro de ellas las creadas por vínculos naturales o jurídicos establecida por la nueva interpretación del artículo 42 de la C.P. desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional”.

(iii) Violan el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual de las parejas del mismo sexo (art. 13 CP), ya que sin justificación alguna impiden que puedan conformar una familia y adopten menores en situación de abandono.

(iv) Desconocen el derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia y a no ser separados de ella (art. 42 CP), de acuerdo con el concepto sociológico de familia fundado en el pluralismo que se acogió en la Sentencia C-577 de 2001.

²⁶ “Artículo 47. Acumulación. Sólo podrán acumularse aquellos procesos que se incluyan en el respectivo programa mensual de trabajo y reparto, siempre y cuando la propuesta de acumulación se justifique en los términos del artículo 5º del Decreto 2067 de 1991, sea formulada al momento de someterse al referido programa a consideración de la Sala Plena y ésta la apruebe. // No habrá recurso alguno contra la decisión tomada por la Sala Plena sobre acumulación de procesos”.

(v) Atentan contra el interés superior del menor y su derecho a tener una familia (art. 44 CP), al limitar injustificadamente las posibilidades de ser adoptados por una pareja del mismo sexo”²⁷.

4.2.- Al llevar a cabo el examen de idoneidad de la demanda la Corte observó que los argumentos de inconstitucionalidad estuvieron centrados en la presunta vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo y, desde esta perspectiva, constató que los cargos fueron planteados en debida forma. Sin embargo, consideró que la acusación relativa al presunto desconocimiento del interés superior del menor (art. 44 CP) no cumplía las exigencias mínimas de especificidad y suficiencia, por lo que se inhibió de pronunciarse al respecto. Sobre el particular sostuvo:

“La Sala observa que los argumentos de inconstitucionalidad están centrados en la presunta violación de los derechos de las parejas de mismo sexo. Desde esta perspectiva, encuentra que los cargos fueron planteados en debida forma, excepto el relacionado con la presunta vulneración del interés superior del menor.

Respecto al cargo por violación de la igualdad (art. 13 CP), el accionante reseñó con claridad cuáles son los sujetos involucrados (familias integradas por parejas heterosexuales y familias conformadas por parejas del mismo sexo), indicó en qué consiste el tratamiento diferencial que consagran las normas demandadas (posibilidad de adoptar para unas familias y exclusión para las otras), y expuso las razones por las cuales considera que ello resulta discriminatorio. Fue así como elaboró un test estricto de igualdad a partir de los criterios de finalidad, adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad.

En concordancia con lo anterior, fundamentó por qué considera que las normas acusadas, en tanto excluyen de la adopción a las parejas del mismo sexo, son incompatibles con el concepto sociológico de familia acogido en la jurisprudencia constitucional reciente, en particular desde la Sentencia C-577 de 2011, en contravía –según él- del artículo 42 de la Carta Política.

Lo propio ocurrió respecto de las acusaciones por desconocimiento del derecho a vivir dignamente de las parejas del mismo sexo (art. 1 CP) y de los principios de pluralismo y diversidad cultural (arts. 1 y 7 CP).

Estos argumentos y reproches cumplen con la carga mínima para plantear una duda seria de constitucionalidad, como lo reafirma el hecho de que la gran mayoría de las intervenciones presentadas, así como el concepto del Procurador General de la Nación, han abordado un análisis de fondo desde la óptica del derecho a la igualdad y la posibilidad o no

²⁷ Sentencia C-071 de 2015. Fundamento jurídico 3.2., literal c).

de que las parejas del mismo sexo conformen una familia y puedan participar en procesos de adopción de menores.

Sin embargo, la Corte considera que el cargo por la presunta vulneración del principio del interés superior del menor (art. 44 CP) no cumple las exigencias mínimas de especificidad y suficiencia para abordar un análisis de fondo. Sobre esta acusación el demandante se circunscribió a alegar que las normas acusadas, al restringir la adopción de menores por parejas del mismo sexo, desconocen que ‘dadas las convulsionadas condiciones sociales del país, la falta de educación y la abrumante desigualdad social, muchos niños son abandonados por sus madres y padres, o son huérfanos’.

La acusación no satisface el requisito de especificidad por cuanto los cuestionamientos formulados por el demandante resultan muy amplios e indirectos, al limitarse a referencias genéricas, globales e indeterminadas en cuanto a la presunta vulneración del interés superior del menor.

El accionante no precisa cuál es el alcance del artículo 44 de la Carta Política (que reconoce el interés superior del menor), ni explica su entendimiento de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para confrontarlo luego con las normas parcialmente acusadas y sustentar por qué dicha norma resulta vulnerada con la no inclusión de las parejas del mismo sexo dentro de los sujetos habilitados para adoptar conjuntamente. En otras palabras, propone un razonamiento vago y abstracto que impide un debate concreto a la luz de la norma superior invocada.

Concordante con lo anterior, este cargo tampoco satisface el requisito de suficiencia ya que argumentación que ofrece el ciudadano acerca de la vulneración del principio del interés superior del menor es realmente escasa. Sus reflexiones en este punto son lacónicas y huérfanas de un desarrollo analítico de las premisas que plantea, con lo cual no son más que una opinión acerca de la afectación de los derechos de los menores en situación de adoptabilidad, al punto que no existen los elementos de juicio normativos y fácticos necesarios para abordar un examen constitucional desde esta perspectiva.

En síntesis, la Corte encuentra que los cargos de inconstitucionalidad fueron planteados en debida forma, excepto el relacionado con la presunta vulneración del interés superior del menor. Esta última acusación no atiende las exigencias mínimas de especificidad y suficiencia para abordar un análisis de fondo, de manera que la Corte se inhibirá para pronunciarse al respecto por ineptitud sustantiva de la demanda²⁸. (Resaltado fuera de texto)

²⁸ Sentencia C-071 de 2015. Fundamento jurídico 3.2., literal c).

Como puede notarse, el eje central de la acusación fue la presunta vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo a la igualdad -prohibición de discriminación- y a conformar una familia (arts. 13 y 42 CP), sobre cuya base la Corte adelantó el examen de constitucionalidad. En cuanto al cargo por desconocimiento del interés superior del menor (art. 44 CP), no fue objeto de estudio y, por el contrario, ante las deficiencias de la demanda la Sala decidió expresamente abstenerse de analizarlo.

En este punto únicamente uno de los magistrados salvó parcialmente el voto²⁹. En su criterio, el cargo relacionado con la presunta vulneración del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes cumplía con todos los requisitos legales y jurisprudenciales para que esta Corporación se pronunciara de fondo sobre el mismo.

Por último, la Corte desestimó la existencia de cosa juzgada constitucional emanada de las sentencias C-814 de 2001 y C-075 de 2007, a cuyas consideraciones la Sala hace remisión directa³⁰.

4.3.- A continuación, teniendo en cuenta que el Código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098 de 2006) distingue la adopción conjunta de la adopción complementaria o por consentimiento, la Corte formuló el siguiente problema jurídico, el cual estuvo circunscrito a determinar si se vulneraban o no los derechos de las parejas del mismo sexo:

“Como ya se dijo, la demanda está fundada en el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo (discriminación por orientación sexual) y del concepto constitucional de familia acogido a partir de la Sentencia C-577 de 2011, al no incluirlas como potenciales participantes en los procesos de adopción de menores. **A ese examen constitucional se circunscribirá la Corte en la presente sentencia**³¹.

En este punto es necesario aclarar que la demanda recae sobre dos modalidades diferentes de adopción. De un lado, (i) se acusan las normas que tienen que ver con la adopción conjunta, ejercida por compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida por lo menos de dos años (núm. 1º del art. 64 y núm. 3º del art. 68 de la Ley 1098 de 2006). De otro, (ii) se impugnan las normas que versan sobre la adopción complementaria o por consentimiento, cuando se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente, con la anuencia de este (núm. 5º del art. 64, art. 66 parcial y núm. 5º del art. 68 de la Ley 1098 de 2006).

²⁹ Salvamento parcial de voto del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁰ Sentencia C-071 de 2015. Fundamento jurídico 3.3.

³¹ Ante la ineptitud de la demanda en la formulación del cargo por desconocimiento del interés superior del menor, la Corte se abstendrá de analizar la información copiada al respecto, que en todo caso se reseña en documento Anexo a esta sentencia.

Sobre la base de los antecedentes expuestos, sintetizado el contenido de la demanda, de las intervenciones y del Procurador General de la Nación, y superadas las cuestiones previas de orden procesal, la Corte debe resolver el siguiente problema jurídico: **¿Las normas que regulan la adopción conjunta y complementaria por parte de compañeros permanentes, al no incluir a las parejas del mismo sexo como posibles adoptantes, vulneran sus derechos a no ser discriminadas por motivo de sexo o de orientación sexual, así como sus derechos a constituir una familia y no ser separadas de ella (arts. 13 y 42 CP)?**.³² (Resaltado fuera de texto)

Sobre las normas que regulan la adopción conjunta (núm. 1º del art. 64 y núm. 3º del art. 68 la Ley 1098 de 2006), la mayoría consideró que no se afectaba la prohibición de discriminación por orientación sexual de las parejas del mismo sexo, ni tampoco su derecho a conformar una familia. De esta manera la Corte declaró exequibles las normas acusadas, aun cuando limitó expresamente el alcance de su decisión a los cargos por violación de la igualdad y derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia. Fue así como resolvió:

“Primero.- Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados, las expresiones impugnadas de los artículos 64 (numeral 1º) y 68 (numeral 3º) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, ‘por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes’.”³³ (Subrayado fuera de texto)

En el juicio de constitucionalidad sobre las normas que regulan la adopción complementaria o por consentimiento, es decir, la que tiene lugar en aquellos eventos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o compañero(a) permanente, con la anuencia de este, la Corte estimó necesario condicionar su constitucionalidad para reconocer expresamente la posibilidad de adopción por parte del compañero(a) del mismo sexo, cuando previamente se ha forjado el lazo familiar pero no se han reconocido aún los efectos jurídicos de dicho vínculo. Para tal fin, en el numeral segundo de la parte resolutive del fallo la Corte condicionó la validez de dichas normas, precisando que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo. Al respecto dispuso:

“Segundo.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones demandadas del numeral 5º del artículo 64, del artículo 66 y del numeral 5º del artículo

³² Sentencia C-071 de 2015. Fundamento jurídico 4.

³³ Sentencia C-071 de 2015. Con relación al numeral primero de la parte resolutive, salvaron voto los magistrados María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva. Adicionalmente, como ya se dijo, el magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub salvó parcialmente el voto por considerar que el cargo sobre la presunta vulneración del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, también cumplía con todos los requisitos legales y jurisprudenciales para que esta Corporación se pronunciara de fondo sobre el mismo.

68 de la Ley 1098 de 2006, ‘por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia’, **en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente**³⁴.

4.4.- Advierte la Corte que la decisión adoptada en la Sentencia C-071 de 2015 solo tiene efecto de **cosa juzgada relativa**, lo cual opera cuando el juez limita los efectos de su decisión permitiendo que en el futuro se presenten nuevas demandas contra las mismas normas, siempre que se formulen cargos de inconstitucionalidad que aún no han sido examinados por el Tribunal Constitucional. Acerca de los efectos de esta clase de decisiones la jurisprudencia ha explicado lo siguiente:

“4.2.- El efecto de cosa juzgada es claro cuando la norma demandada a través de la acción pública de inconstitucionalidad ha sido declarada inexecutable, ya que la disposición contraria a la Carta desaparece del ordenamiento jurídico y, en el futuro, si se presentan demandas sobre la misma norma, no existe objeto sobre el cual pronunciarse. Sin embargo, el asunto presenta cierta complejidad cuando, como en el presente caso, una vez agotado un estudio de constitucionalidad la norma ha sido declarada executable pero posteriormente se presentan nuevas demandas, pues no siempre es claro cuál es el alcance de la decisión previa.

En la práctica la declaratoria de executibilidad permite, al menos en principio, que en el futuro se presenten otras acusaciones en relación con la misma norma, a tal punto que el propio ordenamiento consagra la posibilidad de admitir nuevas demandas de inconstitucionalidad, aun cuando la Corte conserva la posibilidad de reconocer el efecto de cosa juzgada al momento de proferir sentencia, ‘caso en el cual se abstendrá de decidir de fondo y proferirá entonces la orden de estarse a lo resuelto en su anterior pronunciamiento, que generó el efecto de cosa juzgada’³⁵.

4.3.- Frente a este tipo de situaciones la jurisprudencia ha explicado que puede haber (i) *cosa juzgada absoluta* o (ii) *cosa juzgada relativa*. Existe *cosa juzgada absoluta*, ‘cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es executable o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional’³⁶. Respecto de la *cosa juzgada relativa*, esta Corporación ha dicho que se configura cuando ‘el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro ‘se formulen nuevos cargos de

³⁴ Sentencia C-071 de 2015. Con relación al numeral segundo de la parte resolutoria, salvaron voto los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Martha Victoria Sánchez Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-931 de 2008.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001.

inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado' (Auto 171/01)³⁷.

La Corte también ha distinguido entre (ii.a) *cosa juzgada relativa explícita* y (ii.b) *cosa juzgada relativa implícita*: 'explícita, en aquellos eventos en los cuales los efectos de la decisión se limitan directamente en la parte resolutive, e implícita cuando tal hecho tiene ocurrencia en forma clara e inequívoca en la parte motiva o considerativa de la providencia, sin que se exprese en el resuelve'³⁸.

Así mismo, algunos eventos se circunscriben a lo que la jurisprudencia ha llamado (iii) *cosa juzgada aparente* (o *cosa juzgada absoluta aparente*), 'si pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales'³⁹. (Sentencia C-729 de 2009)

4.5.- En síntesis, en la demanda resuelta en la Sentencia C-071 de 2015 el argumento central consistió en que, según el accionante, la exclusión de la posibilidad de adoptar de las parejas del mismo sexo vulneraba sus derechos a la igualdad y a tener una familia (arts. 13 y 42 CP), lo cual fue desestimado por la mayoría de la corporación. Si bien es cierto que la Corte valoró la importancia de proteger al menor y a los demás integrantes del grupo familiar, e hizo alguna referencia a ello en el caso de la adopción complementaria o por consentimiento, también lo es que no fue el eje central de la discusión ni en torno a él se centraron los problemas jurídicos resueltos, por lo que sobre este punto específico no existe cosa juzgada constitucional.

Una lectura del fallo demuestra, además, que en lo concerniente a la adopción conjunta la Corte optó expresamente por restringir el alcance de la cosa juzgada constitucional a "*los cargos analizados*". Cargos que, como ya se reseñó, estuvieron circunscritos a la presunta vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo a la igualdad y a tener una familia (arts. 13 y 42 CP), pero donde no se examinó el cuestionamiento relativo a la afectación del interés superior de menor (art. 44 CP).

De esta manera, la Sentencia C-071 de 2015 solo 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 (arts. 13 y 42 CP), pero no en cuanto al cargo relativo a la presunta vulneración del interés superior del menor (art. 44 CP), respecto del cual no existe, hasta ahora, un pronunciamiento por parte de este Tribunal.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 2002.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 2002.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-931 de 2008. En el mismo sentido pueden verse las Sentencias C-397 de 1995, C-700 de 1999, C-1062 de 2000 y C-415 de 2002, entre otras.

5.- Aptitud de la demanda por desconocimiento del interés superior del menor (art. 44 CP)

La argumentación de la presente demanda está fundada en la presunta vulneración del principio de interés superior del menor (art. 44 CP). Los accionantes insisten en que se plantea un enfoque constitucional diferente, porque mientras la demanda que dio lugar a la Sentencia C-071 de 2015 hizo énfasis “*en el derecho de las parejas homosexuales a ser tratadas en igualdad de condiciones*”, la que ahora se examina tiene como vértice “*el interés prevalente del menor representado en su derecho a tener una familia, la que se considera debe ser el principal objeto de protección por ser un derecho prevalente sobre los derechos de los demás*”.

Sobre esa base han formulado tres reproches de inconstitucionalidad, de cada uno de los cuales exponen argumentos independientes: (i) vulneración del principio de igualdad por falta de protección al interés prevalente del menor en situación de adoptabilidad, representado en su derecho a tener una familia (arts. 13, 42 y 44 CP); (ii) omisión legislativa relativa que desconoce la igualdad, el interés prevalente de los menores en los procesos de adopción y su derecho a tener una familia (arts. 13, 42 y 44 CP); y (iii) existencia de una interpretación institucional generalizada, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de la Procuraduría General de la Nación, que desconoce los derechos a la igualdad, la familia y el interés superior de los menores.

A juicio de la Corte, la demanda cumple las exigencias mínimas de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que ha decantado la jurisprudencia para las acusaciones de inconstitucionalidad⁴⁰, que en este caso giran todos ellos en torno a la presunta vulneración del principio del interés superior del menor (art. 44 CP).

La acusación es *clara* por cuanto permite comprender sin dificultad cuál es el reparo central, incluso para quienes reclaman un fallo inhibitorio, a tal punto que todos los intervinientes y el Procurador General de la Nación se pronunciaron sobre el fondo de la controversia.

En cuanto al requisito de *certeza*, la Sala considera que la demanda recae sobre una proposición jurídica real y existente, por cuanto las normas parcialmente acusadas excluyen la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo, o al menos admiten una interpretación en ese sentido. Sobre el particular la Sentencia C-071 de 2005 explicó lo siguiente:

⁴⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-236 de 1997, C-447 y C-542 de 1997, C-519 de 1998, C-986 de 1999, C-013 de 2000, C-1052, C-1256 de 2001, C-1294 de 2001, C-918 de 2002, C-389 de 2002, C-1200 de 2003, C-229 de 2003, C-048 de 2004, C-569 de 2004, C-1236 de 2005, C-1260 de 2005, C-180 de 2006, C-721 de 2006, C-402 de 2007, C-666 de 2007, C-922 de 2007, C-292 de 2008, C-1087 de 2008, C-372 de 2009, C-025 de 2010, C-102 de 2010, C-028 de 2011, C-029 de 2011, C-101 de 2011 y C-1021 de 2012, entre muchas otras.

“b.- La demanda recae sobre un contenido cierto y verificable. La ley 1098 de 2006 excluyó la adopción por parejas del mismo sexo.

Algunos intervinientes sugieren que la demanda adolece de falta de *certeza* en la medida en que las normas acusadas, y en particular la expresión “*compañeros permanentes*”, presentan una redacción neutra al no establecer ninguna distinción entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo, de donde no se infiere –como lo hace el actor– que la adopción por parte de estas últimas se encuentre prohibida en la ley de infancia y adolescencia. Según su criterio, desde esta perspectiva la demanda recae sobre una interpretación subjetiva del ciudadano y no sobre un contenido que realmente se deriva de los preceptos impugnados, lo cual conduciría a un fallo inhibitorio. (...)

Pese a la redacción en principio neutra del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, los antecedentes legislativos y el entendimiento dominante de la norma en la comunidad jurídica conducen a la Corte a concluir que en la legislación no se encuentra prevista la adopción por parejas integradas por personas del mismo sexo. Es decir, para la Sala, el régimen legal vigente no contempla la adopción por parejas del mismo sexo.

La anterior conclusión se confirma al revisar los antecedentes legislativos, dentro de los cuales es posible destacar dos aspectos relevantes: (i) para sostener que el legislador transitó hacia un modelo radicalmente distinto de adopción como el que se propone, tendría que haber existido una deliberación expresa y consciente sobre el cambio, pero esta discusión nunca se dio; es decir, en el Congreso no se debatió ni se decidió sobre la adopción homoparental, sino que se presupuso que se daría continuidad al modelo previsto en el Código del Menor; (ii) aunque al final del trámite parlamentario hubo algunas intervenciones que advirtieron sobre la redacción neutra de la norma, estas intervenciones no debe ser entendidas como un intento por abrir el debate sobre la nueva modalidad de adopción, sino como una advertencia sobre la fórmula gramaticalmente correcta que diera cuenta de la voluntad legislativa, que no se puso en cuestión, ni se contravirtió.

En efecto, una revisión de los antecedentes y debates al interior del Congreso de la República durante el trámite de aprobación del actual Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) demuestra que el Legislador, de manera deliberada y consciente, excluyó la adopción por parejas del mismo sexo.

(...)

El Congreso optó, entonces, por reconocer expresamente la adopción por personas solteras, con independencia de su orientación sexual, lo que por demás ya estaba previsto en el anterior Código del Menor (art. 89). Sin embargo, en cuanto se refiere a la adopción conjunta por parte de *compañeros permanentes “del mismo sexo”*, una revisión de los

debates legislativos muestra que el Congreso fue reticente a su consagración.

En esta medida, el reproche que plantea el demandante acerca de la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar conjuntamente es válido y habilita a esta corporación a pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de las normas acusadas por cuanto la acusación recae sobre una norma jurídica que “*tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto*”⁴¹. Así, la demanda se estructura sobre la base de una acusación *cierta*, es decir, a partir de una correspondencia lógica entre las normas impugnadas y las acusaciones planteadas”.

También se cumple el requisito de *especificidad*, en la medida en que de cada una de las expresiones demandadas se individualiza la acusación y se hace una exposición independiente, centrada siempre en la presunta afectación del interés superior del menor. El requisito de *pertinencia* se acredita por cuanto las razones en las que se funda la demanda son de orden constitucional. Por último, la acusación es *suficiente* ya que ha surgido una duda seria acerca de la validez constitucional de las expresiones impugnadas.

La Corte debe precisar que aun cuando los cargos de inconstitucionalidad se proponen de manera independiente, todos tienen como núcleo común la presunta afectación del principio del interés superior del menor (art. 44 CP), bajo la premisa de que no existe en el ordenamiento jurídico ningún criterio que justifique impedir que los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono u orfandad puedan ser adoptados por parejas del mismo sexo y con ello aseguren su derecho a tener una familia y su desarrollo armónico e integral.

En consecuencia, habida cuenta de que sobre este cargo no existe cosa juzgada constitucional, y de que la demanda fue presentada en debida forma, procede abordar un estudio de fondo.

6.- Problema jurídico

Sobre la base de los antecedentes expuestos la Sala no considera procedente abordar un análisis a partir de una presunta omisión legislativa relativa, sino tomando como base el alcance de las normas parcialmente acusadas y la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en los procesos de adopción de niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, el problema jurídico a resolver ya no consiste en definir si esa exclusión vulnera los derechos de las parejas a la igualdad y a conformar una familia, lo cual fue desestimado por la mayoría de la Sala en la Sentencia C-071 de 2015. Lo que en esta oportunidad debe determinar la Corte es, desde

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-871 de 2003.

un enfoque constitucional diferente, 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 (art. 44 CP).

Para dar respuesta a la problemática descrita la Sala abordará los siguientes ejes temáticos: (i) el interés superior del menor, el derecho a tener una familia y la adopción como medida de protección; (ii) la adopción por parejas del mismo sexo y el interés superior del menor, valorando tanto las experiencias en el derecho comparado como la evidencia científica disponible y acopiada; con fundamento en lo anterior, (iii) procederá al examen constitucional de las normas demandadas.

7.- El interés superior del menor, el derecho a tener una familia y la adopción como medida de protección

Desde este momento la Corte quiere ser categórica en advertir que el análisis constitucional relacionado con la adopción exige tomar como punto de partida el principio del interés superior del menor, lo que de ninguna manera implica desconocer que también se involucran otros derechos y principios de notable relevancia constitucional. Ello se explica por cuanto los procesos de adopción están principalmente orientados a brindar a los menores en situación de abandono una familia en la que puedan asegurar un desarrollo integral y armónico, condición de posibilidad para hacer efectivos otros derechos fundamentales: *“de ahí que la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia”*⁴². Es por ello por lo que el interés superior del menor se proyecta como *“eje central del análisis constitucional y como guía hermenéutica orientadora de las decisiones judiciales que resuelvan conflictos que involucren un menor de edad”*⁴³.

Teniendo este derrotero como norte, la Sala comienza por referirse al marco normativo de protección al menor y en especial al principio del interés superior del niño, para luego explicar su alcance en el régimen legal de la adopción.

7.1.- El interés superior del menor y su relevancia constitucional

Los niños, niñas y adolescentes representan el futuro de los pueblos; en ellos están cimentadas las aspiraciones de una sociedad y las esperanzas colectivas

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En aquella oportunidad la Corte constató que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el interés superior de una menor, en especial su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, al aplicar la norma legal sobre irrevocabilidad del consentimiento para dar en adopción transcurrido un mes, y en consecuencia negar a su madre biológica la posibilidad de recuperar a su hija, dada en adopción en forma irregular puesto que dicho consentimiento no fue idóneo al no ser apto, asesorado e informado.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2010. La Corte declaró exequible la expresión “que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años”, contenida en el numeral 3° del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, como requisito para adoptar en el caso de los compañeros permanentes.

por un mañana mejor. Tal circunstancia, sumada a las condiciones fácticas de vulnerabilidad en las que a menudo se encuentran los menores y al déficit de representación democrática que soportan, han hecho que jurídicamente se valore como sujetos de especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado⁴⁴.

Es así como el artículo 44 de la Constitución señala algunos derechos fundamentales específicos de los niños, hace extensivos todos los otros derechos plasmados en la Carta Política, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y consagra en forma expresa que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*⁴⁵. Esta norma es el fundamento constitucional de lo que se conoce como el *“interés superior del menor”*, aun cuando su reconocimiento normativo también emana de instrumentos de derecho internacional, algunos vinculantes para Colombia por la vía del bloque de constitucionalidad.

El primer instrumento que reconoció los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra (1924), adoptada por la Sociedad de Naciones Unidas⁴⁶. Posteriormente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) plasmó en el artículo 25-2 los derechos de la infancia⁴⁷.

No obstante, fue en la Declaración de los Derechos del Niño (1959) donde se estipuló en forma expresa que al promulgarse las leyes para hacer efectivos los derechos de los menores la principal consideración sería *“el interés superior del niño”*⁴⁸.

⁴⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-149 de 2009 y C-468 de 2009. En la Sentencia C-149 de 2009 la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la norma que exige formación especializada para ejercer el cargo de Defensor de Familia (numeral 3º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia). Por su parte, en la Sentencia C-468 de 2009 la Corte declaró inexecutable la expresión “de doce (12) años”, contenida en el artículo 127 del Código Penal, que tipificaba el delito de abandono de un menor solamente hasta esa edad, ya que la condición de menor se extiende a toda persona que no ha cumplido 18 años. Ver también la Sentencias SU-225 de 1998, T-939 de 2001 y C-507 de 2004, entre otras.

⁴⁵ “ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. // La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

⁴⁶ “Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que: // 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. // 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados. // 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. // 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. // 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo”.

⁴⁷ “ARTÍCULO 25.- (...) 2.- La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

⁴⁸ “PRINCIPIO II.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral,

En el marco de los tratados internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), aprobado internamente por la Ley 74 de 1968, incluyó una disposición dedicada expresamente a los derechos de los niños, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado⁴⁹. El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), incorporado mediante la Ley 74 de 1968, también contempló una cláusula especial de protección a niños y adolescentes⁵⁰. Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), aprobada mediante la Ley 16 de 1972, reconoció que los niños tienen derechos de protección especial⁵¹.

A su turno, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), incorporada en el derecho interno a través de la Ley 12 de 1991, amplió el principio de “*interés superior del menor*” a todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar, los tribunales, las autoridades administrativas y el órgano legislativo⁵², y lo recogió en diversos artículos del mismo estatuto⁵³.

La Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño, “*sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*”, aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), reconoce una triple dimensión del “*interés superior del niño*”⁵⁴:

espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁴⁹ “ARTÍCULO 24.- 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. // 2.- Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. // 3.- Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

⁵⁰ “ARTÍCULO 10.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

⁵¹ “ARTÍCULO 19.- Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

⁵² “ARTÍCULO 3. 1- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁵³ Artículos 9, 18, 20, 21, 28, 37 y 40 de la Convención.

⁵⁴ Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño: “I. Introducción. A. El interés superior del niño: un derecho, un principio y una norma de procedimiento: (...) 6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

(i) Es un derecho sustantivo. Significa que debe tenerse en cuenta para tomar decisiones que involucren a los niños, con lo cual el artículo 3, párrafo 1, de la Convención *“establece una obligación intrínseca para los Estados, es aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”*.

(ii) Es un principio jurídico interpretativo fundamental. De manera que si una disposición admite más de una interpretación, *“se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niños”*.

(iii) Es una norma de procedimiento. Implica que cuando se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o a un grupo de niños, *“el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas y negativas) de la decisión en el niño o en los niños interesados”*.

Con esos fundamentos normativos, el principio del *“interés superior del menor”*, del cual se ha ocupado en numerosas oportunidades la jurisprudencia constitucional, implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral⁵⁵. Desde sus primeras decisiones esta corporación precisó que el interés superior del niño *“es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad”*, donde se abandona su concepción como incapaces para en su lugar reconocerles la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen⁵⁶. De esta manera, *“de ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y*

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

⁵⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-019 de 1993, T-290 de 1993, T-278 de 1994, T-442 de 1994, T-408 de 1995, T-412 de 1995, T-041 de 1996, SU-225 de 1998, T-514 de 1998, T-587 de 1998, T-715 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-979 de 2001, T-189 de 2003, T-510 de 2003, T-292 de 2004, C-507 de 2004, C-796 de 2004, T-864 de 2005, T-551 de 2006, C-738 de 2008, C-149 de 2009, C-468 de 2009, T-078 de 2010, T-572 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014, entre muchas otras.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1995. La Corte tuteló el derecho invocado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a la menor el derecho a visitar a su madre, reclusa en prisión, ya que el padre de la menor le impedía hacerlo. Allí también se explicó lo siguiente: “La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”.

autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades”⁵⁷.

Con todo, la delimitación de lo que se entiende por “*interés superior del menor*” no ha sido una labor sencilla. La Corte ha afirmado que el significado de este principio, que constituye a la vez un criterio hermenéutico para dar una lectura prevalente del ordenamiento con base en sus derechos, “*únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular*”; lo cual se explica si se tiene en cuenta que su contenido es de naturaleza real y relacional, es decir, que “*sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad*”⁵⁸.

En un esfuerzo por sistematizar este concepto la jurisprudencia constitucional ha fijado dos clases de parámetros para identificar cuándo puede verse involucrado el interés superior del menor y con base en ellos orientar el análisis y resolución de casos puntuales: (i) las condiciones jurídicas y (ii) las condiciones fácticas.

(i) En cuanto a las *condiciones jurídicas* que caracterizan el interés superior del menor, se refieren a aquellas pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio *pro infans*). Algunas de estas son las siguientes⁵⁹:

- Garantía del desarrollo integral del menor. El artículo 44 de la Constitución asigna a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar “*su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*”. El desarrollo es *armónico* cuando comprende las diferentes facetas del ser humano (intelectual, afectiva, social, cultural, política, religiosa, etc.); y es *integral* cuando se logra un equilibrio entre esas dimensiones o cuando al menos no se privilegia ni se minimiza o excluye desproporcionadamente alguna de ellas⁶⁰.

- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Como se mencionó, los derechos de los menores son, además de los derechos de toda persona, aquellos específicamente consagrados en el artículo 44 superior (vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y libre expresión). De esta manera, el interés superior del menor demanda una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2004. La Corte declaró inexecutable la norma que establecía la nulidad del matrimonio celebrado por una mujer menor de doce (12) años, y executable la que establecía en catorce (14) años la edad mínima del hombre para contrarar matrimonio, “siempre y cuando se entienda que la edad para la mujer es también de catorce años”. Con ello equiparó la edad mínima de ambos sexos.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En sentido similar pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-397 de 2004, T-572 de 2010, T-078 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014.

⁵⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-510 de 2003 y T-292 de 2004, entre otras.

⁶⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-507 de 2004 y C-468 de 2009.

- Protección ante riesgos prohibidos. Es obligación del Estado, pero también de la familia y de la sociedad, proteger a los menores *“frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas”*⁶¹, lo que guarda plena correspondencia con el artículo 44 superior, en tanto exige la protección a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

- Equilibrio con los derechos de los padres. Es importante anotar que la prevalencia de los derechos e intereses de los menores *“no significa que sus derechos sean absolutos o excluyentes”*⁶², sino que debe procurarse su armonización con los derechos de las personas vinculadas a un niño, en especial con sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza, de modo que solo ante un conflicto irresoluble entre los derechos y unos y otros la solución debe ser la que mejor satisfaga la protección del menor.

- Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Sobre el particular la Corte ha explicado que para garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, *“se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección”*⁶³.

- Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales. En este punto cabe añadir que la injerencia del Estado en el ámbito de las relaciones filiales debe estar precedida de motivos suficientes, que vayan más allá, por ejemplo, de las condiciones económicas en las que se desenvuelve un menor, en especial cuando se trata de separar los vínculos entre unos y otros.

(ii) En cuanto a las *condiciones fácticas*, son las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado. Por su naturaleza, imponen a las autoridades y a los particulares *“la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión”*⁶⁴.

Por ejemplo, esta corporación ha advertido que *“en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento el cuidado y custodia puede implicar*

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2009.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2009. La Corte declaró exequible el requisito de idoneidad física como condición para adoptar, previsto en el artículo 68 del Código de la Infancia y de la Adolescencia.

eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado”. En esa medida, ante una reposada valoración de las condiciones fácticas, “resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente (...)”, sobre todo si se tiene en cuenta que “la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable”⁶⁵.

En aplicación del principio de prevalencia del interés superior del menor la Corte ha reconocido que se vulnera cuando se obliga a un niño a regresar al lado de su madre biológica, si esta *“no puede brindarle el cuidado y la asistencia necesaria, ni menos aún, el amor y la protección de una familia”⁶⁶*. También se afecta cuando, sin valorar adecuadamente su entorno, un menor es separado en forma abrupta e intempestiva de un hogar con el cual ha desarrollado vínculos afectivos legítimos, así se trate de un hogar sustituto⁶⁷.

En síntesis, la naturaleza real y relacional del interés superior del menor exige ponderar cuidadosamente las circunstancias fácticas, y con ello *“una verificación de los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores, a sus familias, así como de las circunstancias concretas en las que frecuentemente se hallan presentes aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad”⁶⁸*.

El principio del interés superior del menor se erige en definitiva como una norma de amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno y en el derecho internacional vinculante para Colombia. Representa un importante parámetro de interpretación para la solución de controversias en las que se puedan ver comprometidos los derechos de niños, niñas y adolescentes. En su análisis es preciso tomar en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas para optar por aquella decisión que, en mejor medida, garantice sus derechos e intereses con miras a su desarrollo armónico e integral.

7.2.- El derecho a tener una familia⁶⁹

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-442 de 1994. La Corte amparó los derechos fundamentales de un menor porque en un proceso de custodia el Juzgado de Familia no tuvo en cuenta los elementos probatorios acopiados, dejándolo en una situación indeseada y creando el riesgo de causarle secuelas psicológicas irreversibles.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 1994. Como medida de protección la Corte ordenó la permanencia de una menor en el hogar de una pareja que la había cuidado durante los últimos cinco (5) años, con la cual había formado sólidos lazos psicoafectivos cuya ruptura incidiría negativamente sobre su proceso de desarrollo integral, a pesar de que su madre biológica –que la había entregado voluntariamente a dicha pareja- había expresado al ICBF su voluntad de reclamarla.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-715 de 1999. La Corte amparó los derechos de una menor que fue separada abrupta e intempestivamente de su hogar sustituto en el que había permanecido sus cerca de cinco (5) años de vida.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2010.

⁶⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015.

El artículo 5º de la Constitución ampara a la familia como *“institución básica de la sociedad”*, lo que se reafirma en el artículo 42 al calificarla de *“núcleo fundamental de la sociedad”*. En correspondencia, el artículo 44 del mismo estatuto consagra el derecho fundamental de los niños *“a tener una familia y no ser separados de ella”*.

Estas normas guardan armonía con los estándares fijados por el derecho internacional y los instrumentos que reconocen el derecho a la familia y su importancia como piedra angular para el desarrollo social y el bienestar de los menores. Solo a manera de ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos cataloga a la familia como el *“elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*⁷⁰. La Declaración de los Derechos del Niño (1959) afirma que el menor debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, en cualquier caso en un entorno de afecto y seguridad moral y material⁷¹. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) sostiene que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad⁷². El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966) estipula que la familia se erige como base para el desarrollo de los hijos⁷³. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) consagra el derecho a la protección familiar⁷⁴. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda (1986), indica que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil, y que *“el bienestar del niño depende del bienestar de la familia”*⁷⁵. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) ve en la familia el *“grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, [que] debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*, además de exigir el deber de los

⁷⁰ “ARTÍCULO 16.- 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁷¹ “PRINCIPIO VI.- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (...)”.

⁷² “ARTÍCULO 23.- 1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁷³ “ARTÍCULO 10.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

⁷⁴ “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 éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. // 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. // 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. // 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

⁷⁵ RESOLUCIÓN 41/85 de 1986.- “A.- Bienestar general de la familia y del niño. Artículo 1º. Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño. // Artículo 2º. El bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.

Estados de velar por la protección de los menores cuando vean afectado su medio familiar⁷⁶.

En general, las normas que regulan los derechos de los menores *“parten del supuesto sociológico según el cual el desarrollo armónico e integral del menor depende, en buena medida, de que crezca en un ambiente de afecto y solidaridad moral y material. Por esta razón, tales disposiciones protegen de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del menor”*⁷⁷.

La importancia del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, ha explicado la jurisprudencia constitucional, radica en que su garantía es *“condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta”*⁷⁸. De manera que, siendo obligación del Estado asegurar el derecho de los niños, en particular de aquellos que se encuentran en situación de abandono, *“impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales”*⁷⁹.

En la reciente Sentencia C-071 de 2015 esta corporación reseñó algunos criterios a tener en cuenta para resolver conflictos asociados con el derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, en particular para establecer vínculos de filiación, por cuanto no todas las estructuras familiares están en las mismas condiciones de adoptar o educar a un menor por la sola circunstancia de encontrarse constitucionalmente reconocidas. Dijo entonces la Corte:

“6.10.- El anterior recuento jurisprudencial⁸⁰ permite a la Sala extraer algunas conclusiones generales en cuanto a los criterios que deben ser valorados para resolver conflictos asociados al derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella; en particular para

⁷⁶ “ARTÍCULO 20.- 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. // 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. // 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En relación con este derecho pueden consultarse las Sentencias T-523 de 1992, T-531 de 1992, T-429 de 1992, T-500 de 1993, T-178 de 1993, T-274 de 1994, T-447 de 1994, T-290 de 1995, T-383 de 1996, C-477 de 1999, T-510 de 2003, T-078 de 2004, T-165 de 2004, T-497 de 2005, T-137 de 2006, T-599 de 2006, T-900 de 2006, T-566 de 2007, T-515 de 2008, T-705 de 2009, T-887 de 2009, T-572 de 2010, C-840 de 2010, T-1042 de 2010, T-488 de 2011, C-577 de 2011, T-580A de 2011, T-012 de 2012, T-663 de 2012, T-723 de 2012, T-768 de 2013, T-772 de 2013 y C-239 de 2014, entre muchas otras.

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

⁸⁰ No se incluyen en este apartado las Sentencias C-814 de 2001, C-712 de 2010, T-276 de 2012 y SU-617 de 2014, que se examinan más adelante, por referirse específicamente al sexo y la orientación sexual de los aspirantes a adoptar.

establecer vínculos de filiación, por cuanto, como se ha visto, no todas las estructuras familiares están en las mismas condiciones de adoptar o educar a un menor por la circunstancia de encontrarse constitucionalmente reconocidas:

- Derecho a tener una familia. Todo niño tiene derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Sin embargo el concepto de familia no está referido solamente a la comunidad natural o biológica, sino que se puede extender para incorporar a personas no vinculadas por consanguinidad⁸¹.

- Reconocimiento del vínculo familiar. Si bien la familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política, ello no significa que la familia de hecho o de crianza no sea también objeto de protección y reconocimiento constitucional⁸². En esa medida, el derecho de un menor a tener una familia no significa que esta necesariamente deba ser la consanguínea o biológica, sino que también tienen cabida otras estructuras familiares (familia de crianza, familia extendida, familia monoparental, familia ensamblada, entre otras.)⁸³.

- Deber de intervención del Estado en casos de riesgo o abandono. Lo normal es que el niño nazca y crezca en el seno de una familia (biológica o consanguínea) y lo excepcional que se encuentre en situación de abandono. En ocasiones la familia “*natural*” o biológica no es el medio adecuado para el desarrollo integral del menor; así ocurre, por ejemplo, en caso de agresión o de abandono. En tales eventos el Estado tiene la obligación de “*establecer instituciones encargadas de suplir, hasta donde ello resulte posible, las carencias que padece el menor que se ve obligado a separarse de su familia natural*”⁸⁴, donde la adopción se proyecta como la más importante medida de protección para suplir tales carencias.

- Necesidad de proteger los lazos familiares consolidados. El Estado tiene el deber de procurar al menor la protección de los vínculos de familiaridad previamente consolidados, porque cuando se impide o dificulta la conformación de un núcleo familiar se puede originar una situación de desarraigo que puede afectar el derecho del menor a tener una familia y, por esa vía, otros derechos fundamentales⁸⁵. Ello supone, como es obvio, que ha de tratarse de una estructura de familia constitucionalmente reconocida. De modo que cuando un niño ha sido separado de su familia biológica y ha permanecido bajo el cuidado de un hogar distinto al punto de haber forjado vínculos de afecto con su nuevo entorno, “*entonces el ámbito de protección del derecho de tal*

⁸¹ Sentencia T-049 de 1999. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

⁸² Sentencia T-587 de 1998. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

⁸³ Sentencia T-217 de 1994. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

⁸⁴ Sentencia T-587 de 1998.

⁸⁵ Sentencia T-278 de 1994.

menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada hacia su grupo familiar de crianza”⁸⁶.

- Prevalencia relativa de los vínculos de consanguinidad. Significa que existe una presunción a favor de la permanencia del niño en su familia biológica por cuanto, en principio, se encuentra mejor situada para brindar el cuidado y afecto que necesita. Ello no obedece a una suerte de “*privilegio*” de la familia natural sobre otras estructuras de familia, porque todas merecen la misma protección constitucional, sino al reconocimiento de un hecho derivado del nacimiento: los vínculos de consanguinidad⁸⁷.

- Intervención excepcional del Estado en vínculos familiares ya establecidos. Separar a un menor del entorno en el cual se ha adaptado solo se justifica cuando existan poderosas razones que comprometan su integridad o desarrollo armónico e integral. En consecuencia, para determinar si un menor debe permanecer con su familia biológica o con otro grupo familiar es importante “*determinar los efectos que puede generar la decisión en uno u otro sentido sobre la estabilidad psicológica del niño, en atención a su nivel de madurez, y al grado de solidez e importancia de los vínculos que haya establecido con quienes le cuidan*”⁸⁸.

- Protección de vínculos con cuidadores en situación especial. Cuando un menor se halla bajo el cuidado de una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad, desventaja o que atraviesa dificultades que podrían afectar el vínculo familiar (discapacidad, pobreza, etc.), el Estado debe actuar con especial diligencia para velar por la protección del menor, sin desconocer los derechos del cuidador, procurando al máximo mantener las relaciones de familiaridad.

- Cuando un menor ha perdido sus lazos naturales de filiación la adopción se proyecta como la medida de protección por excelencia, dirigida a restablecerle su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, y por esa vía potenciar la realización de sus demás derechos fundamentales.

- En cuanto a la estructura de familia que puede el Estado brindar a los niños, niñas y adolescentes para hacer efectivos esos derechos fundamentales, es el Legislador el primer llamado a fijar las condiciones y requisitos para definir cuáles estructuras familiares están en condiciones de adoptar, con el fin de restablecer al menor, en la medida en que ello sea posible, los lazos de filiación que perdió o que nunca se forjaron, y brindar un hogar en el que se garantice su desarrollo armónico e integral.

⁸⁶ Sentencia T-292 de 2004.

⁸⁷ Sentencias T-510 de 2003 y T-292 de 2004, entre otras.

⁸⁸ Sentencia T-510 de 2003. Cfr., Sentencia T-519 de 1999.

Así, los procesos de adopción están supeditados a las condiciones y requisitos que defina el Legislador dentro del marco de su potestad de configuración normativa, quien en todo caso no es libre de regular a su antojo esta institución, sino que debe hacerlo dentro de los límites que le fijan la Constitución y las normas que se integran a ella. Si bien es cierto que existen diferentes formas de conformar una familia constitucionalmente reconocidas, también lo es que no todas las modalidades de familia deben necesariamente estar sujetas a una regulación idéntica, en particular en lo que concierne al régimen de adopción de menores, ni todas están *per se* en condiciones de asegurar el restablecimiento de los vínculos de filiación que se han resquebrajado.

Según se explica a continuación ello ocurre, por ejemplo, con las familias conformadas por personas del mismo sexo, cuyo reconocimiento constitucional no significa que necesariamente deban recibir idéntico tratamiento jurídico que el previsto para otras estructuras familiares, aun cuando tampoco pueden ser objeto de un tratamiento diferencial discriminatorio o en general que no se encuentre razonablemente justificado”.

Atendiendo estos referentes la Corte ha valorado el principio del interés superior del menor como elemento relevante para asegurar el derecho de los menores a tener una familia, por ejemplo a través de la adopción.

7.3.- La adopción⁸⁹ y el interés superior del menor como principio rector

El derecho que asiste a todo menor a tener una familia se encamina a propiciar las condiciones para su desarrollo armónico e integral en un entorno de amor y cuidado. Por eso, cuando un niño no tiene una familia que lo asista, ya sea por el abandono de sus padres biológicos o por cualquier otra causa, y los demás familiares directos incumplen sus deberes de asistencia y socorro, *“es el Estado quien debe ejercer la defensa de sus derechos al igual que su cuidado y protección”*⁹⁰.

En este escenario la adopción se refleja como la institución jurídica por excelencia para garantizar al menor expósito o en situación de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella⁹¹. La adopción, ha dicho la Corte, *“persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un núcleo familiar.”*⁹²

⁸⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-477 de 1999.

⁹¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1995, C-562 de 1995, T-587 de 1998, C-477 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-881 de 2001, T-360 de 2002, C-831 de 2006, C-804 de 2009, C-577 de 2011, T-276 de 2012, SU-617 de 2014

⁹² Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

Con esta institución se pretende suplir las relaciones de filiación de un menor que las ha perdido o que nunca las ha tenido y que, por lo mismo, se encuentra en condición jurídica de adoptabilidad, esto es, en situación de ser integrado a un nuevo entorno familiar. Pero no a cualquier familia, sino a aquella en la que, en tanto sea posible, se restablezcan los lazos rotos y, sobre todo, se brinde al menor las condiciones para su plena y adecuada formación. Así, los procesos de adopción están principalmente orientados a garantizar a los menores en situación de abandono una familia en la que puedan asegurar un desarrollo integral y armónico, condición de posibilidad para hacer efectivos otros derechos fundamentales: *“de ahí que la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia”*⁹³.

Ese reconocimiento implica que en los procesos de adopción ha de primar el beneficio del menor, lo cual significa que el Estado tiene la obligación de asegurar que quien o quienes aspiren a hacer parte de una nueva familia reúnan todas y cada una de las exigencias de idoneidad para cumplir su nuevo rol, procurando siempre potenciar el desarrollo integral del niño.

De manera que si bien es cierto que la adopción crea entre adoptante(s) y adoptado un nuevo vínculo filial, por lo que surgen entre unos y otros los derechos y obligaciones inherentes a esa relación de parentesco, también lo es que *“la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia”*⁹⁴. En el mismo sentido la jurisprudencia ha explicado que *“los casos en que se decide la ubicación de los menores en hogares sustitutos o adoptivos son paradigmáticos en este sentido, puesto que el proceso de adopción como un todo debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del menor”*⁹⁵.

El actual Código de la Infancia y la Adolescencia⁹⁶, que entre otros asuntos regula los procesos de adopción, estipula en su artículo 1º que dicho estatuto tiene como finalidad garantizar a los niños, niñas y adolescentes *“su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*⁹⁷. En concordancia con ello, el artículo 2º traza como objetivo principal el de fijar las normas sustantivas y procesales *“para la protección integral de los niños,*

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En aquella oportunidad la Corte constató que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el interés superior de una menor, en especial su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, al aplicar la norma legal sobre irrevocabilidad del consentimiento para dar en adopción transcurrido un mes, y en consecuencia negar a su madre biológica la posibilidad de recuperar a su hija, dada en adopción en forma irregular puesto que dicho consentimiento no fue idóneo al no ser apto, asesorado e informado.

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001. En aquella oportunidad la Corte declaró exequible la norma de anterior código del menor, que exigía 25 años como edad mínima para adoptar.

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

⁹⁶ Ley 1098 de 2006. Esta norma derogó el antiguo Código del Menor (Decreto Ley 2737 de 1989).

⁹⁷ “ARTÍCULO 1.- Finalidad. Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.

las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento”⁹⁸.

En ese marco normativo se regulan los elementos centrales de los procesos de adopción en Colombia. Allí se contempla que la adopción es una medida de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁹⁹. Más adelante se precisa que esta es, *“principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza*”¹⁰⁰.

La autoridad central en la materia es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quien se reserva la posibilidad de desarrollar programas de adopción y autorizar a ciertas instituciones para llevarlos a cabo (art. 62). Por regla general solo pueden adoptarse menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres (art. 63), aunque excepcionalmente se permite la adopción de mayores de edad cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho años, y siempre con el consentimiento entre adoptante y adoptivo (art. 69).

El Código también señala los efectos jurídicos que conlleva la adopción, que en esencia son los inherentes a la relación de parentesco que subyace entre padres e hijos (art. 64); prohíbe a terceros ejercer acciones para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, pero permite a este promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil respecto de sus padres biológicos, para demostrar que en realidad no lo eran (art. 65); establece rigurosas condiciones y requisitos para otorgar el consentimiento de dar en adopción, bajo la premisa de que sea informado, libre y voluntario (art. 66); consagra el principio de solidaridad familiar (art. 67) y los requisitos para la adopción (art.68); fija reglas especiales para la adopción de niño, niña o adolescente indígena (art. 70); estipula la prelación para adoptantes colombianos (art. 71); señala pautas para la adopción internacional (art. 72); regula lo concerniente a los programas de adopción (art.73); prohíbe el pago en el trámite de procesos de adopción (art. 74); establece la reserva

⁹⁸ “ARTÍCULO 2.- Objeto. El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado”.

⁹⁹ “ARTÍCULO 53.- Medidas de restablecimiento de derechos. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas: (...) 5.- La adopción”.

¹⁰⁰ “ARTÍCULO 61.- Adopción. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

documental (art. 75) y el derecho del adoptado a conocer su origen familiar (art. 76); asigna al Defensor de Familia la función de declarar la situación de adoptabilidad de los menores (art.82.14) o autorizar la adopción en los casos previstos en la ley (art.82.15); atribuye a los jueces de familia la competencia para conocer de los procesos de adopción (art.124); fija las reglas especiales de procedimiento (art. 126); entre otros aspectos.

Respecto de los adoptantes se destacan: (i) la adopción individual o monoparental, si el adoptante es una sola persona, por ejemplo las personas solteras o el guardador del pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; (ii) la adopción conjunta, ejercida por cónyuges o compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años; y (iii) la adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o compañero o compañera permanente, con la anuencia de este (arts. 66 y 68).

Cabe decir que aun cuando el Legislador ha contemplado otras medidas de protección, entre las que sobresalen la ubicación en la familia extensa¹⁰¹, en un hogar o red de hogares de paso¹⁰², o en un hogar sustituto¹⁰³, también lo es que todas ellas tienen carácter transitorio, de manera que no ofrecen la misma eficacia que la que por su naturaleza -definitiva e irrevocable- brinda la adopción para hacer efectivo al menor su derecho a tener una familia y crecer en un entorno favorable a su formación integral.

La Corte pone de presente que el artículo 6º del Código recoge en forma expresa el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como parámetro de interpretación y aplicación de las normas¹⁰⁴, y en su artículo 8º lo define como *“el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*¹⁰⁵.

Teniendo en cuenta la importancia del principio del interés superior del menor, algunos estatutos de derecho internacional lo han recogido en forma expresa como referente imperativo en los procesos de adopción, aun cuando su consagración genérica en los instrumentos antes referidos hacen en todo caso inexcusable su valoración cuando se involucren los derechos de un niño,

¹⁰¹ Ley 1098 de 2006, artículos 54 y 56.

¹⁰² Ley 1098 de 2006, artículos 57 y 58.

¹⁰³ Ley 1098 de 2006, artículo 59.

¹⁰⁴ “ARTÍCULO 6.- Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. // La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas”.

¹⁰⁵ “ARTÍCULO 8.- Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

niña o adolescente¹⁰⁶. Asimismo, como se verá más adelante, en las experiencias de derecho comparado este criterio ha sido el denominador común para analizar y resolver las controversias en materia de adopción, en general, y por parte de parejas del mismo sexo, en particular.

La Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013) precisa que, con fundamento en dicha cláusula, los Estados tienen la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño en todas las instituciones, incluidos los órganos legislativos y tribunales. Respecto de estos últimos dispone que en los juicios de divorcio, las decisiones relativas a la custodia, residencia, visitas y los procedimientos de adopción, entre otros, *“los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente”*¹⁰⁷.

Ese reconocimiento reafirma que en los procesos de adopción ha de primar el interés superior del menor, lo cual significa que el Estado tiene la obligación de asegurar que quien o quienes aspiren a hacer parte de una nueva familia reúnan todas y cada una de las exigencias de idoneidad para cumplir su nuevo rol, procurando siempre potenciar el desarrollo integral del niño. De manera que si bien es cierto que la adopción crea entre adoptante(s) y adoptado un nuevo vínculo filial, por lo que surgen entre unos y otros los derechos y obligaciones inherentes a esa relación de parentesco, también lo es que *“la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia”*¹⁰⁸. En el mismo sentido la jurisprudencia ha

¹⁰⁶ “Así, en el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional se establece que las adopciones internacionales deben tener lugar “en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales” –meta que se adopta como objeto mismo del Convenio en el artículo 1–, mientras que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, anteriormente citada, dispone en su preámbulo que en cualquier proceso de colocación en un hogar sustituto o de adopción, los intereses superiores de los niños implicados deberán ser la consideración primordial”. Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

¹⁰⁷ “IV. Análisis jurídico y relación con los principios generales de la Convención. A. Análisis jurídico del artículo 3, párrafo 1. (...) 2. ‘Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos’. 25. La obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten. Aunque no se menciona explícitamente a los padres en el artículo 3, párrafo 1, el interés superior del niño será “su preocupación fundamental” (art. 18, párr. 1). (...) b. ‘Los tribunales’. 27. El Comité subraya que el término ‘tribunales’ alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna. Ello incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje. (...) 29. En la vía civil, el niño puede defender sus intereses directamente o por medio de un representante, como en el caso de la paternidad, los malos tratos o el abandono de niños, la reunión de la familia y la acogida. El niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo, en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente”.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001. En aquella oportunidad la Corte declaró exequible la norma de anterior código del menor, que exigía 25 años como edad mínima para adoptar.

explicado que *“los casos en que se decide la ubicación de los menores en hogares sustitutos o adoptivos son paradigmáticos en este sentido, puesto que el proceso de adopción como un todo debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del menor”*¹⁰⁹.

Una vez aclarado que la adopción es la medida de protección por excelencia que pretende restablecer al niño, niña o adolescente su derecho a tener una familia, y que en ella el interés superior del menor es el principio rector, la pregunta que surge es la siguiente: ¿Qué tipo de familia debe el Estado brindar a los niños, niñas y adolescentes para hacer efectivo su derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella?

La Corte considera que la jurisprudencia ya ha dado respuesta al anterior interrogante: *“el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política, bien sea en aquellas formadas por vínculos jurídicos, en las que surgen de vínculos naturales o en las que se estructuran alrededor de la voluntad responsable de sus integrantes (art. 42, C.P.)”*¹¹⁰.

Así, desde sus primeras decisiones esta corporación dejó sentada la premisa según la cual *“el derecho del menor a tener una familia, no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima”*¹¹¹. En esa medida, *“como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7 CP) no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan”*¹¹². Vínculos que pueden ser naturales o jurídicos, por matrimonio o por la voluntad responsable de conformar un hogar, una de cuyas modalidades es la familia conformada por parejas del mismo sexo, reconocida en la jurisprudencia constitucional a partir de la Sentencia C-577 de 2011, a cuyas consideraciones la Sala hace remisión directa.

8.- Adopción por parejas del mismo sexo e interés superior del menor

Como quiera que en los procesos de adopción lo relevante es siempre el interés superior del menor, porque lo que se pretende no es dar un niño a una familia sino una familia a un niño que la necesita y tiene derecho a ella, es imperativo que la Corte examine si la adopción por parte de personas con orientación sexual diversa, en particular por familias conformadas por parejas del mismo sexo, afecta o amenaza el desarrollo integral y armónico de los menores.

Para analizar si la adopción por parejas del mismo sexo que constituyen familia puede comprometer o no el interés superior del menor, la Corte

¹⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

¹¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2004. Postura expresamente reiterada en las Sentencias T-397 de 2004, T-466 de 2006, C-577 de 2011 y T-606 de 2013.

¹¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-217 de 1994.

¹¹² Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 1992.

considera necesario hacer referencia a algunas experiencias recogidas en el derecho comparado acerca de la adopción por personas con orientación sexual diversa, a la evidencia científica acopiada, así como a algunos precedentes de este tribunal que son constitucionalmente relevantes.

8.1.- Experiencias en el derecho comparado sobre adopción por parejas con orientación sexual diversa e interés superior del menor

Una revisión del derecho comparado permite afirmar que muchos Estados y algunas instancias internacionales han autorizado la adopción de menores por parte de personas solteras con orientación sexual diversa o de parejas del mismo sexo. Al interior de distintos países dicha autorización se ha fundado en iniciativas legislativas¹¹³ o en decisiones judiciales¹¹⁴.

En la actualidad, gran parte de los países de Europa, Norteamérica y Oceanía reconocen alguna forma de adopción por parte de parejas del mismo sexo. Ya sea la adopción conjunta, la del hijo biológico de la pareja (complementaria o por consentimiento) o la adopción sucesiva. En el contexto latinoamericano se pueden referir México, Argentina, Uruguay y Brasil. Se ha aceptado como un hecho científico que no resulta contrario al interés del menor el crecer en un entorno homoparental.

Holanda fue precursor. En el año 2000 el Parlamento de ese país aprobó el matrimonio de parejas del mismo sexo y, a la vez, la adopción de hijos del compañero permanente y la adopción conjunta¹¹⁵. Esta tendencia legislativa la han seguido países como Inglaterra y Gales, Suecia, España, Andorra, Canadá, Bélgica, Noruega, Escocia, Finlandia, México, Uruguay, Dinamarca, Argentina, Islandia, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte, Francia, Luxemburgo y Estados Unidos.

En el caso de países como Suráfrica, Israel, Brasil, Alemania, gran parte de los Estados Unidos y recientemente Austria, entre otros, el reconocimiento de la posibilidad de adopción ha venido de la mano de decisiones judiciales, que,

¹¹³ Son ellos, entre otros: Holanda (2000), Inglaterra y Gales (2002), Suecia (2003), España y Andorra (2005), Canadá (2005), Bélgica (2006), Noruega (2008), Escocia (2009), Finlandia (2009), México (2009), Uruguay (2009), Dinamarca (2009), Argentina (2010), Islandia (2010), Nueva Zelanda (2013), Irlanda del Norte (2013), Francia (2013), Luxemburgo (2014) y Austria (2013). En Estados Unidos, este derecho ha sido reconocido en 22 de los 50 Estados Federados (Rhode Island, Washington, D.C., Nueva Jersey, Vermont, Nueva York, Oregón, California, Massachusetts, Colorado, Indiana, Connecticut, Nuevo Hampshire, Washington, Iowa, Nevada, Illinois, Maine, Maryland, Delaware, Minnesota, Hawái, Nuevo México, Pennsylvania).

¹¹⁴ Los países que han aprobado la adopción por parte de parejas del mismo sexo en sus diferentes modalidades, a través de decisiones judiciales, son, entre otros: (i) Sudáfrica, mediante la sentencia del 10 de septiembre de 2002, proferida por la Corte Constitucional; (ii) Israel, en la sentencia del 10 de enero de 2005, dictada por la Corte Suprema de Apelaciones; (iii) Brasil, en la sentencia del 27 de abril de 2010, emitida por el Tribunal Superior de Justicia (STJ); y (iv) Alemania, a través de la sentencia del 19 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Constitucional Federal. También debe mencionarse (v) Austria, que por decisión del sentencia de 11 de diciembre de 2014 autorizó la adopción conjunta de parejas del mismo sexo, inicialmente prohibida en la legislación aprobada en 2013.

¹¹⁵ Act of 21 December 2000 amending Book 1 of the Civil Code, concerning the opening up of marriage for persons of the same sex (Act on the Opening up of Marriage). En: <http://media.leidenuniv.nl/legacy/Translation%20of%20Dutch%20law%20on%20same-sex%20marriage.pdf>

como se dijo anteriormente, se han fundado en experticias según las cuales no hay afectación del interés superior del menor que crece en una familia homoparental.

Se debe destacar que, con fundamento en conceptos técnicos emitidos por investigadores en el campo de la psicología –se citan con frecuencia los estudios de Abbie Goldberg y Katherine Allen¹¹⁶– o por organizaciones como la APA¹¹⁷ o la Universidad Autónoma de México¹¹⁸, se ha llegado a la conclusión según la cual el interés superior del menor no se ve afectado, *per se*, con la adopción por personas con orientación sexual diversa, sino que esto es un asunto que debe ser evaluado en cada caso particular.

En el presente acápite la Corte se propone ilustrar brevemente la experiencia sobre este asunto en el derecho comparado, reseñando algunas consideraciones relevantes de tales casos, especialmente desde a óptica del interés superior del menor.

8.1.1.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el asunto Atala Riffo y niñas contra Chile¹¹⁹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) conoció el caso de la señora Karen Atala Riffo, quien contrajo matrimonio con el señor Ricardo Jaime López, producto del cual nacieron las menores M., V. y R. En 2002 decidieron finalizar su matrimonio a través de una separación de hecho y establecieron de mutuo acuerdo que la señora Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las niñas. En noviembre de ese año la compañera sentimental de la señora Riffo comenzó a convivir en la misma casa con ella y con las menores.

El padre de las niñas interpuso una demanda de tuición o custodia al considerar que el desarrollo físico y emocional de sus hijas estaría en serio peligro de continuar bajo el cuidado de su madre. En su criterio, *“su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s”*¹²⁰.

En decisión de primera instancia le fue concedida la tuición de los menores a la señora Atala Riffo, con base en una prueba según la cual quedó establecido que *“la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su ‘rol de madre’ y que no*

¹¹⁶ “Efectos de la adopción homoparental sobre el desarrollo integral del niño, niña o adolescente en Colombia. Conceptualización realizada por el Colegio Colombiano de Psicólogos (Colpsic) para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Bogotá, 20 de marzo de 2014.

¹¹⁷ APA Amicus Briefs in Alphabetical Order. <http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/index-alpha.aspx>.

¹¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).

¹²⁰ Corte IDH, Consideración 31.

existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad”. El juez sostuvo, además, que “la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba ‘ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno’.”¹²¹ Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco.

El padre de las niñas presentó una queja contra las anteriores decisiones y mediante sentencia del 31 de mayo de 2004 la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso presentado y otorgó la tuición definitiva al padre biológico. La Corte Suprema sustentó su decisión en los siguientes argumentos: (i) las menores podrían ser objeto de discriminación social derivada de la convivencia de la madre con su pareja homosexual; (ii) algunos testimonios dieron cuenta de que los juegos y actitudes de las niñas eran demostrativos de confusión ante la sexualidad materna; (iii) la madre antepuso sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que llevaba a cabo la crianza y cuidado de las menores; y (iv) la afectación de las niñas al no vivir en una familia tradicional¹²².

El asunto llegó a examen de la Corte IDH, quien declaró responsable al Estado por la violación, entre otros, de los derechos a la igualdad y no discriminación y a la vida privada tanto de la señora Atala Riffo como de sus hijas, ante la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de Chile.

La Corte IDH explicó que el principio del interés superior del menor, regulador de los derechos de las niñas y los niños, “*se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*”.

Expuso que la determinación del interés superior de niño, en los casos de cuidado y custodia, “*se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia*”¹²³. (Resaltado fuera de texto). Sobre el particular señaló:

¹²¹ Corte IDH, Consideración 44.

¹²² Corte IDH, Consideración 56.

¹²³ Consideración 109. Cfr., *inter alia*, en Australia: *In the Marriage of C. and J.A. Doyle*, (1992) 15 Fam. L.R. 274, 274, 277 (“el estilo de vida de los progenitores no es relevante sin considerar sus consecuencias en el bienestar del niño”); en las Filipinas: Corte Suprema de las Filipinas, *Joycelyn Pablo-Gualberto v. Crisanto Rafaelito Gualberto*, G.R. No. 156254 de 28 de junio de 2005, señalando que la preferencia sexual en sí misma no es muestra de la incompetencia parental de ejercer la custodia de menores (“sexual preference or moral laxity alone does not prove parental neglect or incompetence. [...] To deprive the wife of custody, the husband must clearly establish that her moral lapses have had an adverse effect on the welfare of the child or

“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. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño¹²⁴. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños¹²⁵”¹²⁶. (Resaltado fuera de texto).

Sobre los argumentos en los cuales se basó la Corte Suprema de Justicia de Chile para otorgar la custodia al padre de las niñas, la Corte IDH expuso, en primer lugar que para justificar una diferencia de trato o la restricción de un derecho, no puede servir como sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. A juicio de la Corte, “*si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios*”¹²⁷. Al respecto sostuvo:

have distracted the offending spouse from exercising proper parental care”); en Sudáfrica: Corte Constitucional de Sudáfrica, *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* (CCT40/01) [2002] ZACC 20; 2002 (10) BCLR 1006; 2003 (2) SA 198 (CC) (10 September 2002), permitiendo la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo por considerar que no afectará el interés superior del niño, y Corte Constitucional de Sudáfrica, *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others* (CCT46/02) [2003] ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 March 2003).

¹²⁴ Al respecto, la perita Jernow manifestó que “el análisis del interés superior del niño [...] no puede basarse en presunciones o estereotipos infundados sobre la capacidad parental” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5069). Asimismo, el perito Wintemute manifestó que “la discriminación basada en la raza, la religión, el sexo o la orientación sexual del padre o la madre de un niño nunca es en el interés superior del niño. Lo que respeta el interés superior del niño es una decisión de custodia que tenga en cuenta las cualidades de los dos padres, sin examinar consideraciones que son irrelevantes, y que muchas veces están ligadas a prejuicios sociales. [...] Una decisión de custodia no discriminatoria no debería referirse a la orientación sexual del padre o de la madre. Debería enfocarse solamente en las capacidades parentales del padre o de la madre, el tipo de hogar que pueden brindar, etc. No debería haber la necesidad de si quiera mencionar la orientación sexual” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5355 y 5358). En similar sentido, el perito García Méndez en la audiencia pública resaltó que “la conducta sexual que los tribunales en general han tenido en cuenta en casos de esta naturaleza, son conductas sexuales que se refieren a la promiscuidad, [...] sin ningún otro tipo de consideración”.

¹²⁵ Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

¹²⁶ Consideraciones 110 y 111.

¹²⁷ Consideración 119.

“El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interracial¹²⁸, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos^{129”130}. (Resaltado fuera de texto).

En cuanto a la alegada confusión de roles, la Corte IDH hizo mención a los informes científicos aportados por dos reconocidos peritos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, quienes señalaron que *“la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta per se su desarrollo emocional y psicológico”*. Sobre tales conceptos sostuvo:

“Dichos estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños¹³¹. Asimismo, la

¹²⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando la decisión de un tribunal de otorgarle la custodia de un menor de edad al padre por considerar que la nueva relación de la madre con su nueva pareja de otra raza implicaría un sufrimiento para el niño por la estigmatización social de la relación de la madre. (“La cuestión, sin embargo, es si la existencia de prejuicios privados y la posible vulneración que pueden causar, son consideraciones admisibles para el retiro de un niño de la custodia de la madre natural. Tenemos pocas dificultades para concluir que no los son. La Constitución no puede controlar esos prejuicios [,] pero tampoco los pueden tolerar. Las parcialidades particulares pueden estar fuera del alcance de la ley, pero la ley no puede, directa o indirectamente, permitir su aplicación”).

¹²⁹ En este sentido, en un caso sobre discriminación por orientación religiosa en el contexto de una decisión judicial sobre la custodia de menores de edad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó el argumento de un tribunal nacional, según el cual el interés superior de dos menores de edad podría verse afectado por el riesgo de una estigmatización social por las creencias de la madre, perteneciente al grupo religioso de los Testigos de Jehová. Cfr. T.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Austria*, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párrs. 15 y 33 a 36.

¹³⁰ Consideración 120.

¹³¹ Cfr. declaración rendida por el perito Rodrigo Uprimny en la audiencia pública realizada el 23 de agosto de 2011, haciendo referencia a: American Psychology Association, *Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children*, Adopted by the APA Council of Representatives July 28 / 30, 2004. (“No existen pruebas científicas de que la efectividad parental esté relacionada con la orientación sexual de los progenitores: las madres y los padres homosexuales son tan propensos como las madres y los padres heterosexuales a proporcionar un entorno sano y propicio para sus hijos [y ...] la ciencia ha demostrado que la adaptación, el desarrollo y el bienestar psicológico de los niños no están relacionados con la orientación sexual de los progenitores, y que los hijos de padres homosexuales tienen las mismas probabilidades de desarrollarse que los de los padres heterosexuales”). Disponible en:

perita Jernow mencionó varios fallos de tribunales nacionales que se refirieron a investigaciones científicas como prueba documental para afirmar que el interés superior del niño no se vulnera con la homosexualidad de los padres¹³².

*La Corte resalta que la ‘American Psychological Association’, mencionada por la perita Jernow, ha calificado los estudios existentes sobre la materia como ‘impresionantemente consistentes en su fracaso para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico [...] las capacidades de personas gays o lesbianas como padres y el resultado positivo para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos más autorizados disienten’¹³³.*¹³⁴

Sobre el alegado privilegio de intereses, la Corte explica que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas¹³⁵. Es decir,

<http://www.apa.org/about/governance/council/policy/parenting.aspx> (última visita el 19 de febrero de 2012). Asimismo, ver declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011, mencionando los siguientes estudios: R. McNair, D. Dempsey, S. Wise, A. Perlesz, *Lesbian Parenting: Issues Strengths and Challenges*, en: Family Matters Vol. 63, 2002, Pág. 40; A. Brewaeys, I. Ponjaert, E.V. Van Hall, S. Golombok, *Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families*, en: Human Reproduction Vol. 12, 1997, Pág. 1349 y 1350; Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, American Journal Orthopsychiatry Vol. 65, 1995, Pág. 203; K. Vanfraussen, I. Ponjaert-Kristofferson, A. Brewaeys, *Family Functioning in Lesbian Families Created by Donor Insemination*, en: American Journal of Orthopsychiatry Vol. 73, 2003, Pág. 78; Marina Rupp, *The living conditions of children in same-sex civil partnerships*, Ministerio Federal de Justicia de Alemania, 2009, Pág. 27; Henry M.W. Bos, Frank van Balen, Dymphna C. van den Boom, *Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families*, en: Journal of Child Psychology and Psychiatry Vol. 45, 2004, Pág. 755; Rafael Portugal Fernandez, Alberto Arauxo Vilar, *Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción en parejas homosexuales*, en: Avances en salud mental relacional Vol. 3, 2004. En este estudio se indica que “tampoco se encuentran diferencias significativas entre homosexuales y heterosexuales en cuanto a la calidad con que ejercen su función como padres” y que “la investigación realizada hasta el momento señala de manera unánime que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en identidad sexual, tipificación sexual, orientación sexual, relaciones sexuales con compañeros y adultos, relaciones de amistad, popularidad”; Stéphane Nadaud, «Quelques repères pour comprendre la question homoparentale», en: M. Gross, Homoparentalités, état des lieux, Ed. érès «La vie de l’enfant», Toulouse, 2005, y Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, en: American Journal Orthopsychiatry Vol. 65, 1995, Pág. 203. Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5079 y 5080).

¹³² Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011, mencionando los casos *Re K and B and Six Other Applications*, Ontario Supreme Court, 24 de mayo de 1995, párr. 89; *Boots v. Sharrow*, Ontario Supreme Court of Justice, 2004 Can LII 5031, 7 de enero de 2004; *Bubis v. Jones*, Ontario Supreme Court, 2000 Can LII 22571, 10 de abril de 2000, Tribunal Superior de Justicia (Brasil), Ministerio Público del Estado de Rio Grande do Sul v. LMGB, 27 de abril de 2010, y Corte Distrital de Porto Alegre (Brasil), Adopción de VLN, No. 1605872, 3 de julio de 2006. Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5082 y 5083).

¹³³ Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011 en la cual se cita: Brief of Amici Curiae presentado por American Psychological Association, Arkansas Psychological Association, National Association of Social Workers and National Association of Social Workers, Arkansas Chapter, in *Department of Human Services v. Matthew Howard*, Supreme Court of Arkansas (December 2005) at 10-11 (“The APA has described the studies as ‘impressively consistent in their failure to identify any deficits in the development of children raised in a lesbian or gay household [...] the abilities of gay and lesbian persons as parents and the positive outcome for their children are not areas where credible scientific researchers disagree’”). Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5081).

¹³⁴ Consideraciones 128 y 129.

¹³⁵ Consideración 133.

“la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”¹³⁶. Bajo ese entendido, la Corte consideró que exigirle a la madre condicionar sus opciones de vida implicaba utilizar una concepción *“tradicional”* sobre el rol social de las mujeres como madres, *“según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad”¹³⁷*.

Por último, con respecto al alegado derecho a una familia *“normal y tradicional”*, la Corte IDH consideró que *“el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una ‘familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social’, y no en una ‘familia excepcional’, reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la ‘familia tradicional’)”¹³⁸*.

8.1.2.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha revisado diferentes casos relacionados con la orientación sexual en el ámbito de la esfera privada y familiar. Específicamente sobre la autorización para adoptar a un menor, ha dejado claro que, al igual que las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren como justificación razones convincentes y de peso, y que si se usa como única justificación esa circunstancia la misma resulta contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En ese sentido, corresponde analizar en cada caso concreto si la protección de la familia tradicional y la protección del interés superior del menor requieren excluir de la adopción a las parejas del mismo sexo.

En la decisión X y otros contra Austria¹³⁹, el TEDH estudió el caso de tres ciudadanos austriacos, quienes alegan haber sido discriminados por su orientación sexual ante la prohibición de la adopción para parejas del mismo sexo. La primera y la tercera demandante, quienes mantenían una relación homosexual estable, residían en un hogar común junto con el hijo de una de

¹³⁶ Consideración 136. *Mutatis mutandi*, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

¹³⁷ Consideración 140.

¹³⁸ Consideración 145. En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño. Por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor de edad y de obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 333.

¹³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso X y otros vs Austria. Núm. 19010/07. Sentencia del 19 de febrero de 2013.

ellas (el segundo demandante). El 17 de febrero de 2005 acordaron que el menor sería adoptado por la primera demandante.

Sin embargo, conscientes de lo establecido en el artículo 182.2 del Código Civil, que prevé *“la exclusión de la adopción del hijo por una persona que mantiene una relación del mismo sexo con el padre o con la madre biológica del niño, sin que exista una relación de parentesco biológico”*, solicitaron ante el Tribunal Constitucional que se declarara inconstitucional dicha disposición, al considerar que era una discriminación en su contra en razón a su orientación sexual. Lo anterior, en tanto ese artículo sí permite esa clase de adopción para las parejas heterosexuales.

El Tribunal Constitucional desestimó la solicitud por ser inadmisibile, siendo competente el Tribunal del Distrito para decidir si aprobaba el acuerdo de adopción. De no aprobarlo, los demandantes tendrían la oportunidad exponer sus argumentos sobre la presunta inconstitucionalidad de la disposición ante los tribunales de apelación.

Los demandantes acudieron entonces al Tribunal del Distrito con el fin de que fuera aprobado el acuerdo de adopción. Explicaron que habían desarrollado un importante lazo afectivo y que el menor se había visto beneficiado al residir en un hogar bajo el cuidado de dos adultos y por eso su pretensión era obtener el reconocimiento legal de su unidad familiar. Allegaron un informe realizado por la Oficina del Bienestar de la Juventud, *“donde se confirmaba que la primera y la tercera demandante compartían las tareas diarias, participaban en el cuidado del segundo demandante, así como compartían la responsabilidad general de su educación, concluyendo al mismo tiempo que expresaba sus dudas sobre la situación jurídica, siendo lo más conveniente la concesión de la custodia compartida”*.

Mediante decisión del 10 de octubre de 2005, el Tribunal del Distrito negó las pretensiones aduciendo que el Código Civil no preveía ninguna forma de adopción que lograra el efecto esperado por los demandantes. Hizo referencia al caso Fretté contra Francia, donde el TEDH sostuvo que en el ámbito del derecho de los homosexuales a adoptar se le debía conceder a los Estados miembros un amplio margen de apreciación en tanto los temas en cuestión eran objeto de un cambio en la sociedad y un proceso de transición. En esa medida, consideró que la posibilidad de dos personas del mismo sexo de adoptar es una cuestión que el propio Estado debe decidir, dentro de los límites impuestos por el Convenio, y que para el caso austriaco no existía tal posibilidad, ni siquiera al interpretar la legislación.

Los demandantes apelaron la decisión, recurso que fue desestimado por el Tribunal Regional, ante la duda de que la tercera demandante pudiera representar a su hijo dentro del proceso. Por esto, interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que consideró que, contrario a lo señalado por los demandantes, el principal objetivo de la adopción es promover el bienestar del menor, objetivo que solo puede lograrse *“cuando la adopción*

permite que se vuelva a crear en la medida de lo posible una familia biológica”. Bajo ese entendido, citó igualmente el caso Fretté contra Francia, en el cual el TEDH señaló:

“En vista de las grandes diferencias entre las opiniones nacionales e internacionales acerca de las posibles consecuencias de que un niño sea adoptado por uno o por más padres homosexuales y teniendo en cuenta el hecho de que no hay suficientes niños para ser adoptados que cubran la demanda, se le tuvo que permitir a los Estados un amplio margen de apreciación en este ámbito. La negativa de autorizar la adopción por parte de un homosexual, no sería contraria al artículo 14 del Convenio de conformidad con el artículo 8, si esta negativa persigue un objetivo legítimo, a saber, la protección del interés del niño y que no se vulnere el principio de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue”.

Para el Tribunal Supremo, con sustento en lo anterior, los demandantes no demostraron que el artículo 182 del Código Civil austriaco se hubiera excedido en su margen de apreciación o que violara el principio de proporcionalidad. Con base en ello desestimó el recurso interpuesto.

Llegado el asunto al TEDH, este comenzó por recordar lo siguiente:

“Para que un asunto surja en virtud del artículo 14 [prohibición de discriminación], debe haber una diferencia de trato de las personas que se encuentran en una situación comparable. Dicha diferencia de trato es discriminatoria si no existe una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un objetivo legítimo o si no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el objetivo perseguido que se pretende alcanzar. Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si, y en qué medida, las diferencias entre unas situaciones y otras similares justifican las diferencias de trato (...) Cuando una diferencia de trato se encuentra motivada en el sexo o en la orientación sexual, el margen de apreciación del Estado es limitado”¹⁴⁰.

Previo a examinar la queja de los demandantes, el Tribunal precisó que existen tres tipos de situaciones que se pueden distinguir en el contexto de la adopción por homosexuales: (i) una persona puede adoptar por sí sola (adopción individual); (ii) una persona podría adoptar el hijo de su pareja con el objetivo de que ambos sean reconocidos legalmente como sus padres (adopción por un segundo padre); y (iii) una pareja del mismo sexo podría adoptar a un niño (adopción conjunta). Teniendo esto en cuenta, advirtió que hasta ese momento el TEDH se había ocupado de dos casos en relación con la adopción individual (*Fretté y E.B. contra Francia*) y uno relacionado con la adopción por un segundo padre por una pareja del mismo sexo (*Gas y*

¹⁴⁰ Consideración 98.

Dubois), para lo cual reseñó los apartes más importantes de dichas decisiones¹⁴¹.

(i) Sobre el asunto Fretté contra Francia, explicó que en aquella oportunidad las autoridades francesas se negaron a autorizar la adopción considerando que dado su “*estilo de vida*” (esto es, su homosexualidad), el demandante no proporcionó las garantías necesarias para la adopción de un niño¹⁴². El TEDH recordó que la legislación francesa autorizaba a cualquier persona soltera, hombre o mujer, a solicitar la adopción, pero las autoridades nacionales habían denegado la petición del demandante con fundamento en su orientación sexual, introduciendo implícitamente una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Sin embargo, consideró que las decisiones de las autoridades nacionales habían perseguido un objetivo legítimo, cual era la protección de la salud y los derechos del niño que podrían verse involucrados en un procedimiento de adopción. Al respecto indicó:

“En cuanto a si la diferencia de trato estaba justificada, el Tribunal señaló en particular, que los Estados miembros del Consejo de Europa tenían poco en común, en donde la legislación parece estar pasando por una fase de transición y que las autoridades debían gozar de un amplio margen de apreciación cuando se pronuncien sobre tales asuntos. Con respecto a los conflictos de intereses del demandante y del niño elegido para su adopción, el Tribunal señaló que la comunidad científica se encontraba dividida en cuanto a las posibles consecuencias de que un niño fuera criado por uno o por más padres homosexuales, teniendo en cuenta en particular, el número limitado de estudios científicos publicados sobre el tema en el momento de los hechos. En conclusión, el Tribunal consideró que la negativa a autorizar la adopción, no había infringido el principio de proporcionalidad y que en consecuencia, la diferencia de trato denunciada no era discriminatoria en el sentido del artículo 14 del Convenio (ap. 37 a 43)”.

(ii) Sobre la decisión E.B. contra Francia, precisó que el TEDH cambió de postura. Mencionó que en esa oportunidad las autoridades nacionales habían basado sus decisiones en dos motivos principales: la falta de un “*referente paterno*” en el hogar de la demandante y la falta de compromiso por parte de su pareja¹⁴³. Sobre el particular reseñó:

¹⁴¹ Consideraciones 102 a 104.

¹⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Fretté contra Francia. Núm. 36515/97. Sentencia del 26 de mayo de 2002.

¹⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso E.B. contra Francia. Núm. 43546/02. Sentencia del 22 de enero de 2008. En esa oportunidad, el Tribunal Europeo conoció el caso de una señora (E.B) que en 1998 solicitó ante el Departamento de Servicios Sociales de Jura la autorización para adoptar un menor, poniendo de presente a esa autoridad que mantenía una relación homosexual estable con la señora R. En diferentes conceptos e informes sobre la solicitud de la demandante algunas autoridades señalaron lo siguiente: “*teniendo en cuenta su estilo de vida: soltera y cohabitando con una pareja de su mismo sexo, no hemos podido evaluar su capacidad para ofrecer al niño la imagen de una familia centrada en una pareja parental que pueda ofrecer garantías de desarrollo estable y adecuado al niño*”. En el igual sentido, algunos funcionarios y psicólogos recomendaron rechazar la solicitud, aduciendo la falta de un modelo paternal masculino y la dificultad que podría enfrentar el menor en la construcción de su propia identidad. El 26 de noviembre de 1998 las autoridades negaron la solicitud de adopción de la demandante. Aclararon que su

“Se añadió que los dos motivos formaban parte de una evaluación general de la situación de la demandante, con el resultado de que la ilegitimidad del primer motivo, contaminaba toda la decisión. Mientras que el segundo motivo era razonable, el primer motivo estaba implícitamente ligado a la homosexualidad de la demandante y las autoridades con respecto a esto, determinaron que era excesivo en base a la solicitud de autorización para adoptar por parte de una sola persona. En resumen, la orientación sexual de la demandante siempre había sido el enfoque de las decisiones en cuanto a ella y había sido decisiva a la hora de denegar la autorización para adoptar (ap. 72 a 89). El Tribunal llegó a decir que si las razones aducidas por la diferencia de trato se basaban únicamente en consideraciones relativas a la orientación sexual de la demandante, esto equivaldría a una discriminación en virtud del Convenio (ap. 93). Señaló que en la legislación francesa se permitía a una persona soltera adoptar y no se discute que permitiese la posibilidad de que un homosexual soltero adoptase. Teniendo en cuenta el análisis de las razones aducidas por las autoridades francesas, se llegó a la conclusión de que al denegar la autorización de adoptar a la demandante, se había hecho una distinción en base a su orientación sexual, que no es aceptable en virtud del Convenio. Por consiguiente, el Tribunal [TEDH] determinó que se había cometido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 (ap. 94 a 98).

(iii) En el asunto Gas y Dubois contra Francia, dos mujeres que formaban una pareja del mismo sexo se habían registrado como pareja de hecho (pacte civil de solidarité –PACS-), en virtud de la legislación francesa. Una de ellas era la madre de un niño concebido mediante reproducción asistida y solicitaron la autorización de adopción simple en virtud de la legislación francesa. Sin embargo, los tribunales nacionales denegaron la petición de adopción con base en que ello supondría la transferencia de la patria potestad de la madre del niño a su pareja, que no era en aras del interés superior del niño (ap. 62). Al respecto se reseñó lo siguiente:

“El Tribunal [TEDH] examinó la situación de las demandantes en comparación con la de una pareja casada. Señaló que, en los casos de adopción simple, la legislación francesa permitía solamente a las parejas casadas compartir la patria potestad. Ya que los Estados contratantes no están obligados a permitir que las parejas del mismo

decisión se basó en el interés superior del menor y la sustentaron en la ausencia de un modelo paterno capaz de promover un adecuado desarrollo del menor y en la falta de seguridad sobre el rol que cumpliría la pareja de la señora E.B en la educación de este. Ante esto, la peticionaria acudió al Tribunal Administrativo de Besançon, que mediante decisión del 24 de febrero de 2000 concluyó que los motivos expuestos por el Consejo de adopción eran injustificados. Sostuvo que las razones citadas, en sí mismas, no justificaban denegar la solicitud de adopción de la señora E.B. respecto de quien quedó demostrado que contaba con todas las cualidades personales y la aptitud para la crianza de los niños. No obstante, en sentencia de 21 de diciembre de 2000 el Tribunal de Apelación Administrativo de Nancy anuló la decisión de primera instancia, acogiendo nuevamente la determinación de negar la solicitud de adopción, sentencia que fue confirmada a su vez por el Consejo de Estado.

sexo contraigan matrimonio y teniendo en cuenta la situación especial conferida al matrimonio, la situación legal de las demandantes no era comparable a la de un matrimonio (ap. 68). En cuanto a la situación de las parejas heterosexuales solteras, que conviven juntas como las demandantes, mediante unión civil, el Tribunal señaló que la adopción por un segundo padre no se les permitía, ya fueran heterosexuales u homosexuales (ap. 69). Por lo tanto, no había habido ninguna diferencia de trato basada en la orientación sexual. En conclusión, el Tribunal [TEDH] consideró que no había habido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8”.

Aclarado lo anterior, el TEDH consideró que en esta ocasión las demandantes no se encontraban en una situación similar a la de una pareja casada en materia de la adopción por un segundo padre. Sin embargo, estimó que sí se encontraban en una situación relevantemente similar a la de una pareja heterosexual, en donde se desea adoptar al hijo de la otra pareja.

Analizando el asunto teniendo en cuenta dicha circunstancia, el TEDH señaló que *“no cabe duda de que la legislación aplicable lleva a una distinción entre las parejas solteras heterosexuales de las parejas homosexuales en materia de la adopción por un segundo padre.”*¹⁴⁴ En esa medida, indicó que el Tribunal del Distrito basó su decisión únicamente en el argumento de la imposibilidad legal, pero no llevó a cabo ninguna investigación sobre las circunstancias del caso (por ejemplo, no se refirió a la negativa del padre del menor de dar su consentimiento para la adopción).

Asimismo, indicó que el Tribunal Regional también se basó en la imposibilidad legal de la adopción solicitada por los demandantes y no tomó la declaración a algunas de las personas interesadas, como los demandantes y el padre del menor. Al contrario, añadió, *“prestó mucha atención al hecho acerca de que el concepto de ‘padres’ en el derecho de familia austriaco, significa padres del sexo opuesto”* y *“tuvo en cuenta el interés superior del niño de mantener contacto con ambos padres de diferente sexo, que en su opinión influía claramente en contra de autorizar la adopción de un niño por la pareja del mismo sexo de uno de sus progenitores”*.

A juicio del TEDH la adopción solicitada en este caso era de cualquier forma legalmente imposible, de conformidad con el artículo 182.2 del Código Civil. Dicha imposibilidad impidió que los tribunales nacionales examinaran de manera significativa si la adopción era en interés del menor y en consecuencia no investigaron las circunstancias del caso detalladamente.

E, TEDH recuerda que la legislación austriaca permite la adopción por un segundo padre a las parejas solteras heterosexuales y por eso entra a determinar si la denegación de este derecho a las parejas solteras homosexuales atiende a un objetivo legítimo y si es proporcionada. Al

¹⁴⁴ Consideración 114 a 116.

respecto explica que la protección de la familia en el sentido tradicional es en principio una razón de peso y legítima que podría justificar una diferencia de trato, como sucede con la protección del interés superior del menor. Sin embargo, añade que la proporcionalidad de dichas medidas debe comprobarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso¹⁴⁵. Sobre este punto dijo:

“El Tribunal reitera los principios desarrollados en su jurisprudencia. El objetivo de la protección de la familia en un sentido tradicional, es más bien abstracto y conlleva una gran variedad de medidas concretas que se pueden llevar a cabo para su implementación (véase, Karner, op. cit., ap. 41; y Kozak, op. cit., ap. 98). Además, dado que el Convenio es un instrumento vigente, que puede ser interpretado en las condiciones actuales, el Estado a la hora de elegir los medios destinados a proteger a la familia y a respetar la seguridad de la vida familiar como exige el artículo 8, necesariamente debe tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en las ideas sociales, sobre el estado civil y las cuestiones relacionales, incluyendo el hecho de que no es solamente una forma o una opción cuando se trata de mejorar la vida privada y familiar de uno (véase, Kozak, op. cit., ap. 98).

En los casos en donde el margen de apreciación se encuentra limitado, como en una posición en donde hay una diferencia de trato por razón de sexo u orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente exige en principio, que la medida elegida sea adecuada para el logro de objetivo buscado. También hay que demostrar que es necesaria, con el fin de lograr ese objetivo, mediante la exclusión de ciertas categorías de personas, en este caso, de las personas que mantienen una relación homosexual, del ámbito de aplicación de las disposiciones que se traten (véase, Karner, op. cit., ap. 41; y Kozak, op. cit., ap. 99).

Aplicando la jurisprudencia anteriormente citada, el Tribunal señala que la carga de la prueba recae en el Gobierno. Corresponde al Gobierno demostrar que la protección de la familia en un sentido tradicional y concretamente, la protección de los intereses del niño, requieran la exclusión de la adopción por un segundo padre, a las parejas del mismo sexo, que está permitida a las parejas solteras heterosexuales.

El Tribunal reitera que el artículo 182.2 del Código Civil, contiene una prohibición absoluta, aunque implícitamente, de la adopción por un segundo padre a las parejas del mismo sexo. El Gobierno no ha aportado ningún argumento específico, ningún estudio científico o cualquier otra evidencia que demuestre que una familia con dos padres del mismo sexo en ningún caso podrían facilitar de forma adecuada, las necesidades del niño. Por el contrario, han reconocido que en términos

¹⁴⁵ Consideración 138.

personales, las parejas del mismo sexo pueden ser igual de adecuadas o no a la hora de adoptar niños, que una pareja de diferente sexo. Por otra parte, el Gobierno indicó que el Código Civil no tenía la finalidad de excluir la adopción por un segundo padre a las parejas del mismo sexo. No obstante, destacaron que el legislador había querido evitar una situación en la que un niño tenga dos madres o dos padres a efectos legales.

(...)

Todas las consideraciones anteriores -la existencia de una vida familiar de facto entre los demandantes, la importancia de tener la posibilidad de obtener el reconocimiento legal de la misma, la falta de pruebas aportadas por el Gobierno con el fin de demostrar que sería perjudicial para el niño, ser criado por una pareja del mismo sexo o tener dos madres y dos padres a efectos legales, y especialmente el reconocimiento de que las parejas del mismo sexo pueden ser igual de adecuados para llevar a cabo una adopción por un segundo padre, que las parejas de distinto sexo - pone en duda la proporcionalidad de la prohibición absoluta de la adopción por un segundo padre por parejas del mismo sexo, derivada del artículo 182.2 del Código Civil.

A menos que cualquier otra razón que sea convincente y de peso apoye esta prohibición absoluta, las consideraciones aducidas hasta ahora parecen más bien estar a favor de permitir a los tribunales que lleven a cabo un examen de cada caso de manera individualizada. También esto parece ser lo más acorde con el interés superior del niño, que es un principio clave en los documentos internacionales relevantes (véase, en particular, supra, ap. 49; y E.B. contra Francia, op. cit., ap. 95). (...).
(Resaltado fuera de texto)

Con sustento en lo anterior, el Tribunal consideró que el Estado no expuso motivos suficientemente convincentes y de peso para justificar que la exclusión de la adopción por un segundo padre por parte de una pareja del mismo sexo, al tiempo que permitía esa posibilidad en una pareja soltera de distinto sexo, era necesaria para la protección de la familia en el sentido tradicional o para la protección de los intereses del niño. Por ello concluyó que dicha distinción era incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

8.1.3.- Estados Unidos

La situación de este país en relación con la adopción por parejas del mismo sexo está determinada por su forma federal. No existe en esta materia una ley expedida por el Congreso que regule la adopción para los 51 estados. Ello significa que la reglamentación cambia dependiendo del estado federado. Existen tres modalidades de adopción posibles en los Estados Unidos para las personas de la comunidad LGTBI. Todos los estados permiten la adopción individual, sin considerar la opción sexual. En 24 estados y el Distrito de Columbia está permitida la adopción sucesiva o “*second parent adoption*”,

consistente en la posibilidad de adoptar al hijo –biológico o adoptivo- del compañero o compañera¹⁴⁶. En 23 estados y el distrito de Columbia es posible aplicar a una adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo¹⁴⁷. Mississippi y Uta prohíben cualquier forma de adopción y en estados como Michigan, Kentucky, Nebraska, North Carolina, Ohio y Wisconsin los tribunales han excluido la posibilidad de adopciones sucesivas.¹⁴⁸

Sin embargo, la tendencia ha consistido en un gradual reconocimiento de esta forma de adopción, fenómeno que ha ido de la mano de varias decisiones judiciales que han obligado a los estados federados a ajustar sus legislaciones en ese sentido. Se trata de sentencias tanto de tribunales ordinarios como de tribunales de apelación, mas no de las Cortes federales. Esto ha llevado a que las decisiones varíen en cada jurisdicción, pero puede afirmarse que durante las últimas décadas estos fallos tienden a reafirmar el principio de interés superior del menor. A continuación se destacan algunas de las más relevantes.

8.1.3.1.- En el caso *In the matter of the Adoption of Evan*¹⁴⁹, el primer caso reportado de adopción por parejas del mismo sexo en Nueva York, las peticionarias eran dos mujeres, una de las cuales era la madre biológica de un niño de seis (6) años, concebido por inseminación artificial. Las peticionarias habían criado conjuntamente al niño, quien aceptaba el hecho de tener dos madres y una relación afectiva con cada una. Respecto a la objeción de que las adopciones por parejas del mismo sexo pueden afectar negativamente al niño, como por ejemplo que tales niños crecen y se convierten en homosexuales, la Corte señaló que existen varios estudios que concluyen que los niños no sufren de una evidente desventaja¹⁵⁰; en cuanto a su orientación sexual afirmó que “*los porcentajes de hijas de lesbianas no varían en función de la orientación sexual de las madres*”; y en cuanto a los intereses sexuales sostuvo que “*no hay diferencias significativas entre los hijos de madres lesbianas y madres heterosexuales*”¹⁵¹.

El fallo también expresa las realidades de la época (1992), que fundamentan la decisión de aprobar la adopción por una pareja del mismo sexo en los siguientes términos:

¹⁴⁶ California, Colorado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Vermont y Washington. Cfr.,: http://hrc-assets.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/files/assets/resources/second_parent_adoption_6-10-2014.pdf

¹⁴⁷ Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Vermont y Washington

¹⁴⁸ Cfr.,: http://hrc-assets.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/files/assets/resources/second_parent_adoption_6-10-2014.pdf

¹⁴⁹ New York Surrogate Court Judge, *In the Matter of Evan*, 153 Misc. 2d 844, REFCITE583 N.Y.S.2d 997/REFCITE (Surr. Ct., NY County, 1992).

¹⁵⁰ La decisión cita principalmente: Children of Lesbian and Gay Parents ", Charlotte J. Patterson, Child Development Journal, October, 1992.

¹⁵¹ Traducción libre: “*the percentages of lesbian daughters did not vary as a function of mothers' sexual orientation (...) there were no significant differences between children of lesbian and heterosexual mothers*”.

“Finalmente, no hay un asunto que surja en el vacío. La fragmentación social y la miríada de configuraciones de las familias modernas nos presentan nuevos problemas y complejidades que no pueden resolverse sin idealizar el pasado. Hoy un niño que recibe nutrición apropiada, educación adecuada, y albergue de apoyo, está entre los afortunados, cualquiera que sea la fuente que lo proporciona. Un niño que además recibe amor y crianza de incluso un padre o madre soltera puede contarse entre los bendecidos. En el caso concreto la Corte encuentra un niño que tiene los mencionados beneficios y dos adultos dedicados a su bienestar, seguros de su relación afectiva, y determinados a criarlo y ayudarlo a alcanzar lo mejor de sus habilidades. No hay razón jurídica, lógica o de filosofía social para impedir tal situación favorable”¹⁵².

8.1.3.2 En otro caso, *In the matter of the Adoption of Caitlin*¹⁵³, la Corte de Familia de Nueva York advirtió que no hay disposición legal que requiera que el adoptante sea de un género en particular y que la discriminación con fundamento en la preferencia sexual está proscritamente expresamente¹⁵⁴. La Corte afirmó que las decisiones deben basarse exclusivamente en el interés superior del menor¹⁵⁵ y que la consideración de la orientación sexual del padre en los casos de custodia de los menores se considera únicamente si se prueba algún efecto adverso sobre al bienestar del niño.

Respecto de la objeción mencionada, la Corte señaló que cada estudio sobre la materia ha revelado que la incidencia de la orientación hacia el mismo sexo entre hijos de gais y lesbianas ocurre tan aleatoriamente y en la misma proporción que en los hijos de la población en general: *“Por consiguiente, a pesar de la preocupación de varias cortes sobre la influencia negativa en los niños, la orientación sexual, de acuerdo con varios estudios, es desarrollada de manera independiente a la de los padres y la preocupación de los jueces de que un padre o madre homosexual criará hijos homosexuales no está soportada en pruebas”¹⁵⁶.*

¹⁵² Traducción libre: *“Finally, this is not a matter which arises in a vacuum. Social fragmentation and the myriad configurations of modern families have presented us with new problems and complexities that can not be solved by idealizing the past. Today a child who receives proper nutrition, adequate schooling and supportive sustaining shelter is among the fortunate, whatever the source. A child who also receives the love and nurture of even a single parent can be counted among the blessed. Here this Court finds a child who has all of the above benefits and two adults dedicated to his welfare, secure in their loving partnership, and determined to raise him to the very best of their considerable abilities. There is no reason in law, logic or social philosophy to obstruct such a favorable situation.”*

¹⁵³ New York Family Court, *In the Matter of the Adoption of Caitlin and Another*. (Adoption No. 1.) 622 N.Y.S.2d 835, 840-41 (N.Y. Fam. Ct. 1994) January 6, 1994.

¹⁵⁴ 18 New York Code of Rules and Regulations § 421.16 [h][2].

¹⁵⁵ Por la similitud con la expresión en español se acoge para la traducción libre de la expresión: *“the best interests of the adoptive children”*.

¹⁵⁶ Traducción libre: *“Every study on the subject has revealed that the incidence of same-sex orientation among the children of gays and lesbians occurs as randomly and in the same proportion as it does among children in the general population. Therefore, despite the concern of many courts about the negative influence on a child, sexual orientation, according to several studies, is developed independently of one's parents and the concern of judges that a homosexual parent will rear homosexual children is unwarranted by the evidence”*. La decisión cita el documento *Sexual Orientation: Should it Affect Child Custody Rulings* ", 16 Law and Psychology Review 189, (1992).

8.1.3.3 En la decisión *Howard vs Arkansas*, la Corte Suprema de ese estado estudió el caso de Mathew Lee Howard y otros dos demandantes. La disputa se generó por causa de una regulación expedida en 1999 por la Junta de la Agencia para la Protección de la Niñez de Arkansas, que estipulaban una prohibición de entregar en custodia a menores en hogares donde hubiera personas homosexuales. Tanto Howard como los otros dos actores, de condición homosexual, querían que se les otorgara la custodia de niños. El caso fue conocido en primera instancia por una Corte del distrito de Little Rock, que encontró que la prohibición establecida por la Junta era inconstitucional. A igual conclusión llegó la Suprema del Estado –en decisión de 29 de junio de 2006-, que estableció que no existía evidencia científica que respaldara la tesis según la cual resultaba contrario al interés del menor crecer en el seno de un hogar de homosexuales y que, por el contrario, la regulación excluía a un grupo de la población perfectamente elegible para criar a los niños. Sostuvo entonces:

“Estos hechos demuestran que no hay correlación entre la salud, bienestar y seguridad de los niños acogidos y la exclusión tajante de un individuo que es un homosexual o quien reside en un hogar con un homosexual. Mientras la Junta alega que la regulación protege la salud, seguridad y bienestar de un niño acogido porque ‘no sabemos el efecto de la paternidad homosexual temporal’, este argumento salta a la cara de la evidencia presentada por las partes y los hallazgos de la Corte del Circuito. Más aún, la Junta admite que antes de la adopción de la regulación a los homosexuales les era permitido ser padres de acogida y nunca hubo queja alguna sobre esas situaciones. De esta manera, no erró la Corte del Circuito al encontrar que no había una relación racional entre la tajante exclusión de la regulación y la salud, seguridad y bienestar de los niños.”¹⁵⁷

8.1.3.4.- En un sentido similar, el 22 de junio de 2010, el Tribunal de Apelaciones del Tercer Distrito de la Florida puso fin al caso *In Re: Gill* y declaró que resultaba contraria a la Constitución del Estado una ley vigente desde 1977 que prohibía expresamente la adopción de parejas del mismo sexo. La disputa se originó al serle entregados en custodia temporal dos menores de edad al señor Martin Gill y su pareja. Una vez los padres biológicos fueron privados de la patria potestad, Gill solicitó la adopción de los niños. Antes de que le fuera negada la misma con fundamento en la ley del estado, acudió a los estrados judiciales para discutir su legalidad. Tanto la Corte del Circuito como el Tribunal de Apelaciones le concedieron la razón. Ambas instancias evidenciaron que, de acuerdo con los informes y estudios aportados en el proceso, quedaba demostrado

“(…) que no hay diferencias en la forma de ser padres de los homosexuales o la adaptación de sus hijos. Estas conclusiones han sido aceptadas, adoptadas y ratificadas por la asociación de psicología

¹⁵⁷ Howard vs Arkansas. Se puede consultar en https://www.aclu.org/sites/default/files/images/asset_upload_file1_26052.pdf (Traducción libre).

estadounidense, la asociación de psiquiatría estadounidense, la asociación pediátrica estadounidense, la liga para el bienestar de la infancia de Estados Unidos y la asociación nacional de trabajadores sociales. Como resultado, basado en la solidez de las pruebas disponibles en el campo, este tribunal considera que la cuestión está fuera de discusión y que sería irracional sostener lo contrario, el mejor interés para los niños no es ser protegidos prohibiendo la adopción de los homosexuales.¹⁵⁸ (Resaltado fuera de texto)

8.1.3.5.- Cabe destacar también la decisión tomada el 21 de marzo de 2014 por un Juez Federal de Michigan¹⁵⁹. Aunque el caso se centraba en la constitucionalidad de una ley del Estado que prohibía los matrimonios entre parejas del mismo sexo –finalmente llegó a la conclusión que resultaba inconstitucional-, el fallo analizó los aspectos relacionados con la presunta incapacidad de los homosexuales para ser buenos padres. Ello porque una de las justificaciones de la prohibición presentadas en el juicio tenía que ver precisamente con ese argumento. La sentencia encontró que no había certeza científica acerca de la presunta incapacidad y, por el contrario, evidenció que los niños que crecen en parejas del mismo sexo se desarrollan igual que aquellos criados por parejas heterosexuales. Esta decisión es además importante porque el juez se pronunció sobre el estudio “*New Family Structures Study*”, de Marc Regenerus. Para el funcionario judicial el testimonio de este científico sobre la incapacidad de las parejas del mismo sexo para hacer felices a los niños que educan no es creíble, dado que su libro es el resultado de la financiación de un instituto conservador, con una agenda de discriminación a la población LGTBI y el autor se limitó a consignar en el estudio las conclusiones deseadas por sus financiadores.

En ese caso el Juez Federal de Michigan, Estados Unidos, Bernard Friedman, decidió sobre la demanda presentada por April DeBoer y Jayne Rowse, quienes tenían una relación y vivían juntas, para esa época desde hacía ocho años, en Hazel Park, Michigan. En noviembre de 2009 y en octubre de 2011 April DeBoer adoptó legalmente a sus hijos N. y J. Por su parte, Jayne Rowse adoptó al menor R. en abril de 2011. Ante la imposibilidad de adoptar conjuntamente a los tres niños, presentaron una demanda contra el Estado de Michigan, en la cual alegaron que la restricción de la adopción a las parejas no casadas resultaba discriminatoria.

En una audiencia celebrada con ocasión de la acción interpuesta, la Corte señaló que las demandantes no podían adoptar conjuntamente dado que no estaban casadas, y que cualquier forma jurídica de unión entre parejas del mismo sexo estaba prohibida por la Enmienda a la Constitución de Michigan sobre el matrimonio (MMA por sus siglas en inglés “*Michigan Marriage*

¹⁵⁸ Third District Court of Appeal State of Florida, July Term, A.D. 2010 Florida Department of Children and Families, Appellant, vs. In re: Matter of Adoption of X.X.G. and N.R.G., Appellees. En: <http://www.3dca.flcourts.org/Opinions/3D08-3044.pdf> (Traducción libre).

¹⁵⁹ Se puede consultar la decisión en: <http://es.scribd.com/doc/213770186/2-12-cv-10285-151-Michigan-Decision>

Amendment”), que reza: “Para garantizar y proteger los beneficios del matrimonio para nuestra sociedad y las futuras generaciones de niños, la unión de un hombre y una mujer en el matrimonio será el único acuerdo reconocido como un matrimonio o unión similar para cualquier propósito”.

La Corte sugirió a las señoras DeBoer y Rowse rectificar su petición, en el sentido de impugnar la validez de la referida enmienda, sugerencia que fue acogida por las demandantes, quienes solicitaron modificar su denuncia.

El Estado apoyó su defensa en que la MMA tiene propósitos legítimos para excluir a las parejas del mismo sexo de la definición de matrimonio, tales como fomentar el desarrollo psicológico saludable del menor, evitar las consecuencias no deseadas que podrían resultar de redefinir el matrimonio, y la defensa de la tradición y la moral.

En el curso del proceso las demandantes llamaron como testigo, entre otros, al psicólogo David Brodzinsky, quien aseguró que décadas de estudios de investigación han demostrado que no existen diferencias entre las competencias parentales de personas homosexuales y heterosexuales, y que tampoco existen diferencias significativas en el desarrollo de los menores criados por parejas del mismo sexo, en comparación con aquellos criados por parejas heterosexuales. Lo anterior fue corroborado, además, por el reputado sociólogo Michael Rosenfeld, quien explicó que los niños criados por parejas del mismo sexo presentan un progreso escolar similar al de aquellos criados en hogares heterosexuales.

El Tribunal consideró que los anteriores testimonios gozaban de una alta credibilidad y le dio un peso considerable dentro de su decisión. Esto por cuanto declararon de forma contundente y convincente que las parejas del mismo sexo son tan estables como las parejas heterosexuales y que los resultados en el desarrollo de los menores dependen de factores como la calidad de las relaciones entre padres e hijos, la calidad de las relaciones entre los padres y, en general, de las capacidades parentales de estos sin importar su orientación sexual.

A su turno, la defensa llamó como testigo al sociólogo Mark Regnerus, quien encontró que los menores criados por parejas del mismo sexo se veían afectados en su desarrollo integral, presentaban mayores probabilidades de abuso sexual, eran más propensos a ser infieles y a tener numerosas parejas sexuales, entre otras consideraciones.

No obstante, el Tribunal desestimó dicha opinión y no la tuvo en cuenta para tomar su decisión, en tanto “*pretendía estudiar una gran muestra al azar de los estadounidenses adultos jóvenes (edades 18-39) sin tener en cuenta los arreglos familiares*”, y porque equiparó haber sido criado por una pareja del mismo sexo con haber vivido alguna vez con un padre que tenía una relación romántica con alguien del mismo sexo durante un periodo de tiempo. Así mismo, restó credibilidad a sus apreciaciones porque dicho estudio fue

realizado precipitadamente y a instancias de la financiación por parte de un tercero, quien a juicio del Tribunal quería un resultado determinado relacionado con el apoyo al matrimonio tradicional.

Sobre el argumento del Estado según el cual la MMA fue aprobada por los ciudadanos bajo la premisa de que las parejas heterosexuales casadas proporcionan el ambiente óptimo para la crianza de los hijos, el Tribunal consideró que las pruebas allegadas en el juicio refutaron esa premisa, según se reseñó previamente. Además, porque tal justificación es desmentida por los requisitos para contraer matrimonio establecidos por el propio Estado, dentro de los cuales no se incluye alguno referente a la capacidad de tener hijos o a que la crianza deba darse en una estructura familiar en particular.

De igual forma consideró que, por ejemplo, si una de las demandantes muriera o quedara incapacitada, su pareja no podría, bajo la ley de Michigan, tomar decisiones legales en nombre de los menores sin verse sometida a un proceso judicial prolongado y complicado.

Por último, señaló que actualmente existen muchos menores que son criados por parejas del mismo sexo, cifra que ha aumentado de forma constante en los últimos 20 años, por lo que prohibir el matrimonio de personas del mismo sexo no va a evitar que se formen ese tipo de familias ni va a aumentar el número de matrimonios heterosexuales o el número de menores criados por ellos.

Con base en esas y otras consideraciones, el Tribunal encontró que la Enmienda a la Constitución de Michigan sobre el matrimonio discriminaba a las parejas del mismo sexo, lo cual era inadmisibles a la luz de la cláusula de igual protección contenida en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.

En conclusión, en los Estados Unidos, dependiendo del estado, está prohibida o permitida la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Todos los estados permiten la adopción individual, sin considerar la opción sexual. Un grupo importante de estados avala tanto la adopción conjunta como la adopción sucesiva. Solo en dos estados existe una prohibición tajante. Es también de resaltar que se considera, por parte de los jueces, como un hecho judicialmente aceptable y que no atenta en contra del interés superior del menor la crianza de un menor por una pareja del mismo sexo.

8.1.4.- México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, mediante sentencia del 16 de agosto de 2010¹⁶⁰, estudió la acción de inconstitucionalidad presentada por el Procurador General de la Nación, quien solicitó la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal (reformado el año

¹⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010.

inmediatamente anterior), normas que admiten el matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo.

El Procurador consideró que las reglas en materia de adopción se apartaban del contenido del artículo 4º de la Constitución Federal, relativo al interés superior del menor. A su juicio, teniendo en cuenta que uno de los derechos primordiales del niño es el desarrollarse en el seno de una familia, donde el modelo de familia ideal es aquel conformado por padre, madre e hijos, *“dicho modelo de familia es al que todo menor tiene derecho y, por tanto, debe ser el marco de referencia en la interpretación y aplicación de los tratados internacionales y las resoluciones jurisdiccionales”*.

Además, según el demandante, *“puede propiciar que los menores adoptados por matrimonios entre personas del mismo sexo no encuentren el ambiente más propicio y adecuado para su desarrollo, generando con ello al adoptado una situación de desigualdad o discriminación respecto de otros menores adoptados por matrimonios conformados por un hombre y una mujer”*.

En esa oportunidad la Suprema Corte consideró que, tratándose de la adopción, los derechos de los menores sujetos a ella se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante u adoptantes debido a su especial protección constitucional. Sin embargo, precisó, ello no puede significar que *“la orientación sexual de una persona o de una pareja -que es simplemente una de las opciones que se presentan en la naturaleza humana y, como tal, forma parte de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad-, le reste valor como ser humano o pareja y, por tanto, lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor¹⁶¹ y, por ende, que el legislador deba prohibir la adopción por parte de un matrimonio conformado por personas del mismo sexo, por estimar que, el sólo hecho de que se trate de parejas del mismo sexo, afecta el interés superior del menor^{162, 163}”*.

¹⁶¹ Cfr. Opinión técnica rendida por especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México: “No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia”. (Resaltado fuera de texto).

¹⁶² Cfr. Opinión técnica rendida por especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México: “No existen razones objetivas, ni científicamente fundadas, para conjeturar riesgos para los menores criados y/o adoptados por parejas homosexuales. En comparación general con las parejas heterosexuales, no hay diferencias significativas en los efectos psico-sociales para los niños (as). El interés superior de los menores consiste en su bienestar físico-mental, así como en el derecho a tener una familia o ser reintegrados en una familia cuando carecen de ella. Tanto las familias heteroparentales como las homoparentales pueden ofrecer las condiciones adecuadas para criar, cuidar y educar a niños (as) huérfanos o abandonados”. (Resaltado fuera de texto)

¹⁶³ Consideraciones 309 y siguientes.

Esa Corporación no encontró alguna diferencia constitucional o jurídica relevante para excluir a toda una categoría de personas del régimen legal de la adopción por motivos de su orientación sexual, ni para excluirla, por ejemplo, por motivos de raza, de origen étnico, religioso o económico, *“por las mismas razones que no necesita conocerse el efecto que puede tener en los niños vivir en familias indígenas o no indígenas, familias pobres o familias ricas, familias con padres que tienen una discapacidad o no la tienen, porque, en cualquier caso, estaría constitucionalmente vedado no considerarlas una familia protegida por la Constitución o una familia ‘amenazante’ o ‘disfuncional’ para los niños: la Constitución hace que esa misma averiguación sea innecesaria”*¹⁶⁴.

Con respecto a la garantía del principio del interés superior del menor en los procesos de adopción, señaló que *“es la legislación aplicable la que debe delimitar el universo de posibles adoptantes sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor, claramente establecidas en ley, para que, de esta forma, la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida”*. En esa medida, concluyó, la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan adoptar *“no puede considerarse automática e indiscriminada”*, sino que tiene que sujetarse al sistema legalmente establecido para ello.

Recordó la Suprema Corte que en otros países las parejas interraciales, las adopciones interraciales, los hijos de madre soltera o de padres divorciados eran discriminados, e incluso la misma adopción se mantuvo en secrecía, lo que hoy en día no sucede. En ese sentido, señaló, cobra importancia que las sociedades siempre son dinámicas y ahora el cuestionamiento *a priori* de que las parejas homosexuales afectan el interés superior del menor es, en sí mismo, discriminatorio. Sobre el particular sostuvo:

“337. Pero más relevante aún para esta Corte es el hecho de que resultaría totalmente contrario al artículo 1º constitucional, sujetar a todo un grupo o colectivo de personas, en función de su orientación sexual, a la demostración de que son “aptos” para solicitar la adopción de un menor o, peor aún, prohibírseles, precisamente por el solo hecho de que son parejas del mismo sexo, como si la orientación sexual fuera algo negativo.

338. La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”. (Resaltado fuera de texto).

¹⁶⁴ *Ibidem*.

Con sustento en los anteriores y otros argumentos la Suprema Corte de la Nación de México declaró infundada la acción de inconstitucionalidad y reconoció la validez de las normas demandadas.

8.1.5.- España

Mediante sentencia del 6 de noviembre de 2012¹⁶⁵, el Tribunal Constitucional de España resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Popular del Congreso contra la Ley 13/2005, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio por personas del mismo sexo.

Dentro de los diversos argumentos expuestos los demandantes señalaron que la norma vulneraba los apartados 1, 2 y 4 del artículo 39 de la Constitución Española, relativos a la protección de la familia y de los hijos. Lo anterior, por cuanto con la nueva redacción del Código Civil se abrió la posibilidad de que los cónyuges homosexuales adoptaran conjuntamente, lo que, a su juicio, resultaba contrario al mandato de protección integral de los hijos *“al anteponer la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales al interés del menor, que también es el interés rector de la adopción, así como a la idoneidad de los adoptantes”*.

En parecer de los recurrentes, plantear la cuestión de la adopción por parte de las parejas homosexuales como un problema de discriminación suponía *“hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar”*. Además, *“no existe una garantía mínima de certeza, en el ámbito de la comunidad científica, sobre la conveniencia del adoptado de vivir en el seno de una pareja homosexual. Prueba de ello sería que en los pocos países que han abierto el matrimonio a las parejas homosexuales no se reconoce la adopción conjunta por parte de las mismas”*.

En esa oportunidad el Tribunal Constitucional analizó el asunto de la adopción de parejas del mismo sexo como un aspecto secundario, en tanto consideró que el motivo de inconstitucionalidad principal era la vulneración del artículo 32 de la Constitución, referente al matrimonio y la posibilidad o no de que dicha parejas pudiesen contraerlo. No obstante, en el punto específico de la adopción explicó que el interés superior del menor no se veía afectado por cuanto ha de ser evaluado *“en cada caso concreto”*. Según sus palabras:

“[E]l interés del menor adoptado por un matrimonio entre personas del mismo sexo, o por un matrimonio entre personas de distinto sexo, ha de ser preservado conforme a lo dispuesto en el art. 39.2 CE. Y este interés se tutela en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del art. 39.2 CE no queda afectado por el hecho de que se

¹⁶⁵ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 198/2012 de 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005. Referencia: BOE-A-2012-14602.

permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge”. (Resaltado fuera de texto).

El Tribunal mencionó, además, que el ordenamiento jurídico, que no reconoce un derecho fundamental a adoptar, prevé mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción nacional e internacional para garantizar la preservación del interés superior del menor en los procesos de adopción. Sobre este punto adujo:

“Nuestra propia jurisprudencia ha establecido ya que, en los procedimientos de adopción, se configura como prevalente el interés superior del menor (...) La eventual lesión del art. 39.2 CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Código civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176 CC)”. (Resaltado fuera de texto)

Con sustento en lo anterior, el Tribunal Constitucional de España desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005.

8.1.6.- Sudáfrica

Mediante sentencia del 10 de septiembre de 2002, referente al asunto X & Y contra el Ministerio de Bienestar y Desarrollo de la Población y otros, la Corte Constitucional de Sudáfrica reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo de adoptar conjuntamente¹⁶⁶.

Las demandantes (X y Y), quienes tenían una relación y vivían juntas desde 1989, querían adoptar a dos menores. Para ello se sometieron a un proceso estándar de tres meses, en el cual fueron evaluadas por trabajadores sociales como lo exige la Ley de Cuidado Infantil, norma que establece el marco legal para las adopciones. Tal evaluación incluyó exámenes psicológicos, visitas al hogar, recomendaciones, entre otros; y durante el curso del proceso estuvo claro que los menores serían adoptados en una familia conformada por una pareja del mismo sexo.

A los dos meses de haberse iniciado el proceso de selección y asesoramiento las solicitantes fueron aceptadas como madres adoptivas y el 3 de diciembre de 1994 los dos menores elegidos para la posible adopción fueron colocados temporalmente bajo el cuidado de la pareja. Posteriormente, en 1995, X y Y

¹⁶⁶ Corte Constitucional de Sudáfrica. Caso CCT 40/01 del 10 de septiembre de 2012. X y Y contra el Ministerio de Bienestar y Desarrollo de la Población, el Ministerio de Justicia y Desarrollo Constitucional y el Comisionado para el Bienestar del Menor.

solicitaron la adopción conjunta ante un tribunal de menores de Pretoria; sin embargo, este último, limitado por la legislación entonces vigente, concedió la custodia solamente a una de las solicitantes, a pesar de que ambas habían sido calificadas como madres adecuadas para el cuidado de los menores.

Ante esta situación acudieron al Tribunal Superior de Pretoria para impugnar la validez constitucional de las disposiciones contenidas en la Ley de Cuidado Infantil. A juicio de las demandantes, dicha normatividad violaba sus derechos a la dignidad, a la igualdad y a la no discriminación por su orientación sexual. Así mismo, argumentaron que la prohibición de adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo era contraria al interés superior del menor. Este Tribunal declaró que las disposiciones impugnadas eran inconstitucionales.

Una vez llegó el asunto a la Corte Constitucional de Sudáfrica, recordó de manera preliminar la importancia de las instituciones de la familia y el matrimonio como pilares de la sociedad y señaló que, según como está contemplado en la Constitución, existen diversas concepciones de familia, las cuales van cambiando a medida que las tradiciones y las prácticas sociales lo hacen¹⁶⁷.

Acto seguido hizo referencia al argumento de las demandantes según el cual las normas impugnadas afectaban el principio del interés superior del menor. Señaló que la exclusión de las parejas del mismo sexo para adoptar conjuntamente *“contraría la esencia y el propósito social de la adopción, el cual es ofrecer la estabilidad, el compromiso, el cariño y el apoyo para el desarrollo del menor, que puede ser ofrecido por cualquier persona debidamente calificada”*¹⁶⁸. En ese sentido, sostuvo que la Ley de Cuidado Infantil privaba a los menores de la posibilidad de tener una familia amorosa y estable contrariando así lo consagrado en el artículo 28 (2) de la Constitución, referente al interés superior del menor¹⁶⁹. La Corte mencionó que este último aspecto era de especial importancia dada la realidad social del país, donde existe una gran cantidad de niños huérfanos.

En cuanto al argumento de las demandantes según el cual las disposiciones impugnadas incluyen una diferenciación con motivo de la orientación sexual, la Corte consideró que el hecho de no estar casadas, lo que les impedía acceder a la adopción conjunta de los menores, estaba directamente relacionado con su orientación sexual. En esa medida, encontró vulnerado el derecho a la igualdad de las demandantes, en tanto estas hubieran podido adoptar conjuntamente de no ser por su orientación sexual¹⁷⁰. Asimismo, encontró demostrado que las señoras X y Y conformaban una familia estable, amorosa y feliz. No obstante, una de ellas no era reconocida como la madre de los menores, en detrimento de su dignidad¹⁷¹.

¹⁶⁷ Consideraciones 18 y 19.

¹⁶⁸ Consideración 21.

¹⁶⁹ Consideración 22.

¹⁷⁰ Consideración 26.

¹⁷¹ Consideraciones 27 a 29.

Con sustento en las anteriores y otras consideraciones, la Corte Constitucional de Sudáfrica concluyó que las disposiciones acusadas violaban los derechos a la igualdad, a la dignidad y la prevalencia del interés superior del menor.

8.1.7.- Alemania

El ordenamiento jurídico alemán reconoció, mediante una reforma introducida en 2005 a la “*Ley de compañía de vida*”¹⁷² (*Lebenspartnerschaftsgesetz* o LPartG, por sus siglas), la posibilidad de que las parejas del mismo sexo adoptaran al hijo biológico de su pareja. Ello siempre y cuando se cumplieran los requisitos generales de la adopción y, adicionalmente, se contara con el consentimiento explícito del otro padre o madre biológico del menor (la llamada adopción consentida). Esta disposición amplió el denominado *kleines Sorgerecht* o “*pequeña custodia*”, que establecía los derechos y deberes en relación con los hijos biológicos en las parejas del mismo sexo. Sin embargo, la ley no previó la posibilidad de una adopción conjunta ni la “*adopción sucesiva*”, que es aquella que ocurre cuando un compañero adopta el hijo adoptivo de su pareja. Esta última modalidad estaba expresamente prohibida en la legislación.

El Tribunal Constitucional alemán, mediante decisión de 19 de febrero de 2013, estudió la constitucionalidad de dicha “*adopción sucesiva*” en el caso de las parejas del mismo sexo cuya unión se encontrara registrada de acuerdo con lo previsto en la LpartG. Concluyó que la restricción violaba la cláusula general de igualdad prevista en el párrafo 1º del artículo 3º de la Ley Fundamental (Constitución de la República Federal Alemana). Señaló que no resultaba razonable el trato distinto que la ley daba a los niños adoptados por un miembro de una pareja del mismo sexo en relación con aquellos que lo habían sido por parte de alguien que conformaba un matrimonio. También halló injustificado el tratamiento desigual dado a los miembros de una unión de parejas del mismo sexo en comparación con aquellos unidos en matrimonio, a quienes sí les era permitida la adopción sucesiva.

En cuanto al concepto de familia, el Tribunal constató que “*la comunidad social-familiar conformada por parejas del mismo sexo inscritas y el niño biológico o el niño adoptado por uno de los compañeros integra una familia protegida por el párrafo 1º del artículo 6º de la Ley Fundamental*”¹⁷³.

En relación con los efectos que tiene sobre los niños el hecho de crecer en una pareja del mismo sexo sostuvo:

¹⁷² El LPartG fue promulgado en 2001. Creó el régimen de unión civil de parejas del mismo sexo, conocida informalmente como “*Homo Ehe*”. En la actualidad son vigentes este tipo de uniones sin que se hayan equiparado totalmente con el matrimonio, que sigue siendo una forma de vínculo exclusivo para parejas de distinto sexo.

¹⁷³ BVerfG, 1 BvL 1/11 vom 19. Febrero 2013. Traducción libre de la Corte.

“La exclusión de la adopción sucesiva no se puede justificar con el hecho de que crecer con padres del mismo sexo dañe al niño. Se debe asumir que las condiciones de protección de una unión registrada pueden promover el crecimiento de los niños de igual manera que un matrimonio. Las consideraciones en contra del crecimiento de niños en uniones homoparentales fueron desvirtuadas en la gran cifra de opiniones de expertos”.

Acerca del interés superior del niño el Tribunal indicó que en estos eventos:

“[L]a adopción sucesiva per se no afecta el bienestar del niño, sino resulta beneficiosa para la constelación de lo aquí juzgado. En opinión de los expertos consultados, es susceptible de tener efectos estabilizadores en la psicología del desarrollo. También mejora la situación jurídica del niño en caso de disolución de la unión por separación o la muerte. Esto se refiere por un lado a la custodia, la cual puede ser tratada adecuadamente en evento de separación, teniendo en cuenta el mejor interés de los niños, caso a caso. Por otra parte, esto se aplica en términos materiales, un niño se beneficia de la doble paternidad sobre todo en cuanto a los alimentos y la sucesión. Por último, una amenaza para el interés superior del niño permitiendo la adopción sucesiva tampoco es de temer, porque cada adopción - también la adopción sucesiva- requiere una evaluación individual precedente, que debe considerar cualesquiera desventajas individuales en el proceso concreto de adopción”. (Resaltado fuera de texto)

El Constitucional concedió al Parlamento un término, hasta el 30 de junio de 2014, para dictar una nueva ley que superara la situación de discriminación evidenciada. En cumplimiento de lo así decidido, el 20 de junio del año anterior, justo antes del vencimiento del plazo otorgado, el Parlamento alemán aprobó la nueva normativa¹⁷⁴. En ella se corrigieron los apartes puntuales de la ley que el Tribunal había considerado constitucional, incorporando de esta manera plenamente la adopción sucesiva para parejas del mismo sexo en el ordenamiento legal. A pesar de lo anterior, la ley se limitó a regular puntualmente lo dispuesto por el Constitucional y omitió lo concerniente a la posibilidad de adopciones conjuntas.

En síntesis, el ordenamiento jurídico alemán reconoce la posibilidad de que las parejas del mismo sexo que hayan cumplido con la formalidad del registro (i) adopten a los hijos biológicos de los compañeros y (ii) adopten al hijo adoptivo de los compañeros. También es de destacar que se reconoce que la familia conformada por parejas del mismo sexo y sus hijos biológicos conforman una familia constitucionalmente protegida. Por último, debe decirse que la adopción por parte de parejas del mismo sexo no se ha

¹⁷⁴ Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner. En castellano: Ley para la implementación de la decisión del Tribunal Constitucional Federal acerca de la adopción sucesiva por compañeros permanentes.

considerado que comprometa o afecte el interés superior del menor, sino todo lo contrario.

8.1.8. Canadá

En las últimas décadas los derechos legales de las parejas del mismo sexo en Canadá han sido objeto de una considerable actividad política, legislativa y judicial. Los tribunales han enfrentado desafíos jurídicos ante leyes presuntamente discriminatorias y la reivindicación de los derechos del colectivo LGTB, proporcionando un marco jurídico para reformas normativas de diverso alcance.

En cuanto al desarrollo normativo, es preciso mencionar que antes de la década de los 80 eran pocos los derechos o disposiciones legales a los que las parejas del mismo sexo podían recurrir. Sin embargo, en 1985 esta situación cambió considerablemente con la entrada en vigencia de la cláusula de igualdad de derechos establecida en el artículo 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades¹⁷⁵.

Las Cortes canadienses han sostenido que ese artículo debe interpretarse de una forma amplia y general, y que otros motivos “análogos” (características personales diferentes a las mencionadas en dicha norma) también pueden ser discriminatorios. Así, la Corte Suprema de Canadá ha reconocido que la orientación sexual es un motivo “análogo” y que por lo tanto no puede haber formas de discriminación basadas en ese criterio¹⁷⁶.

En lo que respecta a la posibilidad de adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo, debe señalarse que la misma es legal en la mayor parte de las provincias de Canadá. De acuerdo con el informe anual “State-Sponsored Homofobia” de 2014, la lista de provincias y años en que este derecho fue reconocido es la siguiente¹⁷⁷:

Alberta, Columbia Británica	1996
Nunavut, Ontario	2000
Nueva Escocia	2001
Saskatchewan	2001

¹⁷⁵ La norma en cita establece: “Igualdad de Derechos // 15. (1) Todos son iguales ante la ley y ésta se aplica igualmente a todos, y todos tienen derecho a la misma protección y al mismo beneficio de la ley, independiente de toda discriminación, especialmente de discriminación fundada en raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o deficiencias mentales o físicas. // (2) El párrafo (1) no precluye ninguna ley, programa o actividad destinada a mejorar la situación de individuos o de grupos menos favorecidos, especialmente en razón de su raza, origen nacional o étnico, de su color, de su religión, de su sexo, de su edad o de sus deficiencias mentales o físicas”.

¹⁷⁶ Mary C. Hurley, Orientación Sexual y Derechos Legales, División de Asuntos de Derecho y Gobierno, Servicio de Investigación e Información Parlamentaria de Canadá (Sexual Orientation and Legal Rights, Law and Government Division, Parliamentary Information and Research Service of Canada), 31 mayo de 2007, p. 2. Disponible en: <http://www.parl.gc.ca/content/LOP/ResearchPublications/921-e.pdf>. Traducción libre.

¹⁷⁷ Lucas Paoli Itaborahy and Jingshu Zhu, State-Sponsored Homophobia: A world survey of laws: Criminalisation, protection and recognition of same-sex love” ILGA- International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association. Disponible en: http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_SSHR_2014_Eng.pdf.

Quebec	2002
Manitoba	2002
Territorios del Noroeste	2002
Terranova y Labrador	2003
Nueva Brunswick	2008
Isla del Príncipe Eduardo	2009

Entre los cambios legislativos más importantes presentados en las anteriores provincias se resaltan los siguientes¹⁷⁸:

(i) En Columbia Británica, de 1992 a 1999, se modificó la definición de “*cónyuge*” en varias leyes con el propósito de incluir a las personas homosexuales que convivían en relaciones “*similares al matrimonio*”. Además, la legislación sobre la adopción vigente en Columbia Británica desde 1996 ha permitido que las parejas del mismo sexo presenten solicitudes conjuntas de adopción.

(ii) En el año 1999 la Asamblea Legislativa de Ontario expidió una nueva ley, con fundamento en la decisión proferida por la Corte Suprema de Canadá en el caso *M. v. H*, mediante la cual les otorgó a las parejas homosexuales los mismos derechos y responsabilidades legales que a las parejas heterosexuales de hecho, introduciendo el término “*cónyuge del mismo sexo*” en los estatutos modificados. Esta norma también dejó implícita la autorización de las solicitudes de adopción conjunta y de hijastros por parte de parejas del mismo sexo, derecho que ya había sido reconocido por el derecho común de Ontario desde 1995.

(iii) La Asamblea Legislativa de Nueva Escocia promulgó en el año 2001 una ley en la que se abolió la prohibición provincial en materia de adopción por parejas del mismo sexo.

(iv) En Nueva Brunswick, en el año 2008, nuevas enmiendas a la Ley de Servicios Familiares dieron cabida a la adopción conjunta por parte de “*cónyuges de hecho o derecho*”, en una acepción no sexista.

(v) En 2001 y 2002, la Asamblea Legislativa de Manitoba aprobó un paquete legislativo que modificó decenas de leyes con el propósito de reconocer los derechos y responsabilidades legales de las parejas del mismo sexo, incluyendo los derechos de adopción conjunta.

(vi) En 2002, la Asamblea Legislativa de los Territorios del Noroeste profirió una ley, mediante la cual se modificaron las leyes de Adopción y de Derecho de Familia, ampliando la definición de “*cónyuge*” para incluir a las parejas homosexuales.

¹⁷⁸ Hurley, Op cit. p. 11-14.

En lo concerniente al desarrollo jurisprudencial, algunas de las principales decisiones judiciales referentes a la adopción por parejas del mismo sexo se resumen a continuación.

(i) La primera vez que la Corte Suprema de Canadá estudió un asunto referente a la orientación sexual fue en el caso *Egan v. Canadá*, que involucraba la impugnación de las disposiciones sobre las prestaciones conyugales que establecía la Ley Federal de Pensión de Vejez, norma que amparaba a las parejas heterosexuales que cumplían con los requisitos de edad estipulados por el estatuto y que habían cohabitado y convivido por un año o más tiempo, pero que no extendía dicho beneficio a las parejas homosexuales.

El Alto Tribunal fue unánime al declarar que la orientación sexual activa está protegida por el artículo 15 de la Carta. Asimismo, una mayoría de 5 a 4 encontró que la definición de cónyuge prevista en la norma analizada era discriminatoria en términos de orientación sexual, por lo que contrariaba el artículo 15 en mención. Sin embargo, también por mayoría se consideró que tal discriminación estaba justificada según el artículo 1º de la misma disposición¹⁷⁹.

Aunque la Corte Suprema de Canadá reservó el tema del matrimonio y la adopción para un pronunciamiento posterior, al señalar que la discriminación por motivos de orientación sexual es contraria a la Carta de Derechos y Libertades fijó un precedente a nivel federal y provincial para casos futuros que implicaran estos asuntos.

(ii) La provincia de Ontario, en el año 1995, fue la primera en reconocer la adopción por parte de parejas del mismo sexo en el caso *K (Re)*¹⁸⁰. En ese caso cuatro parejas de lesbianas solicitaban en adopción a sus hijastros. El estatuto vigente para la época, Sección 136 (1) de la Ley de Ontario, solamente permitía que un cónyuge solicitara la adopción del hijo biológico de su compañero, precisando que el término “cónyuge” exclusivamente aplicaba a personas del sexo opuesto.

En esa decisión la Corte de Ontario sostuvo que considerar al cónyuge como una pareja del sexo opuesto viola la Carta de Derechos y Libertades y que el derecho a adoptar es un beneficio que otorga la ley, de modo que negarlo por causa de la orientación sexual del solicitante transgrede el artículo 15 de la Carta, según el precedente establecido en el caso *Egan vs. Canadá*.

En ese fallo el Tribunal manifestó que “[n]o es posible imaginar un ejemplo más flagrante de discriminación”¹⁸¹. Igualmente señaló que la legislación propendía por el interés superior de los niños, el cual era incompatible con la

¹⁷⁹ Ibid., p. 6-7.

¹⁸⁰ El resumen del caso en inglés se encuentra disponible en: <https://www.gov.mb.ca/justice/publications/commonlawreviewpanel/vol1/3c.html>. Traducción libre.

¹⁸¹ Ibidem.

prohibición absoluta en materia de adopción impuesta a las parejas del mismo sexo.

Antes de esta decisión la Ley de Ontario había permitido solicitudes individuales de adopción por parte de personas con distinta orientación sexual, pero había negado las solicitudes de adopción conjunta.

(iii) Meses después el mismo Tribunal conoció un caso similar en el que una mujer lesbiana solicitaba en adopción el hijo de su compañera, desafiando la definición del término “*cónyuge*” prevista en la Ley de Servicios de Familia de Ontario (C.E.G. (No. 1) (Re) [1995] O.J. No. 4072). En esa oportunidad la Corte de Ontario modificó nuevamente dicha acepción con el propósito de incluir a las parejas del mismo sexo, aplicando para el efecto los argumentos expuestos en el caso *K (Re)*¹⁸².

(iv) En el año 1996 la legislación de la provincia de Alberta fue desafiada por dos mujeres lesbianas en el caso *A (Re)*, cuyo deseo era adoptar los hijos biológicos de sus parejas. La solicitud inicial de las demandantes fue que el Tribunal estableciera si la definición de “*cónyuge*” dada por la Ley de Alberta incluía a las parejas del mismo sexo y, de no ser así, si esto vulneraba la Carta.

El Fiscal General se opuso inicialmente a dichas solicitudes, pero posteriormente retiró la oposición cuando el Gobierno anunció su intención de modificar la Ley de Bienestar de la Infancia (Child Welfare Act). La enmienda presentada sustituyó el término “*cónyuge*” por “*padrastro*”, con el fin de permitir, entre otras cosas, las adopciones por parejas del mismo sexo. En ese fallo el Tribunal de Alberta concluyó, aplicando las reglas de interpretación normativa, que la intención del legislador al cambiar “*cónyuge*” por “*padrastro*” era permitir las adopciones por personas del mismo sexo. Así las cosas, consideró innecesario examinar la petición relacionada con la violación a la Carta.

(v) Otro caso importante que involucró los derechos de las parejas y familias del mismo sexo surgió en mayo de 1999 (*M. v. H*), cuando la Corte Suprema de Canadá ratificó un fallo del Tribunal de Apelación de Ontario en el cual se afirmaba que la definición de “*cónyuge*” como una persona del sexo opuesto violaba el artículo 15 de la Carta de Derechos y Libertades¹⁸³.

Asimismo, la Corte reconoció que su decisión podía afectar a muchos otros estatutos y leyes que incluyeran una definición similar del término “*cónyuge*”. En consecuencia, hizo hincapié en su deseo de que la asamblea legislativa

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ En esa ocasión la Corte indicó que “el quid de la cuestión es que este tratamiento diferencial es considerablemente discriminatorio al atentar contra la dignidad humana de los individuos que tienen relaciones homosexuales. (...) Excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios y prestaciones del régimen de manutención del cónyuge implica juzgarles como personas incapaces de formar y mantener relaciones íntimas de interdependencia económica, sin tener en cuenta sus circunstancias reales (...)”. Hurley, *Op cit.* p. 8.

actuara al respecto para evitar el gran costo que implicaría para los litigantes privados y para el erario público resolver asuntos similares caso por caso.

Bajo este contexto, como se mencionó con anterioridad, la Asamblea Legislativa de Ontario aprobó una nueva ley mediante la cual se otorgó a las parejas del mismo sexo iguales derechos y deberes legales que los otorgados a las parejas heterosexuales.

8.1.9.- Italia

La denegación de la adopción conjunta por parejas del mismo sexo es la posición generalizada de la legislación¹⁸⁴ y los tribunales italianos. Sin embargo, el 29 de agosto de 2014 el Tribunal para los Menores de Roma decretó la primera adopción en Italia que da origen a una familia homoparental.

Este es el caso de dos mujeres romanas que convivían desde hace más de diez años y que habían contraído matrimonio en España, en donde, en el 2009, la más joven de las dos había concebido una hija gracias a la fecundación heteróloga. Tras regresar a vivir a Italia con la menor, las mujeres se inscribieron en el registro de las Uniones Civiles de Roma. Posteriormente la madre no biológica, decidida a dar pleno reconociendo jurídico al vínculo afectivo de hecho, solicitó al Tribunal de Menores la adopción de la niña.

El Tribunal ratificó la solicitud de adopción basándose en el inciso 1º, literal d), artículo 44, de la Ley 184 de 1983¹⁸⁵, disposición que prevé los así denominados *casos particulares*, en los cuales la adopción es posible en ausencia de los requisitos de ley.

Consideró el Tribunal que en esta clase de adopciones se debe dar prevalencia al interés del menor, dando relevancia a la preexistencia de vínculos afectivos entre los sujetos de la relación adoptiva. Además, que la norma no distingue entre parejas convivientes heterosexuales u homosexuales. En consecuencia, afirmó, una interpretación en sentido diferente sería contraria a la *ratio legis*, a la Constitución y a los principios señalados por la Convención Europea sobre

¹⁸⁴ La adopción en Italia está regulada por la Ley 184 del 1983 (modificada por la Ley 149 de 2001). El artículo 6º de la disposición en comento establece: “1. Podrán adoptar los cónyuges casados desde hace tres años por lo menos. Éstos no deberán estar separados y entre ellos no habrá debido existir, en los últimos tres años, ninguna separación personal, ni siquiera de hecho. (...)”

¹⁸⁵ La norma en cita dispone: “TÍTULO IV//Sobre la adopción en casos particulares//Punto I//Sobre la adopción en casos particulares y sus efectos//Art. 44//1. Los menores podrán ser adoptados también cuando no se presenten las condiciones previstas en el art.7.1://a) por personas unidas al menor por vínculo de parentesco hasta el sexto grado o por una relación estable y duradera preexistente, cuando el menor sea huérfano de padre y madre;//b) por el cónyuge en el caso en que el menor sea hijo, incluso adoptivo, del otro cónyuge;//c) cuando el menor se encuentre en las condiciones expuestas en el artículo 3.1 de la ley 104 de 5 de febrero de 1992 y sea huérfano de padre y madre;//d) cuando exista la imposibilidad constatada de un acogimiento preadoptivo.//2. En los casos expuestos en el apartado 1, la adopción se autorizará también si existen hijos legítimos.//3. En los casos expuestos en las letras a), c), y d) del apartado 1, la adopción se autorizará también, no sólo a los matrimonios sino también a quienes no estén casados. Si el adoptante es una persona casada y no separada, la adopción se podrá autorizar sólo tras petición de los dos cónyuges.//4. En los casos expuestos en las letras a) y d) del apartado 1, el adoptante tendrá que tener, por lo menos, 18 años más que el menor que quiere adoptar.” (Subrayas fuera de texto).

los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“CEDU”), de la cual Italia es parte.

También destacó que no es posible presumirse que el interés del menor no se pueda desarrollar en el ámbito de un núcleo familiar conformado por una pareja de sujetos del mismo sexo. Para respaldar esta afirmación el tribunal citó como precedente la Sentencia de la Corte de Casación 601/12, en la cual se precisó que *“no se encuentran certezas científicas o datos de la experiencia, sino el simple prejuicio que sea desfavorable para el equilibrado desarrollo del niño el hecho de vivir en una familia conformada por una pareja homosexual”*¹⁸⁶.

Manifestó que una interpretación que excluya la adopción para las parejas homosexuales solamente en razón de la mencionada condición, reconociendo al mismo tiempo la posibilidad de recurrir a tal instituto a las parejas de hecho heterosexuales, es contraria al principio de igualdad y de la tutela de los derechos fundamentales (artículos 2 y 3 de la Constitución). Recordó también que la Corte Constitucional italiana, en Sentencia 138 de 2010, sostuvo que la unión homosexual, entendida como la estable convivencia entre dos personas del mismo sexo, debe ser reconocida entre las formaciones sociales merecedoras de tutela y, por lo tanto, se les debe otorgar los correlativos deberes y derechos, entre los cuales se encuentra el derecho a vivir libremente su condición de pareja.

8.1.10.- Austria

En 2013, mediante una reforma introducida en el Código General Civil y la Ley de Compañeros Permanentes¹⁸⁷ se permitió la adopción por parte de parejas del mismo sexo de los hijos biológicos de sus compañeros. Sin embargo, el inciso 2º del artículo 191 del citado Código y el inciso 4º del artículo 8º de la Ley de Compañeros Permanentes preveían que la adopción conjunta solamente podía ser solicitada por cónyuges, al tiempo que establecía la prohibición para parejas del mismo sexo.

En sentencia de 11 de diciembre de 2014 el Tribunal Constitucional consideró que dicha exclusión resultaba inconstitucional por violar la cláusula general de igualdad prevista en la Carta. Solicitó al parlamento dictar, antes del 31 de diciembre de 2015, una nueva reglamentación para superar dicha situación. Adujo que no existía justificación objetiva para un trato diferenciado que excluyera a las uniones de parejas del mismo sexo registradas de la posibilidad de adoptar de manera conjunta. Igualmente señaló que *“las dudas fundamentales en el sentido de si es perjudicial para el bienestar de los niños*

¹⁸⁶ En esta oportunidad se rechazó un recurso presentado por el padre de un menor en contra de la custodia exclusiva decretada por la Corte de Apelación de Brescia a favor de la madre, quien tenía una relación homosexual con otra mujer.

¹⁸⁷ Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz geändert werden (Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013 – AdRÄG 2013). En castellano: Ley federal por medio de la cual se modifica el Código General Civil y la Ley de Compañeros Permanentes Registrados (Derecho de adopción- Ley de modificación)

crecer con padres del mismo sexo, a la luz de las regulaciones ya existentes, no sirve para justificar la regulación impugnada”¹⁸⁸.

8.1.11.- Conclusiones

El estudio de derecho comparado previamente enunciado permite concluir que el interés superior del menor siempre ha estado presente en las discusiones, ya sean legislativas o judiciales, que definen la posibilidad de adoptar para las personas solteras o parejas del mismo sexo.

En ese sentido, siempre con sustento en evidencia empírica, se ha determinado que el interés superior del menor no se ve afectado por el hecho de ser adoptado por una persona de orientación homosexual o por una pareja del mismo sexo. Al contrario, el reconocimiento de esta clase de adopción por diferentes Estados y organismos internacionales se ha concebido como una medida que contribuye a cumplir con el objetivo de otorgar al niño o la niña la posibilidad de crecer en el seno de una familia.

Bajo ese entendido, es en cada caso concreto que las autoridades deben determinar la idoneidad de los solicitantes de la adopción. Según lo expusieron el TEDH y otras autoridades, analizar cada caso de manera individualizada parece ser lo más acorde con el interés superior del menor.

8.2.- La evidencia científica indica que la adopción por parejas del mismo sexo no compromete ni afecta el interés superior del menor

8.2.1. Durante el término de fijación en lista de este proceso algunas universidades e instituciones públicas y privadas participaron exponiendo su posición jurídica en relación con las normas impugnadas. Sin embargo, la Corte consideró necesario contar con elementos de juicio adicionales y conceptos de carácter especializado que la ilustraran en relación con el efecto que podría tener sobre los menores de edad el hecho de ser adoptados por parejas de un mismo sexo.

Para tal fin, mediante Auto del 24 de febrero de 2015, el Magistrado Sustanciador dispuso el traslado de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas dentro del expediente D-10315. En aquel asunto la Corte solicitó a las facultades de sociología, psicología, salud pública, ciencias de la salud y medicina de algunas universidades del país, así como al Ministerio de Educación, al Ministerio de Salud y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que presentaran un concepto científico en relación con el efecto que sobre los menores de edad podría tener el hecho de ser adoptados por parejas de un mismo sexo.

¹⁸⁸Verfassungsgerichtshof, G 119-120/2014-12, 11. Dezember 2014. En: https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/4/7/7/CH0003/CMS1421221451546/adoptionen_ep_entscheidung.pdf

Los conceptos remitidos por las mencionadas instituciones y facultades, soportados casi todos en abundante información científica, pueden dividirse en tres enfoques:

(i) En primer lugar, la mayoría de los estudios presentados ante la Corte coincide en conceptuar que NO existen efectos negativos en la salud, el bienestar y el desarrollo integral de los menores de edad por el solo hecho de que sean adoptados por parejas del mismo sexo. En tal dirección se encuentran los análisis del Ministerio de Salud y Protección Social, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, del Departamento de Sicología de la Universidad Nacional, del Departamento de Pediatría de la Universidad Nacional, de la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional, de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Antioquia, de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, del Instituto de Sicología de la Universidad del Valle, del Programa Académico de Sociología de la Universidad del Valle, de la Universidad de los Andes y de la Universidad ICESI.

(ii) En segundo lugar, las universidades del Rosario, Javeriana, el Departamento de Sicología de la Universidad de Antioquia y el Departamento de Siquiatría de la Universidad del Valle plantean algunas inquietudes sobre la contundencia de la información científica según la cual la adopción por parejas del mismo sexo no compromete el interés superior del menor.

(iii) Finalmente, la Universidad de la Sabana (por intermedio de las facultades de Sicología y Medicina), considera que la adopción por parejas del mismo sexo SÍ tiene consecuencias nocivas para los menores. Adicionalmente, asegura que la homosexualidad “*constituye de alguna manera una enfermedad*”¹⁸⁹.

Para mejor ilustración la Corte sintetiza a continuación los principales argumentos de dichos conceptos, haciendo especial referencia a las fuentes en que se encuentran soportados. En documento ANEXO a la presente sentencia se hace una reseña pormenorizada de cada uno de ellos.

ENTIDAD Y/O INSTITUCIÓN	LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO <u>NO AFECTA</u> EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
	1. No existe evidencia de que la adopción por parte parejas del mismo sexo afecte el bienestar y la salud física o mental de los menores. Por el contrario, la orientación sexual de los padres es indiferente para su desarrollo cognitivo y social. 2. El bienestar de los menores se ve afectado por otros

¹⁸⁹ Mediante oficio radicado en esta Corporación el 10 de febrero de 2015 el Rector de la Universidad de la Sabana solicitó retirar de la consideración para fallo, en el expediente D-10315, el concepto previamente reseñado y, en su lugar, tener en cuenta el remitido por la Facultad de Sicología de esa institución.

Ministerio de Salud y Protección Social	factores como la situación económica o las malas relaciones en el grupo familiar, que nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres¹⁹⁰. 3. La mayor afectación que podrían sufrir los menores proviene del estigma derivado de la normatividad restrictiva¹⁹¹. 4. El desarrollo de los menores con padres heterosexuales y con padres homosexuales es similar¹⁹². 5. La adopción por parte de parejas del mismo sexo contribuye a mejorar el bienestar de los menores tanto como la adopción por parejas heterosexuales¹⁹³.
	1. La distinción basada en la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, según lo ha establecido la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Constitucional¹⁹⁴, y por ello la indagación del ICBF en los procesos de adopción se basa en requisitos legales, condiciones de orden psicológico, social y médico para atender las características de los menores. 2. Los efectos que para el desarrollo integral de un menor podría tener por el hecho de ser adoptado por parejas de un mismo sexo son analizados desde dos áreas: 2.1. Psicología: - El ajuste de niños, niñas y adolescentes que son criados por personas homosexuales no es diferente de los que crecen con familias heterosexuales¹⁹⁵. - Existe una variación a favor de los padres del mismo sexo, en tanto estos reportaron tener una relación afectiva

¹⁹⁰ American Academy of Pediatrics. Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health. Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian. Pediatrics 2013 Apr; 131(4):e1374-83. doi: 10.1542/peds.2013-0377. Epub 2013 Mar 20. Cita de la intervención.

¹⁹¹ Bos HML, van Balen F, van den Boom DC. Lesbian families and family functioning: an overview. Patient Educ. Couns. 2005 Dec; 59(3):263-75.

¹⁹² Tasker F. Lesbian mothers, gay fathers, and their children: a review. J Dev Behav Peditatr. 2005. Jun; 26(3):224-40.

¹⁹³ Lavner JA1, Waterman J, Peplau LA. Can gay and lesbian parents promote healthy development in high-risk children adopted from foster care? Am J Orthopsychiatry. 2012 Oct;82(4):465-72. doi:10.1111/j.1939-0025.2012.01176.x

¹⁹⁴ Miguel Cillero Bruñol, Infancia, Autonomía y Derechos. Una cuestión de principios. Versión virtual. www.iin.oea.org, p.9.

¹⁹⁵ Asociación Psicológica Americana. (2005). Lesbian and Gay Parenting. A Joint Publication of the American Psychological Association's (APA). Committee on Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns (CLGBC); Committee on Children, Youth and Families (CYF); and Committee on Women in Psychology (CWP).

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-	significativamente mejor con sus hijos e hijas que los padres heterosexuales¹⁹⁶. - Los resultados negativos en el ajuste sicológico y en el desarrollo negativo de los niños y niñas, en general, no son producto ni están relacionados con la orientación sexual de los padres¹⁹⁷. - El bienestar de los menores se ve afectado más por las relaciones con sus padres, las competencias parentales de estos, la seguridad que les brinda y la presencia de apoyo social y económico de la familia, que por el género u orientación sexual. - Aunque los hijos de padres gay y lesbianas pueden ser molestados por sus pares dada la orientación sexual de sus padres (tal como pueden experimentar otros niños por su raza o cualquier otro factor), esas molestias no ocasionan graves dificultades en el ajuste de los menores. - Las parejas homosexuales tienden a promover mayores valores de tolerancia y equidad que los padres heterosexuales¹⁹⁸. 2.2.Trabajo social: La orientación sexual de los padres no es una variable que por sí misma determine o garantice el bienestar y desarrollo de los hijos. Son determinantes la calidad de las relaciones al interior de la familia, la comprensión y compromiso en el cuidado de los hijos. 3. Es responsabilidad del Estado generar políticas que garanticen la protección de los niños, niñas y adolescentes, sin importar la orientación sexual de sus padres biológicos o adoptantes. 4. Será considerada mejor para el niño aquella familia que
--	---

¹⁹⁶ Crawl, A., Ahn, S., & Baker, J. (2008). *A Meta-Anaysis of Developmental Outcomes for Childrens of Same-Sex and Heterosexual Parents*. Journal Of Glt Family Studies. Vol. 4(3). doi: 10.1080/15504280802177615.

¹⁹⁷ Allen, M., & Burrell, N. (1996). *Comparing the impact of homosexual and heterosexual parents on children: Meta-analysis of existing research*. Journal of Homosexuality, 32, 19-35. // Allen, M., & Burrell, N. (2002). *Sexual orientation of the parent: The impact of the child*. Interpersonal communication research: Advances through meta-analysis (pp. 125-143). Mahwah, NJ: USum Associates Publishers. // Anderssen, N., Amlie, C., & Ytteroy, E.A. (2002). *Outcomes for children with lesbian or gay parents: A review of studies from 1978 to 2000*. Scandinavian Journal of Psychology, 43(4), 335-351. // Lambert, S. (2005). *Gay and lesbian families: What we know and where to go from here*. The Family Journal: Counseling and Therapy for Couples and Families, 13(1), 43-51.

¹⁹⁸ El ICBF realizó algunos interrogantes al Dr. David Brodzinsky sobre el desarrollo integral del menor adoptado por una pareja del mismo sexo, así como los efectos en niños mayores de 8 años o en adolescentes.

	cuenta con habilidades, recursos, capacidades y competencias para el adecuado ejercicio del rol parental que permita ofrecer una vida de expresividad donde puede recibir cuidados, educación y amor. 5. Las personas que realicen solicitudes de adopción, independientemente de su orientación sexual, se deben someter a una evaluación objetiva para determinar el cumplimiento de los requisitos de idoneidad establecidos en el ordenamiento jurídico.
Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia	1. Los estudios internacionales desde hace más de 25 años han demostrado que entre familias tradicionales y las conformadas por parejas del mismo sexo no existen diferencias significativas en el proceso de socialización. 2. Los hijos criados por parejas de mujeres lesbianas son en su mayoría sujetos sanos y socialmente ajustados¹⁹⁹. 3. Los hijos de familias lesbianas y heterosexuales poseen repertorios conductuales similares, especialmente en las áreas de funcionamiento intelectual y ajuste comportamental²⁰⁰. 4. No existen diferencias entre niñas y niños educados por lesbianas y aquellos educados por heterosexuales en cuanto a auto concepto, ansiedad, depresión, problemas de conducta y desempeño en áreas sociales²⁰¹; ni evidencia científica acerca del prejuicio sobre el efecto negativo en la identidad sexual de tener madres o padres homosexuales²⁰². 5. Las madres lesbianas y los padres gais están en las mismas condiciones que las madres y los padres heterosexuales para proporcionar apoyo y ambientes saludables a los menores²⁰³. Son los prejuicios morales del

¹⁹⁹ En el estudio participaron 84 familias de las cuales permanecieron 61. El 87% de los niños se relacionaban adecuadamente con sus pares, el 47% sabían la orientación sexual de sus madres, el 58% compartían equitativamente las labores de crianza, en el 37% las labores de crianza eran asumidas predominantemente por la madre biológica. De igual forma, algunas madres mantenían a sus hijos en contacto con comunidades de algún grado de inclusión de personas homosexuales y otras preparaban a sus hijos para enfrentar la homofobia.

²⁰⁰ Flaks, Fisher, Masterpasqua, & Joseph (1995) citado en Álvarez, W. y Cabarcas, K. (2003). Homosexualidad y Familia. Bogotá: Departamento de Psicología, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, trabajo de grado meritario.

²⁰¹ Erich et al (2005). Gay and lesbian adoptive families: An exploratory study of family functioning, adoptive child's behavior, and familial support networks, Journal of Family Social Work, 9, 17, 29-40.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Counsel for Amicus Curiae American Psychological Association (2007) Application for leave to file brief amici curiae in support of the parties challenging the marriage exclusion, and brief amici curiae of the American Psychological Association, California Psychological Association, American Psychiatric

	entorno social los que tienden a transformarse en factores negativos para la salud mental, el desarrollo armónico y el bienestar de esa población.
Departamento de Pediatría de la Universidad Nacional de Colombia	1. Según la Academia Americana de Pediatría, a los niños criados por personas del mismo sexo les fue tan bien como a los criados por parejas heterosexuales. Así mismo, más de 25 años de investigación han documentado que no existe una relación entre la orientación sexual de los padres y el comportamiento emocional y sicosocial de los hijos²⁰⁴. 2. Según la Sociedad Australiana de Psicología los factores familiares que son importantes para el bienestar de los niños son los procesos que viven las familias y la calidad de las interacciones y relaciones en las mismas. Además, la crianza de los hijos por padres gais y lesbianas tienden a ser tan favorables como las de las familias de padres heterosexuales²⁰⁵.
Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia	1. La investigación social y sicosocial sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo no evidencia alguna característica que incida de forma negativa en el desarrollo integral de los menores. 2. El desarrollo integral del menor no está relacionado con la orientación sexual de quienes ejercen funciones parentales. 3. Temores como el abuso sexual o la “transmisión” de una orientación sexual no heterosexual a los hijos constituyen creencias infundadas basadas en estereotipos discriminatorios que desconocen la existencia de sexualidades diversas y el derecho a la igualdad de quienes se apartan de una sociedad heterosexual. 4. Las personas con orientación homosexual están dispuestas a ofrecer a sus hijos una representación real de

Association, National Association of Social Workers, and National Association of Social Workers, California chapter in support of the parties challenging the marriage exclusion. Los Angeles, Case N°. S147999 in the Supreme Court of the State of California.

²⁰⁴ Indican que por esa razón la American Psychoanalytic Association (APA), la American Academy of Family Physicians, la American Psychoanalytic Association, la National Association of Social Workers (NASW), la American Academy of Child and Adolescent Psychiatry (AACPA), la American Medical Association (AMA) y la American Psychiatric Association, están de acuerdo en no discriminar a la familia de padres homosexuales (naturales o adoptivos) y apoyarlos en sus necesidades.

²⁰⁵ Short, E. et all. Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Parented Families. A Literature Review prepared for The Australian Psychological Society. Australian Psychological Society. Melbourne, 2007.

	la diferencia sexual, es decir, sin la pretensión de crear conceptos a partir de imágenes simuladas de hombre y mujer ²⁰⁶ .
Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Antioquia	1. No existen conceptos jurídicos que cobijen nuevas situaciones estructurales que enfrentan las familias, tales como (i) aumento de mujeres cabeza de hogar; (ii) familias monoparentales, (iii) familias sin hijos, constituidas con núcleos homoparentales, y (iv) niños, niñas y adolescentes que permanecen largo tiempo bajo el cuidado de instituciones del Estado²⁰⁷. 2. La adopción de parte de parejas del mismo sexo es ineludible si se tiene en cuenta que estas últimas existen independientemente de la decisión de reconocerlas por parte del Estado²⁰⁸. 3. Los efectos de la adopción en el niño solo se determinan en el caso concreto de cada familia y en cada individuo. En todo caso será diferente, independientemente de la sexualidad declarada de los padres.
Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia	1. No se ha demostrado un mayor índice o prevalencia de homosexualidad en la población de menores criados por parejas del mismo sexo y no existe evidencia que demuestre la presencia de algún tipo de efecto negativo en su desarrollo integral. 2. La crianza de los niños por parejas de diferente o igual sexo generará un buen desarrollo sicológico y social, siempre que se garantice el cubrimiento y la satisfacción de sus necesidades básicas, afectivas, económicas, educativas y sociales.
Instituto de Sicología de la Universidad del Valle	Propone una conceptualización científica desarrollada en Francia sobre una nueva manera de definir la parentalidad, ya no basada en la pareja conyugal formada por un hombre y una mujer, sino en las pluriparentalidades, que son formas de criar a los niños y velar por su buen desarrollo social y

²⁰⁶ Roudinesco, Elisabeth. A familia em desorden. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

²⁰⁷ Arraigada, I. Familias Latinoamericanas. Diagnóstico y políticas públicas en los inicios del nuevo siglo. Santiago de Chile: Naciones Unidas – CEPAL: 2001.

²⁰⁸ Estrada, S. Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Revista de Derecho, núm. 36, 2011, pp. 126-159.

	afectivo, sin que ello implique un modelo de familia conyugal que ya no es tradicional en Occidente ²⁰⁹ .
Programa Académico de Sociología de la Universidad del Valle	1. No existen evidencias o indicadores sociológicos que revelen afectaciones negativas en el desarrollo y bienestar de los niños por causa de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. 2. La adopción, especialmente en edades donde el niño empieza a tener conciencia del mundo, suele ser un proceso por lo general traumático independientemente de la orientación sexual de los padres, por lo que de entrada la igualdad sexual de estos no sería el elemento más significativo ni impactante en el desarrollo integral del menor. 3. Los posibles efectos negativos pueden estar asociados a la falta de aceptación social e intolerancia hacia las formas de organización familiar/parental, diferentes a la constitución nuclear, consanguínea y heteronormativa. 4. Los hijos criados por padres del mismo sexo muestran más empatía hacia la diversidad sexual y están menos constreñidos por los estereotipos de género²¹⁰. 5. Al comparar la parentalidad heterosexual y homosexual se encuentra que la orientación sexual de los padres adoptivos no tiene un impacto significativo en los problemas emocionales y de comportamiento de los niños²¹¹. 6. Cualquier política que niegue la adopción a parejas del

²⁰⁹ Tal conceptualización la sustenta en las investigaciones de Irène Théry, quien considera que “La homoparentalidad suscitaría muchas menos pasiones si el pensamiento occidental se diera cuenta de que ella es un revelador de problemas que conciernen no solo a los homosexuales, sino a todo el mundo. Por ejemplo, la filiación se ha construido sobre el modelo único del engendramiento, incluso en el caso de adopción o de procreaciones médicamente asistidas con donantes: los padres adoptivos son ficticiamente los genitores del bebé, las parejas receptoras de donación de esperma, ovocitos o embriones, son ficticiamente las engendradoras. Las parejas del mismo sexo revelan lo que estos montajes esconden como un secreto, pues cuando ellos adoptan, no pueden hacerse pasar por parejas engendradoras. Si no queremos que las familias homoparentales sean los chivos expiatorios de los problemas de nuestra sociedad en general, sería tiempo de reconocer que se puede criar a un hijo sin ser o sin hacerse pasar por ser sus genitores. Ello supone pensar un sistema de parentesco capaz de integrar lo que de hecho ya organizamos: las pluriparentalidades”. http://www.telerama.fr/monde/26216-special_journee_de_la_femme_rencontre_avec_la_sociologue_irene_thery.php”.

²¹⁰ Stacey, J. & Biblarz, T. J. (2001). “[How] Does de sexual Orientation of Parents Matter?”. American Sociological Review, Vol. 47, N° 3, pp. 755-775.

²¹¹ Averett, P. Nalavany, B. y Ryan, S. (2009). “And Evaluation of Gay/Lesbian and Heterosexual Adoption”, en Adoption Quarterly, N° 12, pp. 129-151.

	mismo sexo es contraria al mejor interés de los niños porque los obliga a permanecer en instituciones a cargo del Estado²¹².
Universidad de los Andes.	1. Los hijos en familias homoparentales están dentro de los parámetros esperados del desarrollo; es decir, la mayoría expresan niveles altos de conformidad con las normas sociales de género y no manifiestan el deseo de pertenecer a otro sexo²¹³. 2. Los hijos de padres gay desarrollan una identidad heterosexual y el porcentaje de hijos que reportan ser homosexuales oscila entre el 5% y el 9%, similar al que se encuentra en la población general. De igual forma, la orientación sexual de los hijos no se relaciona con el número de años que viven en la casa de sus padres homosexuales, ni con la frecuencia o tipo de contacto que tienen ellos mientras viven con sus madres²¹⁴. 3. No se han encontrado diferencias entre los niños criados en familias heterosexuales y en familias del mismo sexo, en términos de comportamiento y adaptación social²¹⁵. 4. Tampoco se han demostrado diferencias estadísticamente significativas entre hijos/as de madres lesbianas y madres heterosexuales en los principales indicadores de salud mental evaluados (autoestima, ansiedad, depresión, problemas internalizantes y problemas externalizantes)²¹⁶. Ni se han establecido diferencias

²¹² Rosenfeld, Michael (2010). “Nontraditional families and childhood progress through school”, en *Demography*, Vol. 47, N° 3, pp. 755-755.

²¹³ Golombok, S., Spencer, A., & Rutter, M. (1983). Children in lesbian and single-parent households: Psychosocial and psychiatric appraisal. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 24, 551-572.

²¹⁴ Patterson, C. J., y Chan, R. (1999). Families headed by lesbian and gay parents. En M. Lamb (Ed.), *Parenting and child development in “nontraditional” families*. (oo. 191-219) Mahwah, NJ. Lawrence Erlbaum Associates.

²¹⁵ Al respecto señala: “Por ejemplo, se ha encontrado que los niños de madres lesbianas no presentan dificultades de interacción con sus compañeros, ni presentan mayores problemas emocionales o de comportamiento que los niños de parejas heterosexuales. Resultados similares se encontraron en análisis de historias de vida de adultos hijos de padres gay o madres lesbianas. Estos adultos reportan no haber tenido dificultades sociales o problemas emocionales durante la niñez o la adolescencia; la mayoría de ellos no recuerda haber experimentado rechazo, ni haber sido objeto de burlas por parte de los compañeros; sin embargo, un pequeño grupo sí recuerda burlas e indica que estas tendían a estar relacionadas con aspectos de la orientación sexual”. Patterson, C. J., y Chan, R. (1999). Families headed by lesbian and gay parents. En M. Lamb (Ed.), *Parenting and child development in “nontraditional” families*. (pp. 191-219) Mahwah, NJ. Lawrence Erlbaum.

²¹⁶ Anderssen, N., Amlie, C. & Ytteroy, E. A. (2002). Outcomes for children with lesbian or gay parents: A review of studies from 1978 to 2000. *Scandinavian Journal of Psychology*, 43, 335-351.

	significativas en medidas de inteligencia, indicadores de rendimiento académico ²¹⁷ y en el desarrollo de habilidades sociales ²¹⁸ .
Universidad ICESI	1. Las limitaciones para adoptar deben apuntar a asegurar, entre otros aspectos, una adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes, así como su responsabilidad con el cuidado del menor²¹⁹. El hecho de no haberse encontrado diferencias entre los hijos criados por homosexuales y heterosexuales evidencia que ambas poblaciones están en las mismas posibilidades de brindar estos factores relevantes. 2. En un país donde los menores en condición de adoptabilidad albergados en los hogares de paso del ICBF capturan más del 70% del presupuesto de la institución²²⁰, es razonable y coherente con los argumentos de la política económica que exista una apertura frente a los núcleos familiares y personales que cumplen las condiciones para ofrecerles un mejor futuro a los niños en estas condiciones.

INSTITUCIÓN	<u>NO HAY EVIDENCIA CONCLUYENTE SOBRE LOS EFECTOS QUE EN LOS NIÑOS PODRÍA TENER EL HECHO DE SER ADOPTADOS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO.</u>
	1. Se requiere mayor investigación en nuestro medio y hasta que no exista evidencia es preciso examinar si la mejor opción no es abstenerse de tomar decisiones sobre información parcial, incompleta o poco generalizable a nuestro medio.

²¹⁷ Flacks, D. K., Ficher, I., Masterpasqua, F. & Joseph, G (1995). Lesbian choosing motherhood: A comparative study of lesbian and heterosexual parents and their children. *Developmental Psychology*, 31, 105-114.

²¹⁸ Green, R., Mandel, J. B., Hotvedt, M. E., Gray, J., Smith, L. (1986). *Lesbian mothers and their children: A comparison with solo parent heterosexual mothers and their children*. *Archives of Sexual Behavior*, 15, 167-184.

Wainright, J. L., & Patterson, C. J (2008). Peer relations among adolescents with female same-sex parents. *Developmental Psychology*, 47, 117-126.

Kosciw, J. G. & Díaz, E. M. (2008). *Involved, invisible, ignored: The experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Parents and their children in our nation’s K-12 Schools*. New York: GLSEN.

²¹⁹ Cita el concepto: “Se dice que ‘Las investigaciones conducidas en más de cincuenta años han establecido firmemente que es la calidad del cuidado parental y la relación entre padre e hijo, y no el género de los padres, lo que predice el desarrollo psicológico del menor. Se ha demostrado que la efectividad del cuidado parental depende contundentemente de factores como la responsabilidad, la confianza, consistencia, afecto y compromiso emocional, así como de la calidad de la relación entre los padres y la disponibilidad de recursos económicos suficientes’”. Stacey J. (2005). *Legal recognition of same-sex couples: the impact on children and families*, op. Cit.

²²⁰ Entrevista a la Directora Jurídica del ICBF, Rosa María Navarro, 21 de Noviembre de 2012, ICBF.

Pontificia Universidad Javeriana	2. Plantea interrogantes acerca de la posibilidad de “matoneo” que tendrían los niños adoptados en esa condición en instituciones escolares en el medio colombiano; si el matoneo que se produce en otros medios hacia los niños/as homosexuales es extrapolable a los menores adoptados por parejas homosexuales; si la sociedad está preparada para recibir de manera empática y genuinamente inclusiva a parejas homosexuales con un hijo adoptado; si en igualdad de condiciones sería más deseable la adopción por una pareja heterosexual que por una homosexual, entre otras. 3. Anexa los resultados de la búsqueda realizada por el Departamento de Epidemiología Clínica y Bioestadística, de los cuales concluye que es de baja calidad y obedece a casos y reportes anecdóticos, sin claridad en las mediciones y desenlaces medidos.
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario	1. El desarrollo integral de un menor puede verse afectado o favorecido por múltiples factores que deben ser evaluados en cada caso concreto, por lo que definir si la orientación sexual de los padres de manera aislada puede favorecer o no el desarrollo integral del menor resulta temerario, reduccionista y lineal. 2. 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 uno ni en otro sentido. 3. En el ámbito nacional no tienen conocimiento de estudios que hayan abordado el tema de manera rigurosa y concluyente.
	1. Los resultados de los estudios científicos no muestran una posición inexorable frente a la adopción por parejas del mismo sexo y sus implicaciones en el desarrollo integral del menor. 2. Algunos indican que <i>“las parejas del mismo sexo pueden ofrecer condiciones adecuadas en el desarrollo integral del menor, considerando así que la función</i>

Departamento de Sicología de la Universidad de Antioquia	<i>ejercida frente al cuidado, la educación y la crianza, permitiría que éste logre desarrollar habilidades que propicien el desarrollo adecuado de la personalidad, el establecimiento del vínculo social, etc.</i>”²²¹. 3. Otras investigaciones concluyen que “<i>los menores adoptados por parejas del mismo sexo serían más vulnerables a padecer estrés social, considerando así que dicho proceso no permitiría que el menor se desarrolle adecuadamente, sustentado esto en la concepción familiar tradicional (padre-hombre y mujer-madre)</i>”²²². 4. La adopción por parte de parejas del mismo sexo “<i>no solo implicaría una reconstrucción jurídica del concepto de familia</i>²²³, sino una reconfiguración sociocultural de la composición, estructura y función familiar, la cual sería subsidiaria a las condiciones que las parejas del mismo sexo pueden ofrecerle a un menor”.
Departamento de Siquiatria de la Universidad	1. Según la Asociación Psicológica Americana “<i>los hijos de padres gays o lesbianas no están en desventaja en ningún aspecto significativo con respecto a los hijos de padres heterosexuales</i>”²²⁴. 2. De acuerdo con la Academia Americana de Psiquiatría de Niños y Adolescentes donde se señala que “<i>los hijos de padres homosexuales no tienen mayor probabilidad de ser homosexuales o de ser abusados sexualmente, no presentan más problemas de identidad de género, ni tienen más alteraciones en su conducta o rol de género</i>”²²⁵. 3. Existen algunas críticas a los anteriores estudios según

²²¹ American Psychological Association (1998). Respondiendo a sus preguntas sobre orientación sexual y homosexualismo. Consultado el 25 de octubre de 2014. <http://apa.org/topics/lgbt/orientacion.aspx#>
American Psychoanalytic Association. (2002). Position Statement on Gay and Lesbian Parenting. Consultado el 25 de octubre de 2014. http://apsa.org/About_APsaA/Position_Statament/Parenting.aspx
American Academy of Pediatrics. (2002). Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents. Consultado el 25 de octubre de 2014. <http://pediatrics.aappublications.org/content/109/2/339.full>
Buil, E.; García, E.; Lapastora, M.; & Rabasot, M. (2004). La adopción por homosexuales. Anuario de Psicología Jurídica. 14, 81-89.
²²² De Irala, J.; & Burgos, C. (2006). Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias. Cuad. Bioét. 17 (3). 377-389.
²²³ Portugal, R.; & Araújo, A. (2004). Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción por parejas homosexuales. ASMR Revista Internacional online 3 (2). http://www.psiquiatria.com/imgdb/archivo_doc59.pdf
Portugal, R. (2004). Estudios sobre homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico. Estudios de psicología. 14 (8), 1-10.
²²⁴ Memorial de la American Sociological Association, para la Corte Constitucional de Colombia. 21 de julio de 2014.
²²⁵ American Academy of Child and Adolescent Psychiatry. Children with Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Parents. Facts for Families. N° 92. <http://www.aacp.org> August 2013.

del Valle	las cuales estos tienen problemas de homogeneidad en el muestreo, ausencia de grupos de comparación, tipos de grupo de comparación, escasez en la medición de resultados, periodos de seguimiento muy cortos y falta de poder estadístico²²⁶. 4. No es posible hasta el momento decir que los hijos criados por hogares homoparentales estables estén en desventaja comparados con los hijos de hogares formados por familias de padres heterosexuales, y en cambio sí tienen ventaja sobre niños que crecen en hogares de paso o en albergues. 5. Debido a las limitaciones de los estudios existentes en cuanto a los periodos de seguimiento, no es posible por el momento concluir si la crianza homoparental afectará los hijos en su adultez en asuntos como la elección o la estabilidad de sus parejas.
-----------	---

INSTITUCIÓN	LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO <u>SÍ AFECTA</u> EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
Facultad de Sicolología de la Universidad de la Sabana	1. Las teorías sicológicas clásicas y algunos estudios recientes señalan efectos no favorables en el desarrollo de los niños cuando son adoptados por parejas del mismo sexo. 2. Según evidencia científica²²⁷, los hogares con adultos que tienen relaciones sexuales de tipo homosexual introducen más factores estresantes a los niños adoptados porque estos adultos presentan mayores niveles de ansiedad, depresión, ideas e intentos de suicidio y desórdenes de conducta. 3. Los estudios cuantitativos que concluyen que no existen diferencias entre los hogares de padres heterosexuales y los de padres homosexuales son inadecuados en la medida que tienen sesgos metodológicos²²⁸, y algunos de ellos suelen

²²⁶ Marks, L. Same-sex parenting and children’s outcomes: A closer examination of the American Psychological Association’s brief on lesbian and gay parenting. Social Science Research. 41. 2012.

²²⁷ Revisión de De Irala, J. & López de Burgos, C. (2006). Los estudios de adopción en parejas homosexuales: Mitos y Falencias. Cuadernos de Bioética XVII.

²²⁸ Regnerus M. (2012). How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study. Social Science Research 41, 752-770; Rekers, GA. (2004). Review of research on homosexual parenting, adoption and foster parenting. [Publicación en línea] 1-80. 2004. <http://www.narth.com/docs/rekers.html> Sobre este aspecto también aclara que los estudios realizados

	utilizar de manera confusa los conceptos de orientación e identidad sexual, afectando los resultados de las investigaciones. Al contrario, los estudios que no presentan fallas metodológicas muestran que sí existen tales diferencias. 4. Son más frecuentes los problemas sicológicos como la baja autoestima, el estrés, la inseguridad respecto a su vida futura en pareja y a tener hijos, el trastorno de identidad sexual, trastornos de conducta como drogodependencia, disfunciones alimentarias, fracaso escolar y mal comportamiento en clase²²⁹.
Facultad de Medicina de la Universidad de la Sabana ²³⁰	1. Los estudios realizados hasta la fecha no han sido concluyentes y carecen del rigor científico necesario. 2. Los niños han presentado una baja autoestima, estrés, inseguridad respecto a su vida futura en pareja, trastornos de la identidad sexual, trastornos de conducta como drogodependencia, disfunciones alimentarias, fracaso escolar y mal comportamiento en clase. 3. Las personas homosexuales presentan una salud más deteriorada como mayor tasa de enfermedades mentales, más frecuencia de VIH SIDA y de otras enfermedades de transmisión sexual, con un índice de suicidio mayor. 4. El grupo de trabajo por el cual están conformadas la Asociación Sicológica Americana y la Asociación Americana de Pediatría, defensoras de la adopción por parejas del mismo sexo, <u>“son activistas homosexuales y lesbianas indudablemente poco imparciales”</u>. 5. Los abusos sexuales con los niños adoptados por parejas del mismos sexo son más frecuentes según informa Ramafedi (1994) quien entrevistó 239 hombres homosexuales y bisexuales (el 42% afirmó haber sufrido abusos sexuales siendo menor). 6. El concepto concluye lo siguiente: <i>“Las personas homosexuales y lesbianas merecen nuestro respeto como</i>

sobre el desarrollo de los niños educados por parejas homosexuales carecen de rigor científico para poder alcanzar conclusiones con un grado aceptable de validez (Fontana, M., Martínez P y Romeu, P. 2005).

²²⁹ Fontana, M., Martínez P y Romeu, P. (2005). Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo. 1-31. [Publicación en línea]. <http://www.hazteoir.org/documentos/noesigual3.pdf>

²³⁰ Mediante oficio radicado en esta Corporación el 10 de febrero de 2015, el Rector de la Universidad de la Sabana solicitó retirar de la consideración para fallo, en el expediente D-10315, el concepto previamente reseñado y, en su lugar, tener en cuenta el remitido por la Facultad de Sicología de esa institución.

	<i>personas, pero <u>hay que señalar que su comportamiento se aparta del común, lo que constituye de alguna manera una enfermedad. Al señalar que alguien como enfermo, con riesgos de fracasar en su vida afectiva, de consumo de sustancias sicoactivas o con mayor tendencia al suicidio no lo estamos discriminando sino señalando una situación. Cuando un médico le dice a un paciente que sufre artritis reumatoide, patología que afecta a un porcentaje bajo de la población, no lo está discriminando, lo está señalando como una persona propensa a sufrir dolores articulares, deformidades osteo musculares, pero no la discrimina y sí le ofrece su ayuda”.</u></i> (Resaltado fuera de texto)
--	--

8.2.2.- Mediante auto del 5 de marzo de 2015 la Corte Constitucional dispuso correr traslado del material probatorio al Procurador General de la Nación, por el término de 3 días, para que allegara las consideraciones que estimara pertinentes.

En escrito radicado el pasado 10 de marzo de 2015 el Procurador da respuesta al citado proveído y presenta algunas consideraciones sobre las pruebas trasladadas y la pertinencia de los estudios científicos. De manera preliminar, manifiesta que la intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia no fue aportada en el término indicado y por lo tanto no podría ser tenido en cuenta como fundamento en las consideraciones de la Corte al momento de tomar la decisión²³¹.

Aclarado lo anterior, hace referencia, en primer lugar, a los puntos comunes en las intervenciones aportadas por las diferentes universidades y entidades públicas. Al respecto señala:

- “1. No existen estudios científicos respecto de los efectos que, en Colombia²³², genera o podría generar en los niños la adopción por parte de parejas homosexuales o de personas del mismo sexo. En efecto, aunque sí hay algunas opiniones de expertos y artículos de revisión del estado del arte, no existen estudios científicos en los que se hayan analizado casos en que parejas homosexuales hayan criado a niños en el contexto y en la realidad colombiana.
- 2. Hay una mayor cantidad de estudios realizados, a nivel internacional, en relación con las parejas homosexuales conformadas por mujeres que en relación a aquellas conformadas por hombres.

²³¹ La respuesta emitida por el representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos fue recibida en la Corte Constitucional el 10 de marzo de 2015 y se reseña en el documento Anexo (intervención núm. 18),
²³² Aunque es un lugar común en las intervenciones, pueden resaltarse la presentada por el Colegio Colombiano de Psicólogos para el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar y la elaborada por la Universidad Javeriana, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

3. Aún se requieren mayores estudios a fin de tener evidencia totalmente confiable. (...)”.

Acto seguido, menciona que aunque no haya sido señalado expresamente en las intervenciones, de la lectura del conjunto de ellas se puede concluir lo siguiente:

“a. Algunos estudios científicos afirman que no existe evidencia científica que muestre diferencias significativas en los patrones de crianza de las parejas homosexuales y las heterosexuales, como tampoco de que el ser adoptado por una pareja homosexual genere efectos nocivos en los niños, mientras otros estudios científicos indican lo contrario. (...).

b. Estudios de ambas posturas han sido cuestionados por otros científicos principalmente por razones metodológicas que impiden que los primeros puedan ser considerados como concluyentes y confiables²³³.

c. Al contar con estudios que favorecen y desfavorecen la adopción conjunta por parte de parejas homosexuales, existiendo cuestionamientos metodológicos respecto de estudios de ambas posturas, al requerirse más estudios por ejemplo en relación con las parejas gais (que han adoptado hijos) y al no haberse realizado estudios de casos o experimentales en Colombia, es claro que no hay evidencia científica concluyente que permita en este momento a la Corte Constitucional tomar una decisión en el caso sub examine con base en el dicho de la ciencia en su estado actual”.

Basado en lo anterior, el Ministerio Público sostiene que la ciencia no ofrece la certeza y claridad sobre el asunto estudiado, y considera que la Corte, a la hora de tomar los conceptos aportados, debe tener en cuenta que los mismos en realidad versen sobre la adopción conjunta. Esto último, por cuanto en una de las intervenciones presentadas por la Universidad Nacional se hace mención a estudios respecto de parejas homosexuales en los que una de las personas que la conformaba era la madre biológica del menor, lo que a su juicio *“podría aportar información relevante para la adopción por*

²³³ A manera de ejemplo, en la intervención presentada por la profesora María Elvira Domínguez Blanco, docente de psicología en temas de género de la Universidad Nacional de Colombia, se pone de presente que los estudios realizados por Stacey y Bilblarz (2011), en el que se concluyó que existen al menos dos ventajas de la crianza por parte de mujeres lesbianas, ha sido cuestionado por la limitación en el muestreo (página 3 de la intervención). De igual forma, el estudio de Marks (2012), citado por la Universidad Nacional en la intervención firmada por el profesor del Departamento de Psicología, señala que los resultados de las investigaciones no demuestran de manera concluyente que el ‘entorno del hogar proveído por madres lesbianas y padres gay sea similar al brindado por los padres heterosexuales respecto del soporte y el desarrollo psicosocial de los niños’ y ese mismo autor sostiene que existen limitaciones en las investigaciones que apoyan las semejanzas en las implicaciones de la crianza brindada por padres del mismo sexo y heterosexual asociadas a la definición de muestras, insuficiente análisis de las condiciones sociales y económicas y a la poca diversidad en las familias del mismo sexo que hicieron parte los estudios.

consentimiento más no para la adopción conjunta, que es un supuesto diferente”.

De igual forma, hace mención al reciente estudio publicado por el *British Journal of Education, Society and Behavioural Science*, realizado por Donald Paul Sullins, donde se concluye, entre otros aspectos, *“que los problemas emocionales encontrados fueron dos veces más frecuentes en los niños con padres del mismo sexo que en los niños con padres de sexos opuestos; y que el rango de problemas emocionales en los niños es menor en proporción de 1 a 4 cuando viven con los padres biológicos en relación con los niños que viven con parejas del mismo sexo”*²³⁴. Con ello, resalta nuevamente que los estudios aportados no ofrecen un argumento definitivo y por el contrario sugieren que son necesarios más estudios, especialmente en el contexto colombiano.

Por otro lado, el Procurador expone diferentes argumentos respecto de la relevancia de los estudios de carácter científico al momento de decidir sobre la constitucionalidad de las normas demandadas. Sobre este punto manifiesta que a la Corte Constitucional le corresponde realizar un análisis teniendo exclusivamente como parámetro la Constitución Política, y por ello, a su juicio, las consideraciones científicas adquieren un papel secundario. Bajo ese entendido, pone de presente tres aspectos:

(i) No se puede dar a los estudios científicos un pretendido carácter definitivo y determinante que no tienen. Considera que no se puede predicar, en ningún ámbito científico, una certeza absoluta de los resultados, mucho menos tratándose de aquellos psicológicos y sociológicos, en tanto su objetivo de estudio es la conducta humana y su naturaleza difiere de la de las ciencias exactas.

(ii) No se pueden adoptar estos estudios como si fuesen el parámetro constitucional definitivo para resolver el problema jurídico propuesto. En su parecer, el papel de la Corte *“no es -ni debería ser- convertirse en el avalador metacientífico o supracientífico de los estudios presentados”*. Por el contrario, reitera, el parámetro para juzgar constitucionalmente las normas demandadas deben ser las normas constitucionales y el bloque de constitucionalidad.

Considera de igual forma que no es labor de la Corte *“evaluar en sede de constitucionalidad y a partir de estudios científicos, cuál es la mejor manera de regular la institución de la adopción, como si ésta estuviera legislando o reformando la ley actual”*. El objetivo de ese análisis, según expone, debe ser determinar qué es lo que le ordena o le permite la Constitución al legislador en

²³⁴ “Results: Emotional problems were over twice as prevalent (minimum risk ratio (RR) 2.4, 95% confidence interval (CI) 1.7-3.0) for children with same-sex parents than for children with opposite-sex parents. Risk was elevated in the presence of parent psychological distress (RR 2.7, CI 1.8-4.3, p (t) < .001), moderated by family instability (RR 1.3, CI 1.2-1.4) and unaffected by stigmatization (RR 2.4, CI 1.4-4.2), though these all had significant direct effects on emotional problems. However, biological parentage nullified risk alone and in combination with any iteration of factors. Joint biological parents are associated with the lowest rate of child emotional problems by a factor of 4 relative to same-sex parents, accounting for the bulk of the overall same-sex/opposite-sex difference”, Donald Paul Sullins, *British Journal of Education, Society and Behavioural Science* 7(2):99-120, 2015, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2500537

materia de adopción y así concluir si es legítimo que este haya dispuesto que solo los matrimonios y las uniones maritales de hecho puedan adoptar de manera conjunta.

(iii) La mayoría de los estudios científicos según los cuales no hay evidencia científica de que la homoparentalidad afecte el interés superior del menor solo podrían ser útiles en tanto se aceptara, como premisa, que no hay diferencias relevantes en la crianza dada por parejas heterosexuales y las parejas homosexuales. Señala el Procurador que los estudios científicos aportados no se preguntan si la falta de la figura masculina (paterna) o femenina (materna) causa o no alguna afectación a los niños, sino que se preguntan si la orientación sexual constituye un factor de riesgo en su proceso de crianza.

Explica que para que los estudios aportados en los que se concluye que no hay una afectación en el desarrollo del niño a causa de la orientación sexual de sus adoptantes pudieran ser relevantes, primero debería demostrarse: *“(i) que la identidad sexual (sexo biológico) es un dato completamente irrelevante, al menos de cara a la institución de la adopción y a la consecuente relación filial-jurídica que ella implica; (ii) que, en su lugar, lo determinante para esta institución es la orientación sexual; y, por último, (iii) que la paternidad y la maternidad son simples ‘roles’ que, en todo caso, se suplen en las parejas homosexuales”*.

Pone de presente que, contrario a lo mencionado, existen estudios en los que se han comparado casos de parejas homosexuales que han criado niños, con casos de parejas heterosexuales que han adoptado, encontrando que el sexo de los padres sí tiene consecuencias determinantes en la crianza de los niños. Llama la atención acerca del *“suficiente convencimiento científico de que entre hombres y mujeres se dan evidentes y determinantes diferencias en el plano genético, anatómico, psicológico”²³⁵*, así como *éstas diferencias tienen un influencia decisiva en la formación de los niños, quienes necesitan, para su adecuado desarrollo, de un padre varón y una madre mujer*”. Finalmente, el Ministerio Público presenta las siguientes conclusiones:

“(i) De los estudios existentes y aportados al presente proceso no se derivan argumentos definitivos y concluyentes que sustenten la afectación o no del interés superior de los niños cuando son adoptados por parejas del mismo sexo. (...).

(ii) El valor que debe dársele a los estudios científicos aportados no puede ser tan determinante que éstos terminen reemplazando la Constitución Política como verdadero y único parámetro del juicio de constitucionalidad.

²³⁵ Aún más, cómo ya se ha señalado, algunos estudios referenciados por los intervinientes en el proceso de constitucionalidad D-10315, trasladados ahora al proceso D-10371, señalan que muchos de los estudios se hacen con parejas de mujeres lesbianas y pocos tomando como muestra parejas de hombres, y que se evidencia en ellos que existen diferencias relevantes entre unos y otros, lo que demuestra no es otra cosa que la existencia de diferencias entre hombres y mujeres que reforzarían la tesis de la identidad sexual basada en el género más que en la orientación sexual.

(iii)Adicionalmente, la mayoría de los estudios científicos allegados versan sobre la posible afectación que tiene para el interés superior y los derechos de los niños la orientación sexual de los adoptantes, pero no se refieren a la identidad sexual de éstos, es decir, a su sexo y a la diferenciación sexual entre varón y mujer. (...).

(iv)En la presente discusión se ha omitido y se sigue omitiendo tener en consideración el valor de la identidad sexual basada en el sexo, esto es, las diferencias propias que existen entre el hombre y la mujer. Diferencias que, además de ser una realidad científicamente demostrada desde diferentes áreas, es una distinción admitida y usada por la Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos, en donde, si bien se ordena una igualdad ante la ley del hombre y de la mujer, también se parte de las diferencias biológicas existentes entre ellos. (...).

(v) La maternidad y la paternidad no son simplemente roles que dependan de la voluntad de los adultos, sino que es una condición que viene dada por la identidad sexual de cada persona, identidad que tiene un fundamento y una explicación científica. Esto, mientras que las parejas homoparentales, como su nombre lo indica, sólo podrán ofrecer al niño dos padres o dos madres, privándolo de los beneficios y aportes de tener un papá y una mamá. (...)”.

8.2.3.- Acerca del pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación, la Corte debe comenzar por anotar que efectivamente es cierto que la literatura en la materia es abundante y en ella se encuentran posiciones divergentes, e incluso antagónicas, de manera que no le corresponde zanjar ni poner fin a tan respetables discrepancias en el ámbito académico o clínico. En ese sentido, su rol no consiste, como lo sugiere la vista fiscal, en *“convertirse en el avalador metacientífico o supracientífico de los estudios presentados”*.

Precisamente esa fue la razón por la cual la Corte solicitó a entidades oficiales e instituciones académicas de reconocido prestigio nacional, en su condición de expertos, que emitieran conceptos científicos para ilustrarla en relación con los efectos que sobre los menores podría tener el hecho de ser adoptados por parejas del mismo sexo. Lo que corresponde a la Corte es entonces llevar a cabo su análisis de constitucionalidad sobre la base de los conceptos científicos que evalúan las investigaciones realizadas y lo señalado en los informes oficiales tanto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como del Ministerio de Salud y Protección Social.

No se trata -como lo sostiene la Vista Fiscal- de reemplazar la Constitución Política con base en estudios científicos, sino de considerar la información acerca de los efectos que para el desarrollo integral de un niño representa el hecho de ser criado en una familia homoparental, sobre la base del principio del interés superior del menor.

Ahora bien, respecto al argumento según el cual se ha omitido tener en cuenta las diferencias propias que existen entre el hombre y la mujer, y que el debate debería estar direccionado a determinar si lo más conveniente para el adecuado desarrollo de los niños es crecer con un papá y una mamá, la Sala advierte que este es, precisamente, uno de los aspectos que valoran los conceptos remitidos, aunque no el único.

La Corte también debe recordar que el debate acerca de la relevancia de la información empírica en el control abstracto de constitucional se encuentra superado en la jurisprudencia de este tribunal desde hace más de una década²³⁶. Solo a manera ilustrativa, en la Sentencia C-1489 de 2000 se explicó cómo y por qué la evidencia empírica desempeña un rol valioso en el control constitucional de las leyes y puede contribuir de manera significativa a la resolución de esta clase de procesos. Dijo entonces lo siguiente:

“21- Antes de la vigencia de la Constitución de 1991, la doctrina y la jurisprudencia tendieron a considerar que el control constitucional era puramente abstracto y normativo. Los elementos empíricos referidos a la realidad del país no sólo eran calificados como innecesarios para ejercer ese control sino que incluso eran considerados ilegítimos, ya que contradecían la naturaleza puramente jurídica del juicio de constitucionalidad, pues en estos casos, la labor de la Corte debería contraerse a comparar el contenido de la disposición acusada con lo preceptuado por la Carta.

Para la Corte es claro que el control constitucional de las leyes, cuando éstas son acusadas por los ciudadanos, o cuando la revisión es oficiosa, es en principio abstracto, por cuanto se trata de determinar, con fuerza *erga omnes*, si un determinado contenido normativo legal se ajusta o no a la Constitución. Por ello no es propio de los juicios de constitucionalidad analizar ciertas vicisitudes concretas de las normas, como por ejemplo su indebida aplicación, pues para tal efecto existen otras instancias y mecanismos judiciales. Esta Corporación ya había señalado al respecto:

‘No se puede pretender que se declare la inconstitucionalidad de una disposición que se ajusta a la Carta, simplemente porque algunos particulares no la cumplen, pues es deber de todas las personas y de las autoridades acatar la Constitución y las leyes (CP art. 4º). Por ello la Corte, cuando estudia la constitucionalidad de una determinada disposición, efectúa su análisis bajo el supuesto de que ella será interpretada en forma razonable y que, además, será acatada y cumplida, pues mal podría esta Corporación suponer que las normas son promulgadas para no ser observadas o para ser aplicadas en forma arbitraria’²³⁷.

²³⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-1489 de 2000, C-048 de 2001 y C-064 de 2002, entre otras.

²³⁷ Ver sentencia C-081 de 1996. Fundamento Jurídico 8.

Con todo, lo anterior no significa que el juicio de constitucionalidad excluya cualquier consideración empírica, pues el juez constitucional no puede ignorar el contexto histórico y la realidad social en donde toma sus decisiones. Por ello, en muchas sentencias promulgadas por esta Corte en desarrollo del control abstracto de constitucionalidad de las leyes, los elementos empíricos han jugado un papel esencial a tal punto que han incluso determinado el sentido de la decisión, para lo cual, basta recordar algunos ejemplos.

Así, en determinados casos, la propia Constitución obliga directamente a tomar en cuenta elementos empíricos para poder adelantar adecuadamente el juicio de constitucionalidad. El ejemplo más claro es el estudio de la constitucionalidad de la declaratoria de los estados de excepción, ya que la única posibilidad que existe para que la Corte ejerza sobre esos decretos el control material que la Carta ordena, es que esta Corporación examine si en realidad los hechos invocados por el Presidente de la República en el decreto declaratorio existen y tienen la gravedad suficiente para legitimar el recurso a la Conmoción Interior, o al Estado de Emergencia, según sea el caso. Por ello, en todos estos casos, la Corte, y de manera invariable, ha adelantado el control constitucional de estos decretos con un estudio empírico muy detallado de la realidad del país²³⁸.

El anterior, si bien es el más importante, no es el único caso en que la Carta exige una confrontación empírica para poder determinar la exequibilidad de una disposición. Así, la Constitución utiliza en algunas de sus disposiciones conceptos técnicos, por lo cual, resulta en ocasiones ineludible verificar, con elementos científicos y empíricos, la norma estudiada. Un ejemplo claro fue la sentencia C-221 de 1997, en donde la Corte tuvo que estudiar si la arena de los ríos debía o no estar sujeta a regalías. Y para responder a ese interrogante era necesario determinar si la arena constituía o no un recurso renovable, elemento empírico y técnico que tuvo una incidencia indiscutible en la decisión.

En otros eventos, si bien la Carta no ordena abiertamente que la Corte tenga en cuenta ciertos elementos empíricos, es indudable que éstos han ejercido un papel determinante en las discusiones constitucionales, por la sencilla razón de que una norma puede ser exequible, en un cierto contexto histórico, pero tornarse inexecutable si la situación social o política fuera totalmente diferente. Algunos ejemplos significativos, sin pretensión de exhaustividad, son los siguientes:

Así, la Corte, en la sentencia C-126 de 1995 estudió la constitucionalidad del aumento de la edad de jubilación de hombres y mujeres, y para ello tuvo en cuenta la evolución histórica y las

²³⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-004 de 1992, C-556 de 1992, C-466 de 1995, C-122 de 1999 y C-216 de 1999

proyecciones sobre esperanza de vida. Ese análisis empírico le permitió concluir que el aumento en dos años previsto por la disposición acusada era razonable, ‘toda vez que encuentra fundamento en el crecimiento con respecto a la expectativa de vida de los colombianos, lo que hace permisible el aumento con relación a la capacidad laboral de la persona’. Por su parte, la sentencia C-410 de 1994, discutió si violaba o no el principio de igualdad que la Ley 100 de 1993 previera una edad de jubilación menor para las mujeres que para los hombres. La Corte concluyó, con base en elementos empíricos, que esa diferencia de trato no era discriminatoria, por cuanto las mujeres en Colombia realizaban, en general, una doble jornada laboral, por lo cual, ‘la previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada’. En ese mismo contexto, la sentencia C-371 de 2000, revisó la constitucionalidad de la ley estatutaria que pretendía, por un sistema de cuotas, favorecer la participación de la mujer en los niveles decisorios del Estado. La información empírica sobre los niveles educativos actuales de las mujeres y su participación en las instancias directivas del Estado jugó un papel esencial en el examen de constitucionalidad de la legitimidad de esas formas de acción afirmativa. Igualmente, la sentencia C-160 de 1999, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 68 y 82 de la ley 446 de 1998, que establecían que el intento de conciliación era un requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción laboral. La Corte considero que si bien esas normas perseguían finalidades legítimas, que tienen apoyo constitucional, sin embargo debían ser retiradas del ordenamiento, entre otras cosas, por un factor empírico que era el siguiente: en la práctica el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social no contaba con los elementos físicos y personales para atender en forma pronta, oportuna, eficaz y eficiente las funciones que en materia de conciliación le habían sido asignadas a los inspectores del trabajo, con lo cual la exigencia de intentar la conciliación como requisito de procedibilidad se convertía en un obstáculo inconstitucional para acceder a la justicia. Dijo entonces esta Corporación:

‘La Corte en esta oportunidad no se ha limitado exclusivamente a la confrontación de las normas acusadas con los textos de la Constitución, pues, aparte de la comparación que es de rigor en los procesos de constitucionalidad consideró que, con el fin de asegurar la vigencia y efectividad del derecho fundamental de acceso a la justicia y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, debía penetrar en el mundo fáctico dentro del cual las normas referentes a la conciliación prejudicial debían ser aplicadas, y de ahí dedujo que se afectaba el núcleo esencial del referido derecho ante la ausencia de los

instrumentos materiales y personales requeridos para asegurar la operatividad de esta modalidad de conciliación’.

22- Los ejemplos precedentes, que no son los únicos de la jurisprudencia de esta Corte Constitucional, muestran entonces que, en determinados eventos, las consideraciones empíricas juegan un papel importante en el control constitucional de las leyes. Es más, una regulación legal, que en abstracto parece constitucional, podría tornarse inexecutable, si ciertos desarrollos del sistema regulado por la ley provocan el advenimiento, en la práctica, de situaciones verdaderamente inconstitucionales. Tal sucedió, en gran medida, con el régimen legal del sistema UPAC, declarado inexecutable por esta Corte. En efecto, si bien en teoría, y dadas ciertas condiciones macroeconómicas, la capitalización de intereses y la vinculación de la corrección monetaria a la tasa de interés pueden funcionar como un sistema adecuado de financiación a largo plazo de vivienda, en la práctica, en 1999, ese sistema se había tornado inconstitucional, pues había desbordado ampliamente la capacidad de pago de los deudores hipotecarios. La Corte tuvo razón entonces en retirarlo del ordenamiento, a pesar de que teóricamente ese mecanismo puede funcionar en otros contextos y con ciertos ajustes normativos e institucionales.

Es pues posible que una regulación que en abstracto parece ajustarse a la Carta, pueda tornarse inconstitucional por sus efectos prácticos. Sin embargo, para que ello ocurra, es necesario que esos desarrollos prácticos inconstitucionales no provengan de una indebida aplicación de las regulaciones legales pues, como se dijo, para solucionar los problemas de desconocimiento de los preceptos legales, o de inadecuada aplicación de los mismos, el ordenamiento prevé otros mecanismos judiciales distintos a la acción de inconstitucionalidad. Por ello, para que una regulación legal, que en apariencia y en abstracto se ajusta a la Carta, pueda ser declarada inexecutable, debido a consideraciones empíricas, es necesario establecer que las situaciones inconstitucionales derivan de los diseños institucionales y de las regulaciones establecidas en la ley. Por ende, en tales eventos es necesario demostrar que el sistema previsto por la ley puede hipotéticamente funcionar pero que, en la práctica, y por factores que eventualmente los redactores de la ley no previeron adecuadamente, el sistema ha dejado de tener un desarrollo satisfactorio, y esa evolución afecta derechos constitucionales y es por consiguiente contraria a la Carta”. (Resaltado fuera de texto)

Si bien este Tribunal respeta la diferencia de criterio del Ministerio Público, no comparte su postura dirigida a cuestionar la pertinencia de los conceptos allegados. Por el contrario, dichos estudios son relevantes en el juicio de constitucionalidad porque con ello se busca mostrar los efectos que para el desarrollo integral de un niño podría tener el hecho de ser adoptado por parejas del mismo sexo, punto central de esta discusión constitucional.

De esta manera, las pruebas allegadas son necesarias, conducentes y pertinentes, en tanto se encuentra de por medio la protección del interés superior del menor, representado en el derecho que tienen todos aquellos que se encuentran en situación de adoptabilidad a tener una familia. De ahí la importancia de los estudios acopiados, ya que con ellos se busca determinar si dicho objetivo se ve afectado por el hecho de que el nuevo medio familiar esté conformado por una pareja del mismo sexo, más allá de la relevancia de las diferencias biológicas entre hombres y mujeres.

8.2.4.- Ahora bien, de los conceptos sintetizados previamente es posible constatar que la evidencia científica mayoritaria, por demás significativa, coincide en señalar que: (i) la adopción por parte de parejas del mismo sexo no afecta el desarrollo, el bienestar, ni la salud física o mental de los niños; (ii) en caso de existir alguna afectación, la misma proviene de otros factores como la situación económica, las relaciones dentro del grupo familiar, el inadecuado rol parental, la violencia intrafamiliar, los estereotipos discriminatorios, los prejuicios sociales, las restricciones normativas, entre otros, que nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres; (iii) el ajuste en el desarrollo de los menores criados en familias homoparentales, su comportamiento y adaptación social son similares a los de aquellos que crecen en familias heterosexuales; incluso aquellas tienden a promover mayores valores de tolerancia y una representación real de la diferencia sexual; y (iv) los procesos de adopción deben basarse en asegurar la adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes y en el cumplimiento de requisitos que garanticen el cuidado del menor en cada caso concreto, sin que para ello deba ser evaluada la orientación sexual de los padres, en tanto ello constituiría un criterio sospechoso de discriminación.

La Corte Constitucional considera que adquieren notable relevancia los conceptos oficiales del Ministerio de Salud y Protección Social y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en tanto se trata de las dos entidades públicas de más alto nivel en la materia, lo que reviste de solidez y alta credibilidad institucional a la información por ellas suministrada. Además de su orientación general, merece destacarse también el énfasis que hacen sobre el deber del Estado de garantizar la adecuada atención de las dificultades físicas o mentales que puedan presentar los menores en el proceso de adaptación al medio familiar que los acoge, independientemente de su composición. Precisamente por ello es que el ICBF aclara que lo que le interesa a esa entidad es evaluar las capacidades de los potenciales padres para mantener una relación afectiva y estable y que cuenten con las condiciones adecuadas para garantizar la identidad personal, social y cultural del menor, sin importar su orientación sexual.

Sumado a ello, según se expuso en el acápite de antecedentes, varios intervinientes también pusieron de presente que no existen efectos negativos en la salud o el bienestar en los menores adoptados por parejas del mismo sexo. En este sentido, la Fiscalía General de la Nación citó el estándar

internacional fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile –ya reseñada-, al sostener que el interés superior del menor no entra en contradicción con la orientación sexual de los padres ni representa un riesgo para el niño o la niña. Posición similar fue expuesta por la Defensoría del Pueblo.

De otra parte, Dejusticia y Colombia Diversa señalan que las ideas según las cuales la adopción por parejas del mismo sexo afectaría a los niños por cuanto existe la posibilidad de que el menor desarrolle preferencias homosexuales y sufra consecuencias psicológicas adversas, *“carecen de sustento científico y se amparan en estigmas y prejuicios sociales sobre la homosexualidad que no tienen cabida en un Estado Social de Derecho”*, ya que *“no es cierto que el crecimiento de los niños y niñas en hogares conformados por parejas del mismo sexo desconozca su desarrollo integral”*. Como sustento de lo anterior, según se indicó, presentaron un *“análisis de la evidencia más reciente disponible con respecto a los desenlaces médicos, psicológicos y sociales de niños adoptados por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta las revisiones de literatura y revisiones sistemáticas pertinentes”*²³⁹. En él se concluye que *“la evidencia científica reporta seguimiento de hijos de parejas del mismo sexo desde hace más de veinte años, incluso de parejas homosexuales que criaron niños y niñas antes de que fuera legal la adopción en varias jurisdicciones. Este es el caso de la cohorte de niños y niñas del estudio de Golombok, que empezó a seguirse desde la década de 1970 en el Reino Unido. A estos estudios se suma evidencia de Estados Unidos y Canadá, conducidos con los más altos estándares de rigurosidad científica. Dichos estudios no reportan ninguna diferencia en el desarrollo psicosocial de niños y niñas criados por parejas homosexuales”*.

Es importante valorar también que la Legislación de varios Estados autoriza la adopción de menores por personas con orientación sexual diversa, precisamente por considerar que esa sola circunstancia en nada afecta el desarrollo integral de los menores.

Finalmente, todo lo anterior también encuentra sustento en decisiones proferidas por tribunales internacionales y jueces y tribunales de diferentes países, siempre soportadas en conceptos especializados, como ya fue reseñado. Solo a manera de ejemplo pueden mencionarse las consideraciones expuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que como se sabe es vinculante en el derecho interno colombiano.

²³⁹ Elaborado por Jaime Ardila Salcedo, MD. MPH, PhD(c) Universidad de McMaster, Canadá. Voluntario de Colombia Diversa. Adjunto en formato digital (CD). Estudio que, según indican, evaluó 1947 publicaciones potencialmente incluibles, revisiones sistemáticas de alta calidad y análisis primarios publicados en diversos países. Cfr., CD adjunto a la intervención.

8.2.5.- La Corte Constitucional toma nota de las inquietudes planteadas por dos universidades, por lo que estima prudente hacer una valoración puntual de ellas²⁴⁰.

En síntesis, consideran que no existe evidencia científica concluyente sobre los efectos que en los menores podría tener el hecho de ser adoptados por parejas del mismo sexo. Sin embargo, ninguna de ellas explica de manera específica y concreta las razones de la mencionada falta de contundencia de las investigaciones, ni la justificación del por qué ponen en duda los resultados obtenidos. Sus apreciaciones son genéricas y en ellas no se cuestiona en concreto ninguna de las metodologías utilizadas, la veracidad de la información o la falta de rigurosidad en los numerosos estudios que concluyen que la adopción por parejas del mismo sexo no compromete el interés superior del menor.

La Universidad del Rosario no citó ninguna fuente científica puntual, sino que realizó una presentación genérica sobre dicha problemática; mientras que la Universidad Javeriana se limitó a anexar apartes y resúmenes de distintos estudios (algunos de los cuales afirman que no existen efectos nocivos para los menores adoptados por parejas del mismo sexo, otros que llegan a la conclusión contraria y varios que no adoptan una posición sobre el particular), sin especificar cuáles de ellos eran, en su concepto, los idóneos para el análisis requerido por esta Corporación.

En esa medida, las inquietudes que plantean, aunque por supuesto respetables, no constituyen un concepto que tenga la entidad suficiente para enervar la validez de la mayoría de la información científica acopiada y las conclusiones que de ella se extraen, según la cual la adopción de menores por parejas del mismo sexo no afecta ni amenaza, *per se*, su desarrollo integral. En términos similares se presentan los conceptos del Departamento de Psicología de la Universidad de Antioquia y del Departamento de Psiquiatría de la Universidad del Valle.

8.2.6.- La Universidad de la Sabana es, en últimas, la única institución que conceptúa que la adopción por parte de parejas del mismo sexo afecta el interés superior del menor. No obstante, la Corte advierte que algunas de las conclusiones plasmadas en sus conceptos se sustentan en estudios científicos que han sido descalificados y que entre otras cosas son minoritarios. Además, algunas aseveraciones hechas por esa institución son el resultado de estereotipos y lenguaje discriminatorio que la propia Corte Constitucional ha considerado inadmisibles, según pasa a explicarse.

De un lado, la Facultad de Psicología sostuvo que los estudios cuantitativos que concluyen que no existen diferencias entre los hogares de padres heterosexuales y los de padres homosexuales son inadecuados porque tienen sesgos metodológicos y fallos como el tamaño de las muestras (normalmente

²⁴⁰ Universidad Javeriana y Universidad del Rosario.

demasiado pequeño) o la falta de aleatoriedad. Al respecto señaló que, según Marks Regnerus²⁴¹, son los pequeños tamaños de las muestras los que contribuyen a concluir que no existen tales diferencias.

Sin embargo, como lo ponen en evidencia algunos intervinientes (Universidad de Nacional, Dejusticia y Colombia Diversa), el estudio primario adelantado por Marks Regnerus ha sido cuestionado por deficiencias metodológicas, por ejemplo en el caso reseñado anteriormente de la Corte de Michigan, en Estados Unidos²⁴².

Asimismo, en una de sus conclusiones la Facultad de Psicología adujo que *“los estudios muestran efectos no favorables sobre el desarrollo de los niños, en diferentes dimensiones, cuando son adoptados por parejas del mismo sexo. No obstante, la literatura sigue siendo escasa, en tanto pocos países han aprobado esta clase de adopción, por lo que se trata de un estudio que se encuentra en sus inicios”*. Tal aseveración resta peso a los argumentos planteados a lo largo del concepto, en la medida en que los resultados mostrados por la Universidad son calificados como *“escasos”*, cuando la evidencia científica aportada en los demás conceptos e intervenciones es significativa y en su gran mayoría indica que no existe afectación en la salud física o mental de los niños por esta clase de adopción.

De otro lado, la Facultad de Medicina de la misma institución expone argumentos que no pueden ser acogidos en ningún caso por este Tribunal²⁴³. Así, en un aparte hace referencia a que la Asociación Sicológica Americana y la Asociación Americana de Pediatría son defensoras de la adopción por parte de parejas del mismo sexo y que los integrantes de esas instituciones *“son activistas homosexuales y lesbianas indudablemente poco imparciales”*.

Lo anterior solo pone en evidencia que el concepto emitido por dicha Facultad está sesgado, en tanto sin ninguna justificación y de manera generalizada asume que los integrantes de los grupos de investigación de reconocidas asociaciones como la Asociación Sicológica Americana y la Asociación Americana de Pediatría tienen determinada orientación sexual y que esa sola circunstancia compromete la parcialidad de los conceptos emitidos. Ello, además, configura lo que en teoría de la argumentación se denomina *falacia ad-hominem*, donde se cuestiona a quien defiende una tesis pero no se refuta la veracidad de las premisas ni la validez del razonamiento en el que se funda un argumento²⁴⁴.

²⁴¹ Regnerus M. (2012). How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study. Social Science Research 41, 752-770.

²⁴² Se puede consultar la decisión en: <http://es.scribd.com/doc/213770186/2-12-cv-10285-151-Michigan-Decision>.

²⁴³ Mediante oficio radicado en esta Corporación el 10 de febrero de 2015, el Rector de la Universidad de la Sabana solicitó retirar de la consideración para fallo, en el expediente D-10315, el concepto previamente reseñado y, en su lugar, tener en cuenta el remitido por la Facultad de Psicología de esa institución.

²⁴⁴ Cfr., Frans H. van Eemeren y Rob Groenendorst, “Argumentación, Comunicación y Falacias. Una perspectiva dialéctica”. (Trad. Celso López y Ana María Vicuña). Universidad Católica de Chile, 2002, p.130 y ss; Irving M. Copi y Carl Cohen, “Introducción a la Lógica”. México D.F., Editorial Limusa, 2004, p.132 y s.s.

Más adelante, a modo de conclusión, el concepto emitido por la Universidad señala textualmente lo siguiente:

“Las personas homosexuales y lesbianas merecen nuestro respeto como personas, pero hay que señalar que su comportamiento se aparta del común, lo que constituye de alguna manera una enfermedad. Al señalar que alguien como enfermo, con riesgos de fracasar en su vida afectiva, de consumo de sustancias psicoactivas o con mayor tendencia al suicidio no lo estamos discriminando sino señalando una situación. Cuando un médico le dice a un paciente que sufre artritis reumatoide, patología que afecta a un porcentaje bajo de la población, no lo está discriminando, lo está señalando como una persona propensa a sufrir dolores articulares, deformidades osteo musculares, pero no la discrimina y sí le ofrece su ayuda”. (Resaltado fuera de texto)

Esta afirmación parte de una premisa constitucionalmente inaceptable que solo promueve un estigma social discriminatorio: que la homosexualidad es una enfermedad. Al respecto, sin que sean necesarias mayores disertaciones, basta recordar que desde 1990 la Organización Mundial de la Salud dejó de considerar la homosexualidad como una enfermedad²⁴⁵, y que la jurisprudencia ha sido categórica e insistente en advertir que la orientación sexual de una persona es la expresión legítima y constitucionalmente respetable de las libertades individuales. Así fue expuesto de manera categórica en la Sentencia C-373 de 2002²⁴⁶:

*“No obstante la manifiesta contrariedad existente entre los numerales 1° y 6° del artículo 198 del Decreto 196 de 1970 y el Texto Fundamental, varios de los supuestos constitutivos de falta disciplinaria allí relacionados merecen especial atención. Por una parte, bien se sabe que el moderno constitucionalismo suministra argumentos para que el homosexualismo deje de considerarse como una enfermedad o como una anomalía patológica y para que, en lugar de ello, se asuma como una preferencia sexual que hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad*²⁴⁷. En ese contexto,

²⁴⁵ Con fundamento en abundante información científica, el 17 de mayo de 1990, en el marco de la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud, se eliminó la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales.

²⁴⁶ La Corte declaró inexecutable los numerales 1° y 6° del artículo 198 del Decreto 960 de 1970, que entre otros aspectos catalogaban el homosexualismo como falta disciplinaria de los notarios.

²⁴⁷ Esta Corporación declaró inexecutable el literal b) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, de acuerdo con el cual el homosexualismo era una falta disciplinaria imputable a los docentes. En esa oportunidad se indicó que se trataba de una preferencia sexual que hacía parte del libre desarrollo de la personalidad y se advirtió la ilegitimidad constitucional de su previsión como falta disciplinaria. Se expuso: “La preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual -entre ellas la homosexual- hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental “la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales”, lo cual implica “la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito

ninguna razón es válida para que la asunción de una particular identidad sexual constituya falta disciplinaria. La regla de derecho que así lo establezca contraría los fundamentos mismos del orden político constituido pues desdice de la dignidad humana como fundamento del moderno constitucionalismo, desvirtúa la libertad y fomenta la discriminación”. (Resaltado fuera de texto)

Las razones expuestas llevan a la Corte a desestimar la postura de la Universidad de la Sabana y, por el contrario, acoger la tesis mayoritaria de los conceptos científicos allegados, incluida la visión oficial del Ministerio de Salud y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Según esta, la adopción por parte de parejas del mismo sexo no afecta, en sí misma considerada, el interés superior del menor, ni compromete su desarrollo armónico e integral.

8.3.- Orientación sexual diversa, idoneidad moral para adoptar e interés superior del menor en la jurisprudencia constitucional

En concordancia con lo anterior, la Sala debe hacer referencia a algunos precedentes constitucionales relevantes en los que se ha analizado lo concerniente a la adopción por personas con orientación sexual diversa, su idoneidad moral como requisito para adoptar y su alcance en relación con el interés superior del menor.

Para comenzar es necesario recordar que, siguiendo lo previsto en el anterior Código del Menor, el actual Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que solo puede adoptar quien, entre otros requisitos, garantice *“idoneidad física, mental, **moral** y social suficiente para suministrar al niño, niña o adolescente un entorno adecuado y estable para su desarrollo integral”* (art. 68).

de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social”. Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto... Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto... No existe ninguna justificación para que se consagre como falta disciplinaria de los docentes la homosexualidad. La exclusión de los homosexuales de la actividad docente es totalmente injustificada, pues no existe ninguna evidencia de que estas personas sean más proclives al abuso sexual que el resto de la población, ni que su presencia en las aulas afecte el libre desarrollo de la personalidad de los educandos. Además, el propio ordenamiento prevé sanciones contra los comportamientos indebidos de los docentes, sean ellos homosexuales o heterosexuales. Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas”. Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998.

La Corte reitera que la orientación sexual de una persona no está asociada ni puede confundirse con la “*idoneidad moral*” como requisito para adoptar, puesto que lo relevante es el interés superior del menor y la capacidad de brindar las condiciones para su desarrollo armónico e integral en entorno adecuado y estable. Así lo ha reconocido en varias oportunidades la jurisprudencia constitucional.

8.3.1.- Como punto de partida ha de mencionarse la Sentencia T-290 de 1995. En aquella oportunidad la Corte examinó el caso de una persona homosexual que solicitó la adopción de una menor bajo su cuidado, quien había sido abandonada por sus padres biológicos. El ICBF no solo no accedió a su solicitud, sino que incluso le retiró la custodia de la niña.

En su análisis la Corte denegó el amparo; pero no por la condición de homosexualidad del actor sino luego de constatar que la menor se hallaba viviendo en un medio en el que peligraba su seguridad y adecuado desarrollo, de modo que el ICBF “*tuvo razones objetivas suficientes para decretar las medidas de protección que consideró necesarias en favor de la menor*”, quedando demostrado también que “*su actuación no fue arbitraria ni se debió a prejuicio de sus funcionarios respecto de la sexualidad del señor (...)*”. Dijo entonces lo siguiente:

“Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, que en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado Colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos naturales o afectivos. Sin embargo, no es menos cierto que los niños tienen derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, y que a falta de los padres o de las personas legalmente obligadas a dispensarle al menor esta asistencia -como ocurre en este caso con xx- es el Estado el obligado a asumir directamente su cuidado o a confiarlo, mediante la adopción, a personas cuya idoneidad ha de calificar según criterios axiológicos ajustados al orden constitucional. Así se deduce del principio de primacía que la Carta Política dispone en favor de los derechos de los niños (art. 44), y se ha desarrollado legalmente en materia de protección al menor (arts. 3 y 6 del Decreto 2737 de 1989).
(...)

José Gerardo (...) asegura que fue su homosexualidad el único factor que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tuvo en cuenta para declarar a la niña en estado de peligro y asignar su custodia a terceros. Sin embargo, ello resulta contraevidente según los hechos antes reseñados y las pruebas testimoniales aportadas, de los cuales se deducen datos como los siguientes:

- 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 eran unas condiciones inhumanas 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.

- La Defensora de Familia que actualmente tiene el caso a su cargo expresa que últimamente "se han realizado seguimientos socio-familiares a la residencia y lugar de trabajo de José Gerardo (...) y Fidel Martínez (amigo del primero), en donde (sic) sus condiciones de vida económica y morales ... no son las mejores para que la menor xx desarrolle sus potencialidades al lado de estos dos señores".

Todo 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 (...). (Resaltado fuera de texto)

En esta decisión la Corte reconoce que es el interés superior del menor, y no los prejuicios que pueda haber acerca de la sexualidad de quienes los rodean, el criterio que debe tenerse en cuenta en las decisiones que a ellos concierne.

8.3.2.- Con posterioridad, en la Sentencia C-814 de 2001, la Corte precisó que la idoneidad moral nada tiene que ver con las preferencias sexuales de una persona. En aquella oportunidad conoció de una demanda contra la norma del Código del Menor que consagraba la idoneidad moral como requisito para adoptar²⁴⁸, y contra la norma que únicamente permitía adoptar a la pareja

²⁴⁸ "ARTÍCULO 89.- 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 para suministrar hogar adecuado y estable al menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. // El

formada “*por el hombre y la mujer*”, con lo cual excluía en forma directa e inequívoca a las parejas del mismo sexo²⁴⁹.

Para resolver la controversia planteada²⁵⁰ la Corte explicó que aun cuando los sistemas morales particulares son jurídicamente inadmisibles, la Constitución no impide que legalmente se adopten criterios provenientes de la “*moral social o pública*” como base para definir situaciones jurídicas o restringir el ejercicio de ciertas libertades. Acudió a varios pronunciamientos de este tribunal²⁵¹ y aclaró que la moral pública es “*la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia*”, y que, “*entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social*”²⁵².

Asimismo, hizo referencia directa a la Sentencia T-290 de 1995, antes reseñada, insistiendo en que “*en esa ocasión no fue la condición de homosexual la que llevó a esa conclusión [negar la adopción de una niña], sino el ambiente socio cultural en que dicha persona vivía, estimado como inconveniente desde el punto de vista moral, de cara al principio del interés superior menor*”.

A continuación explicó que la exigencia de idoneidad moral consagrada en el Código del Menor como requisito para adoptar no desconocía la Constitución Política, “*bajo el entendido de que dicha exigencia debe entenderse como referida a la noción de moral social o moral pública (...), y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno ético, a los que el juez pudiera estar en libertad de acudir según sus personales convicciones, para definir la suficiencia moral del solicitante*”.

La Corte puntualizó que el requisito de “*idoneidad moral*” no se refiere a la condición de heterosexualidad del solicitante, y que asumir que la homosexualidad indica falta de capacidad para adoptar es producto de una interpretación contraria al tenor literal del precepto impugnado. Fue por eso que el análisis sobre la restricción de la adopción a parejas del mismo sexo no se abordó desde la óptica de la idoneidad moral, sino “*desde la perspectiva de*

adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo. // Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad, en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el artículo 91 del presente código”. (Se resalta el texto entonces demandado).

²⁴⁹ “ARTÍCULO 90. Pueden adoptar conjuntamente: “1. Los cónyuges. // 2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior.” (Sedemandó el primer inciso del numeral 2°).

²⁵⁰ La Corte formuló el siguiente problema jurídico: “De conformidad con lo expuesto, corresponde a la Corte definir si el legislador puede o no establecer exigencias de carácter moral para efectos de que se conceda un niño en adopción, y si resulta conforme con la Constitución la adopción por parte de homosexuales”.

²⁵¹ Corte Constitucional, Sentencias C-224 de 1994 y C-404 de 1998.

²⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-224 de 1994. La norma demandada en aquel entonces fue el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, según el cual “*La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva*”. La Corte declaró su exequibilidad, pero bajo el entendido que la expresión “moral cristiana” significa “*moral general*” o “*moral social*”.

la estructura jurídica de la familia y de las relaciones paterno y materno filiales, que emanan de la Constitución”²⁵³.

Resta mencionar que en dicho fallo la Corte también declaró exequible la norma que limitaba la adopción a la pareja formada “*por el hombre y la mujer*”. Consideró legítimo el hecho de que el Legislador hubiese optado por autorizar la adopción únicamente “*a quienes pretenden conformar la familia que el Constituyente quiso proteger*”, que según la interpretación literal entonces dominante del artículo 42 de la Constitución era solo la familia monogámica y heterosexual. Interpretación que, como se explicó anteriormente, fue abandonada a partir de la Sentencia C-577 de 2011, para en su lugar acoger en forma unánime un concepto amplio de familia, fundado en elementos sociológicos, en la jurisprudencia evolutiva, en la cláusula de Estado Social de Derecho y en el principio del pluralismo.

8.3.3.- En la misma dirección debe referirse la Sentencia C-712 de 2010. La Corte conoció de una demanda contra la expresión “*moral*” del artículo 68 del actual Código de la Infancia y la Adolescencia, es decir, contra la “*idoneidad moral*” como requisito para adoptar. En concepto de los accionantes, esa exigencia era incompatible con el modelo de vida homosexual, por lo que impedía adoptar a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, en su análisis la Corte constató que la acusación respondía a una interpretación subjetiva de los demandantes que no se podía deducir del precepto impugnado. Sobre el particular indicó:

“Como se puede apreciar, la demanda se fundamenta en la siguiente interpretación: la idoneidad moral que exige el precepto demandado para adoptar, de la mano de la sentencia C-814 de 2001, no es compatible con el ‘modelo de vida homosexual’, por esta razón, las personas homosexuales, específicamente las parejas del mismo sexo, no cumplen el requisito de idoneidad moral y no pueden adoptar.

La Sala considera que se trata de una interpretación subjetiva de los actores; ciertamente ni del texto del artículo 68 de la ley 1098, ni de la sentencia C-814 de 2001 es posible deducir tal exégesis, como a continuación se explica:

(...)

²⁵³ Sentencia C-814 de 2001: “12. Finalmente, en lo que concierne al requisito de idoneidad moral exigido por la norma sub examine a quienes pretendan adoptar, la Corte encuentra 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. Esta es una interpretación contraria a su tenor literal, que ha sido hecha por algunos de los intervinientes dentro del presente proceso y no por el demandante. Por lo cual la Corte no entra a analizar el punto, dado que no este no ha sido el cargo de la demanda, y que incluso si lo hubiera sido, una demanda estructurada sobre el supuesto de regulaciones no contenidas en las disposiciones acusadas debe ser rechazada por ineptitud sustancial, conforme reiterada jurisprudencia lo ha señalado con anterioridad, indicando que ello equivale a demandar un contenido regulatorio implícito en la norma o deducido por el actor, respecto del cual se pretende demostrar su inconformidad con la Constitución.

El examen de la constitucionalidad de la limitación a la posibilidad de adoptar por razones de homosexualismo, será abordado a continuación por la Corte desde la perspectiva de la estructura jurídica de la familia y de las relaciones paterno y materno filiales, que emanan de la Constitución.”

Como se puede apreciar, el texto no hace referencia a la orientación sexual de los candidatos a adoptar. Simplemente 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”.

Adicionalmente, insistió en que la Sentencia C-814 de 2001 nunca estableció un nexo entre la falta de idoneidad moral y la homosexualidad:

“No es cierto que en la sentencia C-814 de 2001, la Corte haya establecido un nexo entre falta de idoneidad moral y homosexualidad, es decir, la Corporación no propuso la interpretación que indican los demandantes”.

Por último, la Corte puso de presente la falta de conexidad entre el requisito de idoneidad moral y la homosexualidad. Para ello se apoyó también en la Resolución 3748 del 6 de septiembre de 2010, emanada del ICBF, *“por la cual se expide el Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia”*. Allí se define el requisito de idoneidad moral y enumeran los casos en que este no se encuentra comprobado (alcoholismo, drogadicción, prostitución, delincuencia, irrespeto a la dignidad humana), donde no se hace referencia alguna a la orientación sexual:

“Idoneidad Moral. Está referida 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. Esta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio (País) y es aceptada como norma ética de convivencia.

Al Estado pluralista no le son indiferentes los antecedentes de comportamiento de quien pretende hacerse cargo de un niño, niña o adolescente, en calidad de padre o madre del mismo. El principio del interés superior que preside todo proceso en el que estén involucrados los niños, niñas o adolescente, impone al legislador asumir medidas que garanticen la efectividad de dicho principio.

La ley, a través de estas exigencias, pretende lograr que quien adopta sea en realidad alguien que esté en posibilidad de ofrecer al niño, niña y adolescente las mayores garantías en cuanto a su desarrollo armónico, y en este sentido, una persona que presenta antecedentes de un comportamiento acorde con la moral social, asegura al Estado en mejor forma que la educación del niño, niña y adolescente se llevará a cabo de conformidad con dichos criterios éticos, lo cual, sin duda, redundará en la adaptabilidad del niño, niña y adolescente al entorno social y en la posibilidad de llevar un proyecto de vida armónico con el de los demás. Por el contrario, la adopción de un niño, niña y adolescente a quien desenvuelve su proyecto vital en condiciones

morales socialmente cuestionadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etc., pone al niño, niña y adolescente 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.

Por consiguiente, la evaluación sobre la idoneidad moral de quien pretende adoptar, no puede ser hecha desde la perspectiva de sus personales convicciones éticas o religiosas, sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social.

Por tanto, no hay idoneidad moral en los siguientes casos:

- *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.*

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.” (Resaltado original)

Con esos argumentos, la Corte concluyó que *“ni del texto del artículo 68 de la ley 1098, ni de la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho de preceptos con enunciados normativos similares, es posible interpretar la expresión acusada en el sentido que indican los demandantes”*. Por lo tanto, se inhibió para emitir un pronunciamiento de fondo.

8.3.4.- Ahora bien, respecto de la adopción por personas con orientación sexual diversa y el interés superior del menor, en particular luego de la reconceptualización de la familia, es imprescindible referir la Sentencia T-276 de 2012.

En aquella oportunidad un ciudadano extranjero presentó acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales y los de dos menores de edad colombianos. Sostuvo que el ICBF, después de haber tramitado y aprobado la adopción de aquellos, revocó la medida y dispuso su ubicación en un hogar sustituto aduciendo que su condición de persona homosexual, así como el hecho de no haberla informado previamente²⁵⁴, representaba una amenaza a la salud sicológica de los niños.

En su análisis la Corte insistió en que los procesos administrativos y las medidas de restablecimiento de los derechos relacionadas con niños deben sujetarse a los postulados constitucionales y al derecho internacional, los cuales reconocen el interés superior del menor, el debido proceso y el derecho de los niños a ser oídos. Asimismo recordó que *“en virtud del principio de interés superior del niño, las decisiones sobre medidas de restablecimiento deben garantizar (i) el desarrollo integral del niño desde el punto de vista físico, sicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad; (...)”*.

Al examinar el caso concreto la Corte concedió el amparo luego de constatar que la decisión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar había desconocido precisamente los derechos de los menores y amenazado su desarrollo armónico e integral. En palabras de la Corte:

²⁵⁴ No había informado acerca de su condición, entre otras razones, porque según comunicación remitida por Baker Victory Services a la Subdirectora de Adopciones del ICBF, de acuerdo con la legislación de los Estados de Nueva Jersey y Nueva York, está prohibido interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual. Al respecto la Sentencia reseña lo siguiente: “Ciertamente, según la comunicación remitida por Baker Victory Services a la Subdirectora de Adopciones del ICBF, el 1° de abril de 2011, en los estados de Nueva Jersey y Nueva York, la normativa prohíbe interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual; esta afirmación no fue desvirtuada por el ICBF: ‘[XXX] solicitó a Baker Victory Services la adopción de dos niños, [AAA] y [BBB], a quienes había alojado por intermedio del programa de Kidsave. Una trabajadora social licenciada, Barbara Cohen, elaboró su estudio de hogar a través de la Jewish Child Association, agencia acreditada ante la Haya. Dicho estudio de hogar se efectuó de conformidad con todas las normas y reglamentos del estado de Nueva Jersey y, dentro del cumplimiento de tales reglamentos, se obtuvieron los registros de historia criminal y de abuso de menores, sin que existiese ningún cargo en contra. Igualmente, la Dra. Linda Busch, psicóloga clínica licenciada, se hizo cargo de la evaluación psicológica y no encontró ningún síntoma psicológico que pudiese afectar la capacidad de crianza del padre adoptivo. // Obedeciendo los reglamentos de los estados de Nueva Jersey y Nueva York, al SR. [XXX] no se le hizo ninguna pregunta referente a su orientación sexual. Debe anotarse que las leyes de los Estados Unidos de América prohíben que se discrimine a una persona cuando esté solicitando una adopción, ni tampoco al otorgarle la aprobación para adoptar, con base en su orientación sexual’.”

“Se encuentra probado que **(i)** la apertura del proceso de restablecimiento de derechos de los niños AAA y BBB y **(ii)** la decisión de ubicarlos en hogar sustituto tuvieron lugar solamente por la presunta amenaza a los derechos de los niños que, a juicio del ICBF, representaba el hecho de que XXX no hubiera informado su orientación sexual en el trámite de la adopción.

Sin embargo, la Sala observa, **(i)** que el ICBF no logró demostrar que efectivamente existía una amenaza sobre la ‘salud emocional de los niños AAA y BBB’ en el momento en el que la Defensora decidió dar inicio al procedimiento y ubicarlos en hogar sustituto; **(ii)** que aunque eventualmente se concluyera que sí existía una amenaza, el ICBF tampoco probó que existiera un nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adopción y dicho riesgo. Por el contrario, la amenaza, en concepto de los profesionales del área sico-social 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 sicólogos y trabajadores sociales del ICBF- a la falta de información sobre la orientación sexual de XXX; **(iii)** que la entidad tampoco demostró que la amenaza fuera de tal magnitud que ameritara una medida tan drástica como la separación de los niños de su padre y su ubicación en hogar sustituto; y **(iv)** que la Defensora de Familia no tuvo en cuenta la opinión de los niños cuando decidió ubicarlos nuevamente en hogar sustituto.

Por todas estas razones, a juicio de la Sala, la Defensora de Familia demandada adoptó decisiones injustificadas y desproporcionadas que constituyen una vía de hecho administrativa y lesionaron los derechos fundamentales de los peticionarios al debido proceso y a la unidad familiar, razón por la cual se concederá la tutela en el presente caso”.
(Resaltado fuera de texto)

Para sustentar lo anterior la Corte recalcó que las medidas de restablecimiento de derechos “*deben estar precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño*”, es decir, en evidencia y criterios objetivos y no en “*apariencias, preconceptos o prejuicios*”. Destacó que el ICBF “*no contaba con evidencia de que existiera amenaza alguna sobre los derechos de los niños*”, al punto que lo que motivó a la entidad a iniciar la actuación administrativa “*fue la amenaza que –a juicio del ICBF- generaba la ausencia de información en el proceso de adopción sobre (i) la orientación sexual de XXX y (ii) su relación con otro hombre*”.

Con esos elementos de juicio, luego de una cuidadosa revisión de las pruebas y conceptos de expertos profesionales en relación con el estado de salud de los niños, en especial de valorar que al ser alejados de su padre adoptante para ser reubicados en un hogar sustituto se amenazaba su desarrollo armónico e

integral y su salud emocional y mental, la Corte resolvió amparar los derechos fundamentales invocados. De esta manera, sobre la base de la protección al interés superior de los menores, dejando de lado los preconceitos y prejuicios de algunos funcionarios del ICBF sobre la sexualidad del accionante, se ordenó la entrega definitiva de la custodia de los niños a su padre adoptivo.

8.3.5.- La Corte también destaca la Sentencia SU-617 de 2014. En síntesis, una Defensora de Familia se negó a tramitar una solicitud de adopción bajo la modalidad de *“adopción por consentimiento”*, para la conformación del vínculo filial entre la hija biológica de una mujer y su compañera permanente. La funcionaria sostuvo, en esencia, que la legislación vigente no permite la adopción por parejas del mismo sexo y que la Constitución solo protege la familia fundada en la heterosexualidad. Vale la pena aclarar que desde su nacimiento la niña había convivido con su madre biológica y con la compañera permanente de aquella, de modo que se había forjado, y así quedó acreditado, un vínculo firme, sólido y estable entre ellas.

Luego de superar numerosas objeciones de orden procesal que no es del caso detallar, la Corte reconoció que la determinación de la Defensora de Familia, al no haber dado trámite a la solicitud de adopción, correspondía *“a una interpretación en principio admisible del sistema jurídico, y no es abiertamente incompatible con éste”*. No obstante, aclaró que se desconoce el ordenamiento jurídico cuando, con ese argumento, se prohíbe adoptar a menores con una única filiación por parte de la pareja del padre o madre biológica con quien existe una unión homosexual, se ha forjado una relación estable, sólida y permanente de afecto y solidaridad con el niño, y se ha asumido de forma conjunta su crianza, cuidado y manutención. En palabras de la Corte:

“Así pues, independientemente de que la Corte comparta esta lectura del derecho legislado, lo cierto es que la determinación de la defensoría de familia de no dar trámite a la solicitud de adopción, corresponde a una interpretación en principio admisible del sistema jurídico, y no es abiertamente incompatible con éste.

6.3.- Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera que aunque la decisión anterior adoptada por la entidad demandada se ampara en una interpretación admisible del derecho legislado, cuando se prohíbe la adopción por consentimiento de menores con una única filiación, por parte de las parejas del padre o de la madre biológica con la que conforman una unión homosexual, y que con el consentimiento del progenitor ha establecido una relación estable, sólida y permanente de afecto y solidaridad con el niño, y ha asumido de manera conjunta con el padre o madre, su crianza, cuidado y manutención, se vulnera el ordenamiento superior”. (Resaltado fuera de texto)

La sentencia acepta que en el concepto específico de la adopción la diferencia empírica entre las uniones heterosexuales y homosexuales tiene cierta

relevancia jurídica, en tanto se pretenden sustituir las relaciones naturales para brindar una familia al menor, por lo que *“de la sola diferencia normativa no se puede inferir su carácter discriminatorio”*.

Sin embargo -también acto seguido-, la Corte advierte que no reconocer los vínculos de hecho entre menores con padres o madres biológicos y sus compañeros permanentes del mismo sexo, cuando existe una relación familiar estable, conlleva un *“déficit de protección del niño que amenaza el goce efectivo de sus derechos”*. Dice al respecto:

“Así pues, el planteamiento según el cual la lesión de los derechos fundamentales de las accionantes se origina en la discriminación de las parejas homosexuales, no resulta admisible. Por un lado, porque la diferencia normativa entre estos dos tipos de uniones en materia de adopción atiende a una diferencia empírica constitucionalmente relevante, toda vez que la institución de la adopción está concebida y diseñada para suplir las relaciones de paternidad y maternidad que indefectiblemente surgen de la reproducción con respecto a un hombre y una mujer, incluso cuando se materializa mediante las nuevas técnicas de reproducción asistida. Y por otro lado, porque a la luz de los precedentes constitucionales, la sola diferenciación normativa entre los dos tipos de uniones, por sí misma, no configura una vulneración del derecho a la igualdad, sino únicamente cuando se traduce en un déficit de protección para sus miembros; y por el contrario, las restricciones a la adopción en función de este criterio, atienden a una diferenciación que a la luz del propio ordenamiento superior es relevante, como es la protección especial y reforzada de la familia monogámica y heterosexual.

6.6.- Sin perjuicio de lo anterior, la Corte encuentra que se pueden comprometer los derechos constitucionales de los niños, cuando el Estado se abstiene de reconocer jurídicamente las relaciones de afecto y solidaridad, sólidas y estables, entre niños que tienen una única filiación, y los compañeros permanentes del mismo sexo de su progenitor, con el que éste último comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor. En estas hipótesis en las que de hecho se han conformado este tipo de lazos, con el consentimiento del padre o madre biológico, y que redundan en beneficio del menor, la falta de reconocimiento jurídico de tal vínculo se traduce en un déficit de protección del niño que amenaza el goce efectivo de sus derechos”.
(Resaltado fuera de texto)

Al examinar el caso concreto la Corte insistió en que la Constitución *“admite, reconoce y protege la diversidad de estructuras familiares”*, amparó el derecho de la menor a tener una familia, revocó la decisión administrativa que había declarado improcedente la solicitud y ordenó continuar con su trámite sin que tal consideración pudiese ser invocada para excluir la adopción, por supuesto sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos exigidos:

“Pese a que la determinación de Turandot de insertar a Fedora a su núcleo familiar es admitida constitucionalmente en virtud del principio de autonomía, y pese a que a partir de esta decisión constitucionalmente protegida, se ha conformado una familia en los términos indicados anteriormente, las barreras normativas han impedido el reconocimiento jurídico de tal situación fáctica, y la consolidación de tales lazos. En estas circunstancias, la crianza, el cuidado y la manutención de Lakmé por parte de Fedora están librados a su buena voluntad, el ejercicio de las prerrogativas derivadas de la patria potestad no se han consolidado, y no existen derechos sucesorales entre ellas dos. Todo ello se traduce en un déficit de protección de la menor, a todas luces inaceptable a la luz de la preceptiva constitucional.

Si bien es cierto que a la luz del ordenamiento superior la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado, también es cierto que la propia Carta Política admite, reconoce y protege la diversidad de estructuras familiares, y una barrera normativa como la prevista legislativamente, es el fondo una forma velada e implícita de sanción a estas formas alternativas de familia”.
(Resaltado fuera de texto)

Dentro de las restricciones propias del caso sometido a consideración de la Corte en un asunto de control concreto de constitucionalidad, la sentencia SU-617 de 2011 reafirma la necesidad de: (i) privilegiar las condiciones de estabilidad y armonía de aquellos niños que por cualquier circunstancia se han adaptado a un entorno de hogar diferente a la concepción tradicional de familia fundada en la heterosexualidad; (ii) corregir a su favor el “*déficit de protección (...) inaceptable a la luz de la preceptiva constitucional*”; y (iii) proteger sus derechos superando barreras normativas y hermenéuticas que en el fondo representan “*una forma velada e implícita de sanción a estas formas alternativas de familia*”.

8.3.6.- Por último, la Corte debe hacer mención a la Sentencia C-071 de 2015. Esta providencia, que como ya fue reseñado examinó las normas que ahora se acusan desde la perspectiva de los derechos a la igualdad y a tener una familia de las parejas del mismo sexo, condicionó la constitucionalidad de las normas relativas a la adopción complementaria o por consentimiento (numeral 5° del artículo 64, del artículo 66 y del numeral 5° del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006), “*en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente*”.

De esta manera reconoció, con efectos erga omnes, que cuando el Estado se abstiene de reconocer las relaciones familiares entre niños que tienen una única filiación, y el compañero(a) permanente del mismo sexo de su progenitor, con el(la) que éste último comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor de 18 años, pueden verse comprometidos los derechos

de los niños, niñas o adolescentes. Por eso, de acuerdo con el fallo, en estos casos la falta de reconocimiento jurídico del vínculo familiar, amenaza el derecho constitucional fundamental reconocido en el artículo 44 de la Constitución a no ser separados de su familia.

8.4.- Conclusiones

De todo lo anterior la Corte Constitucional concluye que la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral.

Así lo indican las experiencias recogidas del derecho comparado, entre las que se destacan decisiones legislativas y pronunciamientos de tribunales internacionales o de instancias internas de los Estados, donde se ha tenido en cuenta la primacía de los derechos de los menores y la evidencia probatoria debidamente acopiada.

A la misma conclusión se llega con fundamento en los conceptos remitidos a solicitud de la Corte Constitucional en el curso de este proceso. En forma significativamente mayoritaria la evidencia científica coincide en señalar que: (i) la adopción por parte de parejas del mismo sexo no afecta el desarrollo, el bienestar, ni la salud física o mental de los menores; (ii) en caso de existir alguna afectación, la misma proviene de otros factores como la situación económica, las relaciones dentro del grupo familiar, el inadecuado rol parental, la violencia intrafamiliar, los estereotipos discriminatorios, los prejuicios sociales, las restricciones normativas, entre otros, que nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres; (iii) el ajuste en el desarrollo de los menores criados en familias homoparentales, su comportamiento y adaptación social son similares a los de aquellos que crecen en familias heterosexuales; incluso en algunas ocasiones aquellas tienden a promover mayores valores de tolerancia y una representación real de la diferencia sexual; y (iv) los procesos de adopción deben basarse en asegurar la adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes y en el cumplimiento de requisitos que garanticen el cuidado del menor en cada caso concreto, sin que para ello deba ser evaluada la orientación sexual de los padres.

De esta manera, para numerosos investigadores, asociaciones, autoridades y organismos internacionales, la creencia en la afectación del interés superior del menor obedece al resultado de estereotipos discriminatorios o prejuicios sociales, antes que a verdaderos problemas médicos o psicológicos, así como a la negativa de algunas autoridades a reconocer a las familias integradas por personas del mismo sexo.

Los asuntos resueltos por la Corte Constitucional en su jurisprudencia reciente son pequeños ejemplos dentro de un universo definitivamente más amplio. En el primer caso (Sentencia T-276 de 2012), para autorizar la adopción

individual de dos menores por una persona homosexual a quien se le negó esa posibilidad, no con fundamento en un examen integral de la situación en que se hallaban los menores, sino a partir de preconcepciones y prejuicios de algunos funcionarios basados en la orientación sexual, y porque de otro modo se afectaría el interés superior y el desarrollo armónico e integral de los niños concernidos. En el segundo (Sentencia SU-617 de 2014), simplemente para superar barreras hermenéuticas que pretendían desconocer una situación de hecho en la que una menor ha crecido con su madre biológica y su pareja del mismo sexo, forjando entre ellas, sobre bases de afecto y solidaridad, una relación de familia estable, sólida y permanente. Y finalmente en la Sentencia C-071 de 2015, para reconocer con efectos *erga omnes* la posibilidad de adopción conjunta o consentida por parejas del mismo sexo, cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

9.- Análisis constitucional de las normas demandadas

Con los elementos de juicio reseñados entra la Corte a examinar 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 de menores, vulneran el principio del interés superior del niño (art. 44 CP), representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral.

9.1.- Normas acusadas y neutralidad de la ley respecto de la orientación sexual de los aspirantes a adoptar

La demanda está fundada en la presunta vulneración del principio de interés superior del menor (art. 44 CP) y sobre esa base se han acusado los siguientes apartes del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006):

- Del artículo 64, numeral 5º, la expresión “*si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente*”, que mantiene el vínculo de parentesco del menor con su padre o madre biológico y su familia consanguínea, cuando se trata de adopción complementaria (aquella que tiene lugar cuando se adopta el hijo o hija del cónyuge o compañero o compañera permanente).
- Del artículo 66, la expresión “*o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante*”, relacionada con la validez del consentimiento para la adopción complementaria antes referida.
- Del artículo 68, numeral 3º, la expresión “*conjuntamente los compañeros permanentes*”, que señala quiénes pueden adoptar.
- Del artículo 68, numeral 5º, la expresión “*el cónyuge o compañero permanente al hijo del cónyuge o compañero*”, que establece quiénes pueden adoptar en forma complementaria o por consentimiento.

En concordancia con ello, también se han demandado las expresiones “*un hombre y una mujer*” y “*al hombre y la mujer*”, del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, que establece los efectos civiles de las uniones de hecho, en cuanto tienen incidencia en la posibilidad o no de que las parejas del mismo sexo puedan participar en procesos de adopción.

Para evaluar la constitucionalidad de las normas acusadas la Corte debe comenzar por reconocer que, cuando el Legislador fijó los requisitos generales para adoptar y señaló quiénes pueden hacerlo, el Código de la Infancia y la Adolescencia fue en principio neutro respecto de la orientación sexual de los aspirantes.

El primero de los requisitos generales²⁵⁵ previstos en la norma es el de capacidad, presupuesto indispensable para asumir responsablemente la crianza de un hijo²⁵⁶. Como segundo requisito, la ley no solo exige que la persona sea capaz sino que haya alcanzado una edad mínima de 25 años; esta exigencia, que también estaba prevista en el anterior Código del Menor (art. 89), fue objeto de examen por la Corte en la Sentencia C-093 de 2001, donde se declaró su constitucionalidad por encontrarla una exigencia razonable y proporcionada como medida para asegurar la formación integral del menor. El tercer requisito consiste en que el adoptante tenga por lo menos quince (15) años más que la persona a ser adoptada, con lo cual se pretende que no exista una brecha generacional tan amplia que tenga implicaciones negativas en el desarrollo psicomotriz, emocional y social del menor²⁵⁷. Finalmente, el cuarto requisito tiene que ver con la idoneidad física, mental, moral y social del adoptante, suficiente para suministrar al niño, niña o adolescente un entorno adecuado y estable para su desarrollo integral. Con referencia a la aptitud física, la Corte ya ha declarado su constitucionalidad²⁵⁸; y en cuanto concierne a la idoneidad moral, como ya fue explicado, ella no está asociada ni puede confundirse con la orientación sexual de una persona.

De igual forma, el Código de la Infancia y la Adolescencia también se refleja como neutro en términos de orientación sexual al señalar los sujetos que pueden adoptar²⁵⁹. En este sentido, el numeral 1º del artículo 68 habilita a “*las*

²⁵⁵ “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 (...)”.

²⁵⁶ De acuerdo con la legislación civil, se considera que toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces. Código Civil, artículos 1503 y siguientes.

²⁵⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-360 de 2002. La Corte avaló la decisión del ICBF de negar a una pareja de adultos mayores la adopción de un menor en situación de abandono, precisamente porque, de acuerdo con los conceptos científicos acopiados, la brecha generacional entre aquellos y este era demasiado grande y podía afectar negativamente el desarrollo del menor.

²⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2009. En todo caso la Corte advirtió que “no se puede descalificar a una persona como posible padre o madre adoptante, por el sólo hecho de que tenga una discapacidad, sino que dicha condición debe ser evaluada en cada caso concreto por las autoridades y expertos, junto con los demás factores de idoneidad exigidos por la ley, y siempre en función de interés superior del menor, esto es, a la luz de las necesidades de amor, cuidado y protección del niño, niña o adolescente que será adoptado”.

²⁵⁹ “ARTÍCULO 68. REQUISITOS PARA ADOPTAR. (...) Podrán adoptar: 1. Las personas solteras. // 2. Los cónyuges conjuntamente. // 3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una

personas solteras”, obviamente a condición de cumplir los requisitos generales antes descritos pero sin que fije condición alguna sobre su la orientación sexual. La Sentencia T-276 de 2012, en la que esta corporación ordenó al IBCF la entrega definitiva de la custodia de los niños a su padre adoptante, persona soltera de orientación homosexual, así lo ratifica.

Adicionalmente, la ley bajo examen presenta un cambio significativo en comparación con la legislación anterior que la Sala no puede pasar desapercibido. En efecto, en el Código del Menor se establecía que, además de los cónyuges, podía adoptar conjuntamente la pareja formada *“por el hombre y la mujer”* que demostrara convivencia ininterrumpida de al menos 3 años, con lo cual excluía en forma directa e inequívoca a las parejas del mismo sexo²⁶⁰. Sin embargo, en el Código de la Infancia y de la Adolescencia el Legislador optó, deliberadamente, por cambiar ese término y en su lugar se refirió en forma genérica a los *“compañeros permanentes”*.

Una revisión de los antecedentes y debates al interior del Congreso de la República durante el trámite de aprobación del actual Código de la Infancia y la Adolescencia²⁶¹ demuestra que la adopción por *“personas solteras”*, así como la utilización del término *“compañeros permanentes”*, fue objeto de abierta discusión, precisamente por sus implicaciones normativas en cuanto a la adopción por personas solteras homosexuales y parejas del mismo sexo, aunque finalmente el Legislador se abstuvo de reconocer la adopción por parejas del mismo sexo, entre otras razones, porque algunos parlamentarios consideraron que ello podría afectar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, esto es, el principio de interés superior del menor.

En todo caso, la utilización de la expresión *“compañeros permanentes”* no solo representa un giro lingüístico en la redacción de una norma sino que tiene implicaciones hermenéuticas si se tiene en cuenta el principio de efecto útil del Derecho, según el cual, *“el juez está llamado a leer la norma jurídica en el sentido en que produzca efectos, no en el que la haga inane”*²⁶², de modo que *“entre dos sentidos posibles de un precepto, uno de los cuales produce*

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. // 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 por lo menos dos (2) años. Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. // PARÁGRAFO 1o. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción. // PARÁGRAFO 2o Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores”. En la presente oportunidad se demandan parcialmente los numerales 3º y 5º.

²⁶⁰ “ARTÍCULO 90. Pueden adoptar conjuntamente: “1. Los cónyuges. // 2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior”.

²⁶¹ La Corte remite a la reseña efectuada en el literal “b” del fundamento jurídico 3.2 de la Sentencia C-071 de 2015.

²⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-692 de 2003.

consecuencias jurídicas y el otro no, debe preferirse necesariamente el primero”²⁶³.

9.2.- Excluir la adopción de menores por parejas del mismo sexo genera un déficit de protección y vulnera el interés superior del menor

La Corte considera que excluir como potenciales adoptantes a las parejas del mismo sexo genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 CP).

De conformidad con lo previsto en el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la adopción es una medida de protección integral al menor para el restablecimiento de sus derechos, a través de la cual se consolida de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En concordancia, según lo establece el artículo 50 del mismo estatuto, se entiende por restablecimiento de los derechos *“la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”*.

A lo largo de esta providencia ha sido explicado: (i) que la Constitución y numerosos instrumentos internacionales asignan al Estado el deber de garantizar a los niños, especialmente a aquellos en situación de abandono, el derecho fundamental a tener una familia; (ii) que hacer parte de una familia es condición de posibilidad para el ejercicio de otros derechos fundamentales de los menores; (iii) que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia se puede hacer efectivo brindándoles cualquiera de los tipos de familia que se encuentran constitucionalmente reconocidos, bien sea de aquellas conformadas por vínculos jurídicos, de las que surgen por vínculos naturales, o de las que se conforman por la voluntad responsable de sus integrantes²⁶⁴; y finalmente, (iv) que impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar para el desarrollo integral y armónico de los menores no solo vulnera su derecho a tener una familia sino que compromete otros derechos fundamentales²⁶⁵.

Con estas premisas, no resulta constitucionalmente válido excluir a los menores de la posibilidad de ser adoptados por parejas del mismo sexo que conforman una familia y cumplen los requisitos para brindarles un entorno adecuado para su crecimiento integral. En otras palabras, privar a niños que carecen de un hogar estable de la posibilidad –de por sí altamente restringida– de hacer parte de una familia con el único argumento de que está integrada por una pareja del mismo sexo, a pesar de que se acreditan las condiciones para

²⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-1017 de 2012.

²⁶⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-292 de 2004, T-397 de 2004, T-466 de 2006, C-577 de 2011 y T-606 de 2013, entre otras.

²⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

brindarles un entorno idóneo para su desarrollo armónico e integral, implica generar un déficit de protección que compromete su derecho a tener una familia y con ello el principio de interés superior del menor, que es en últimas el criterio que debe imperar en esta clase de decisiones.

Como ya fue reseñado, la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo integral. En esa medida, no existe un criterio objetivo y razonable para restringir a los menores en situación de orfandad el derecho a tener una familia, o limitarlo únicamente a aquellas integradas por un hombre y una mujer.

Negar a un menor en situación de abandono la posibilidad de hacer parte de una familia conformada por una pareja del mismo sexo, que está en capacidad y desea brindarle las condiciones para garantizar su desarrollo armónico e integral (amor, cuidado, apoyo, educación y demás aspectos relacionados con su crianza y el ejercicio pleno de sus derechos), no solo carece de fundamento constitucionalmente válido sino que implicaría obstaculizar la realización de su derecho a tener una familia, generando un déficit en su protección del principio de interés superior del menor.

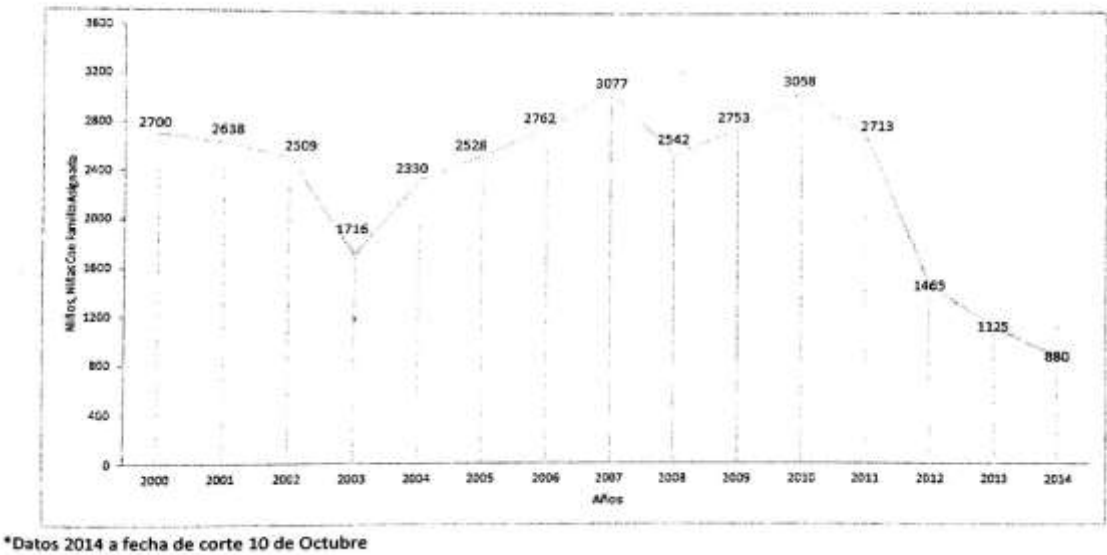
En el Lineamiento Técnico para Adopciones del ICBF²⁶⁶ se indica que los profesionales a cargo del proceso de adopción, tanto del ICBF como de las Instituciones Autorizadas para la Adopción -IAPAS-, deben orientar a las personas que desean adoptar sobre las reglas de adopción y procurar que estas comprendan que siempre prevalece el interés superior del niño, niña o adolescente. El Programa de Adopciones del ICBF ha sido diseñado principalmente para responder a la necesidad de que los menores crezcan en una familia garante de sus derechos. Con el fin de atender eficazmente las demandas de la población en las condiciones actuales del país se han intensificado algunos cambios al interior de dicho Programa. Por ello, según explica el documento, la Subdirección de Adopciones focalizó estrategias para dar respuesta a la real situación de los menores en declaratoria de adoptabilidad con características y necesidades especiales²⁶⁷.

No obstante lo anterior, la entidad presenta una gráfica que muestra la insuficiencia o el déficit actual de adopción en Colombia. En ella se indica la variación de adopciones entre los años 2000 y 2014, evidenciado que desde el 2010, cuando se presentaron 3.058 menores con familia asignada, ha venido disminuyendo significativamente la cifra, de tal forma que en los años 2011, 2012, 2013 y 2014 (con fecha de corte a 10 de octubre), 2.713, 1.465, 1.125 y 880 menores, respectivamente, contaron con una familia asignada, según se ilustra a continuación:

²⁶⁶ Expedida mediante la Resolución 3748 de 2010 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

²⁶⁷ Esto es, grupos de 3 o más hermanos, 2 hermanos donde el mayor tenga más de 8 años, niños mayores de 8 años y niños de cualquier edad con discapacidad física, mental o enfermedad permanente.

Gráfica 1. Variación adopciones años 2000 al 2014.



De igual forma, el ICBF anexa una tabla estadística según la cual actualmente están a la espera de una familia un total general de 5.439 niños:

Tabla 3. Descripción Población en espera de una familia adoptante.

RANGOS DE EDAD	Señal/Discapacidad	Edad	Grupo Hermanos	TOTAL	
0 a 2 años	43	0	4	47	16%
3 a 4 años	105	0	20	125	
5 a 6 años	148	0	30	178	
7 a 8 años	180	0	62	242	
9 a 10 años	219	20	141	380	
11 a 12 años	325	164	238	727	
Sub total < 12 años	1.020	184	495	1.699	36%
13 a 14 años	352	654	263	1.309	
15 a 16 años	344	965	209	1.518	
17 < 18 años	214	622	77	913	
Sub total < 18 años	910	2.281	549	3.740	48%
Sub total > 18 años	2.103	2.714	205	5.022	
TOTAL GENERAL	4.033	5.179	1.249	10.461	84%

*Datos 2014 a fecha de corte 10 de Octubre
Fuente: Subdirección de Adopciones ICBF.

Esta es una muestra representativa que deja en evidencia el déficit de adopción actual de los menores en Colombia, puesto que de los datos suministrados es posible constatar que para el 2014 alrededor de 5.439 niños, niñas y adolescentes (incluidos menores de 12 y de 18 años) se encontraban a la espera de una familia adoptante, mientras en ese mismo año solamente 880 menores contaron con una familia asignada.

Así las cosas, la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción comporta un déficit de protección de los derechos de los menores que se encuentran en situación de orfandad, por cuanto si se acreditan dadas las condiciones para hacer parte de una familia su

derecho se verá frustrado sin que exista una razón que lo justifique, distinta a la mera condición sexual de los adoptantes.

En concepto de la Corte, reconocer que como familia constitucionalmente protegida las parejas del mismo sexo pueden participar en procesos de adopción, por supuesto si cumplen con los requisitos que prevé la ley para asegurar su formación integral, de ninguna manera supone hacer “*experimentos de ingeniería social con los niños en situación de vulnerabilidad*”, como lo sostiene el Jefe del Ministerio Público. Por el contrario, empíricamente se ha demostrado que sí es posible llevar a cabo ese tipo de adopción sin afectar o poner en riesgo el interés superior del menor. Punto en el cual la Corte remite nuevamente a lo señalado en acápites precedentes, donde se explicó que la evidencia científica mayoritaria, sustentada en numerosas investigaciones empíricas, coincide en afirmar que la presencia de padres del mismo sexo en el núcleo familiar no afecta el interés superior del menor, su bienestar, salud física o mental, ni en general su desarrollo armónico e integral. En la misma dirección se encaminan las medidas legislativas de otros Estados, así como las decisiones de tribunales internos e internacionales, en donde siempre se ha tenido en cuenta la primacía de los derechos de los menores y la evidencia científica acopiada.

10.- Constitucionalidad condicionada de las normas demandadas

Como corolario de lo anterior la Corte encuentra que no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 CP).

Sin embargo, la declaratoria de inexecutable de las expresiones acusadas eliminaría a todos los “*compañeros permanentes*” (del mismo o diferente sexo) de la posibilidad de participar en procesos de adopción, lo que obviamente conduciría a una situación aún más gravosa para los niños en situación de abandono. En consecuencia, la respuesta constitucional adecuada consiste en declarar la exequibilidad condicionada de las normas objeto de control, es decir, de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 2º, 3º y 5º) de la Ley 1098 de 2006, “*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, en el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

Aunque algunos intervinientes sostienen que esta decisión no debe ser adoptada por la Corte Constitucional, ya que es el Congreso de la República el

foro democrático en el cual han de ser resueltas las controversias de esta naturaleza, la Sala no comparte esa respetable postura.

En la historia del Estado moderno la legitimidad de algunas decisiones de los jueces ha sido objeto de debate. Se ha reclamado que aquellas que son de alto interés para la sociedad se adopten por los órganos con mayor ascendente democrático, esto es, los parlamentos. De ahí que Montesquieu dijera, en una celeberrima cita, que los jueces deben ser simplemente la boca muda que pronuncia la palabra de la ley (hecha por el parlamento, cabría agregar).

Los jueces, aunque actúen en tribunales colegiados como esta Corte, han sido vistos con recelo y se les ha acusado, al no ser elegidos por el mecanismo directo del voto popular, de carecer de competencia para tomar algunas determinaciones, en especial en el ejercicio del control constitucional. Esto es lo que se ha denominado “*la dificultad contramayoritaria*”²⁶⁸, según la cual los jueces no tienen legitimidad democrática para controlar los actos de otros poderes que sí la tienen, como el Parlamento o el Presidente²⁶⁹. Sin embargo, es de destacar que en múltiples ocasiones el juego democrático que se da en los foros parlamentarios y que se ciñe a la regla de la mayoría excluye el reconocimiento de derechos de ciertos grupos o sectores de la población, por lo general sin representación política significativa, lo que en buena medida justifica el control constitucionalidad como forma de fortalecer los derechos, en especial de las minorías²⁷⁰.

La labor del juez en esos casos, en un Estado constitucional como el que se reconoce en Colombia, consiste en equiparar las cargas y restablecer el goce de los derechos que evidencie en amenaza o vulneración. Recuérdese que los jueces cumplen, dentro de sus múltiples funciones, la de proteger los derechos, en especial de los grupos especialmente vulnerables; entre ellos de los niños en situación de adoptabilidad que, por el marco normativo actualmente existente, no han podido ser admitidos en una familia.

²⁶⁸ Alexander Bickel, “The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics”. Bobbs-Merrill, 1962, p.16. Ver también, entre muchos otros autores: John Hart Ely, “Democracy and Distrust” (Democracia y Desconfianza). Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1980; Eduardo García de Enterría, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Madrid, Civitas, 1985, p.157-196; Lawrence Sager, “Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice” (Justicia de civil. Una teoría de la práctica constitucional de Estados Unidos). New Haven: Yale University Press, 2004; Ronald Dworkin, “Justice for Hedgehogs” (Justicia para erizos). Harvard University Press, 2011; Carlos Alberto Agudelo Agudelo, “La democracia de los jueces”. Bogotá, Leyer, 2015.

²⁶⁹ Por ejemplo Ely reseña la cuestión en los siguientes términos: “De allí que la principal función, que constituye al mismo tiempo el problema principal del control constitucional: un cuerpo que no es electo ni es políticamente responsable de otra manera significativa, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como desean. Esto puede o no ser deseable, dependiendo de los principios a los que se recurra para justificarlo”. John Hart Ely, “Democracia y Desconfianza” (Trad. Magdalena Holguín). Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre editores, 1997, p.23.

²⁷⁰ “Volvemos, finalmente, a la gran cuestión –hoy vieja y gastada en Estados Unidos, pero de creciente importancia en otros lugares– de si el control de constitucionalidad es antidemocrático. (...) El control de constitucionalidad bien puede ser menos necesario en naciones donde las mayorías estables tienen un sólido historial de protección de la legitimidad de su gobierno mediante la identificación y el respeto adecuados de los derechos de individuos y minorías. Por desdicha, la historia saca a la luz pocas naciones así, aun entre las democracias maduras (...)”. Ronald Dworkin, “Justicia para Erizos”. México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p.480 y 483.

Para corregir el déficit de protección de los menores de edad en estado de adoptabilidad se pueden explorar al menos dos vías: que intervenga el Congreso de la República mediante la aprobación de una ley en la cual se supere dicha falencia; o que la Corte, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, defina el alcance de la legislación vigente y la haga compatible con la Constitución y las normas que se integran a ella.

¿Puede entonces la Corte Constitucional renunciar a proteger el interés superior del niño y, en su lugar, limitarse a esperar una intervención del Legislador?. La respuesta a esta interrogante es negativa. Cuando la determinación del Tribunal implica una mejor garantía en el ejercicio de los derechos, especialmente de aquellos que tienen una protección constitucional reforzada, esta resulta inaplazable y no puede condicionarse a la decisión de otros órganos; debe ser de tal índole que logre una garantía efectiva e inmediata sobre el grupo vulnerable, en este caso los menores en situación de adoptabilidad.

La Corte incumpliría entonces la función asignada por el Constituyente, y por ello del más alto origen democrático²⁷¹, si se limitara a exhortar al Legislador para superar el déficit de protección advertido para un segmento de la población particularmente vulnerable.

En el caso colombiano, por lo demás, 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. Todo lo contrario²⁷². Además –solo a manera indicativa– una reciente encuesta elaborada por la Misión de Observación Electoral²⁷³ 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 menos, que la forma de superar el déficit de protección de los menores en situación de abandono,

²⁷¹ “El argumento jacobino, que finge escándalo ante la posibilidad de una decisión judicial sobreponiéndose a una voto mayoritario de la Asamblea, representante de la voluntad general, es no solo claramente sofístico, sino negador del concepto mismo de Constitución. Esta es la obra del poder Constituyente y como tal superior al poder legislativo ordinario, que sólo puede organizarse como tal en virtud de la Constitución misma (...). Pero hay otro matiz importante en el argumento ‘contramayoritario’, y es el tema de la libertad. La libertad y los derechos fundamentales intentan definir un límite al poder, por de pronto, y en este sentido consagran un verdadero *ius resistendi*. Si la Constitución los consagra, es obvio que una mayoría parlamentaria ocasional que los desconozca o los infrinja, lejos de estar legitimada para ello por el argumento mayoritario, estará revelando su abuso de poder, su posible intento de postración o de exclusión de la minoría. La función protectora del Tribunal Constitucional frente a este abuso, anulando los actos legislativos atentatorios de la libertad de todos o de algunos ciudadanos, es el único instrumento eficaz frente a ese atentado (...). Eduardo García de Enterría, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Madrid, Civitas, 1985, p.189-190.

²⁷² En efecto, de acuerdo con información remitida por el Secretario General del Senado, “una vez revisados los libros radicadores de leyes y proyectos de ley (...) se encontró que a la fecha no existe disposición que regule, de manera sistemática y organizada los derechos de las parejas del mismo”. Añade que el “Proyecto de Ley No. Senado: 47/12 acumulado 101/12, 67/12C, 101, 113/12C, F. Radicado: 31 julio 2012 ‘por medio de la cual se regula la unión civil entre personas y se dictan otras disposiciones’ (parejas del mismo sexo), cuyos autores fueron los congresistas Armando Benedetti Villaneda y Alfonso Prada, fue archivado en plenaria de Senado. Folio 242 expediente principal.

²⁷³ Ver: <http://moe.org.co/prensa/comunicados-de-prensa/458-comunicado-de-prensa-11-03-2015>

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.

Por último, 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 realidad²⁷⁴ sino enfrentando sus desafíos. En este sentido debe recogerse la intervención del Ministerio de Salud y 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”*.

Antes que desconocer dicha realidad, lo que se requiere es implementar programas de educación en la diversidad sexual y de género y adoptar políticas que equiparen las condiciones para el ejercicio de los derechos, no solo de esas familias sino de los menores en condición de adoptabilidad. Pero lo que definitivamente no puede aceptarse es que la orientación sexual de una persona se confunda con su falta de idoneidad para adoptar. Y en cuanto al interés superior del niño, lo que queda claro es que debe ser examinado caso a caso de acuerdo con las condiciones de cada individuo y de cada potencial familia adoptante, eso sí con independencia del sexo y de la orientación sexual de sus integrantes.

También es preciso aclarar que con ello la Corte no pretende autorizar de manera directa la adopción para estas parejas, ni mucho menos fijar un estándar o un parámetro en los procesos de adopción. Lo que para esta Corporación resulta incompatible con la Carta es restringir genéricamente la adopción a las parejas del mismo sexo, en tanto dicha prohibición no cuenta con una justificación constitucionalmente válida.

Por eso, como todo proceso de adopción debe estar siempre dirigido a garantizar el interés superior del niño y el restablecimiento de sus derechos, será deber del Estado verificar en cada caso si se cumplen los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y la idoneidad de la familia adoptante, de tal forma que esta brinde la estabilidad socioeconómica y un ambiente de respeto, amor y bienestar para el menor

VII.- DECISIÓN

²⁷⁴ Profamilia señaló que según los resultados de la encuesta LGTB sobre sexualidad y derechos realizada en Bogotá en 2007, existe un 11,5% de personas homosexuales que tienen hijos, la mayoría a partir de relaciones heterosexuales (71,8%), y que las personas LGTB también afirmaron tener hijos de crianza e hijos adoptados legalmente (3,1%), lo que demuestra que la idoneidad de las personas para criar hijos no se ve comprometida por la orientación sexual de los padres. Por su parte, la interviniente del Grupo de apoyo a mamás lesbianas, a partir de las experiencias del colectivo que representa, puso de presente cómo “los homosexuales en este país ya tenemos hijos e hijas, les estamos criando y nuestros hijos van a la escuela”.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones impugnadas de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3º y 5º) de la Ley 1098 de 2006, *“por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”*, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*, **bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.**

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta (E)

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada (E)
Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Ausente

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General

ANEXO -CONCEPTOS CIENTÍFICOS-

Mediante auto del 24 de febrero de 2015, el Magistrado Sustanciador dispuso el traslado de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas dentro del expediente D-10315. En aquel asunto la Corte solicitó a las facultades de sociología, psicología, salud pública, ciencias de la salud y medicina de algunas universidades del país, así como al Ministerio de Educación, al Ministerio de Salud y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que presentaran un concepto científico en relación con el efecto que sobre los menores de edad podría tener el hecho de ser adoptados por parejas de un mismo sexo.

En aras de brindar mayor claridad sobre el asunto mencionado, se presenta una reseña de la totalidad de los conceptos allegados.

1.- Ministerio de Salud y Protección Social

El director jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social pone de presente a la Corte que *“no existe evidencia de que la adopción por parejas del mismo sexo genere riesgo para la salud física o mental de los menores”*.

Explica que *“la literatura relevante sobre la materia indica que no existen riesgos para la salud o el bienestar de los menores de edad derivados de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Por el contrario, la orientación sexual de los padres es, en general, indiferente para el desarrollo cognitivo y social de los menores. Adicionalmente, en muchos casos -como en la adopción de menores de alto riesgo- puede contribuir a su bienestar”*.

Añade que de acuerdo con la Academia Americana de Pediatría²⁷⁵, *“la literatura disponible en más de 30 años de investigación, indica que no existen efectos en la salud y el bienestar de los menores derivados de la orientación sexual de sus padres”*. Aclara que el bienestar de los menores se ve más afectado por otros aspectos como la ausencia de soporte social y económico en la familia, o las malas relaciones entre menores y padres, *“las cuales nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres”*.

De igual forma, precisa que de acuerdo con esa misma literatura, *“los menores sufren mayor afectación en su bienestar por las disparidades legales y el estigma que puede derivarse de normatividades restrictivas para las parejas del mismo sexo”*. Refuerza esta parte de la intervención con la investigación realizada por la Facultad de Educación de la Universidad de Ámsterdam en relación con los estudios empíricos publicados entre 1978 y 2003 sobre familias conformadas por parejas de dos mujeres²⁷⁶. Según explica, en ella se

²⁷⁵ American Academy of Pediatrics. Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health. Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian. Pediatrics 2013 Apr; 131(4):e1374-83. doi: 10.1542/peds.2013-0377. Epub 2013 Mar 20. Cita de la intervención.

²⁷⁶ Bos HML. van Balen F, van den Boom DC. Lesbian families and family functioning: an overview. Patient Educ. Couns. 2005 Dec; 59(3):263-75.

demostró que los posibles efectos de la salud de los menores pertenecientes a estas familias estaban más relacionados con el estigma de las relaciones entre dos mujeres que con el hecho de que fueran dos mujeres las cabezas de familia.

Justamente por ello, continúa el Ministerio de Salud, *“la Academia Americana de Pediatría ha sugerido en varias oportunidades que el bienestar de los menores de edad se beneficiaría de la legalización de los matrimonios de parejas del mismo sexo y la adopción de parejas dispuestas y capaces para esa tarea, independientemente de su orientación sexual”*.

Concordante con lo anterior, recuerda que en otro meta análisis de la literatura existente, llevado a cabo por la Facultad de Psicología de la Universidad de Birkebeck²⁷⁷, se concluyó que los procesos de ajuste en el desarrollo de los menores eran similares para menores con padres homosexuales y con padres heterosexuales. Igualmente, destaca que otro estudio elaborado por la Universidad de California encontró que la adopción por parejas del mismo sexo contribuye a mejorar el bienestar de los menores de edad tanto como la adopción por parejas homosexuales²⁷⁸.

El Ministerio aclara que las anteriores *“son conclusiones recurrente y relativamente pacíficas en los estudios clínicos y no clínicos y los metanálisis en la materia”*²⁷⁹. Por el contrario, añade, *“no existe evidencia independiente y de buena calidad que indique que pueden existir riesgos para la salud y el bienestar de los menores de edad derivada de la adopción o crianza por parejas del mismo sexo”*. Con fundamento en todo lo anterior concluye:

“1. No se han identificado riesgos para la salud y el bienestar de los menores de edad derivada de la adopción de parejas del mismo sexo. El desarrollo cognitivo y emocional de los menores de edad es similar en parejas heterosexuales y homosexuales.

2. El único factor diferenciador en el bienestar de menores adoptados o criados por parejas del mismo sexo está en el estrés y las dificultades que pueden causar las restricciones legales y el estigma.

3. El Sistema General de Seguridad Social en Salud cuenta con un conjunto de herramientas y coberturas para atender las necesidades en

²⁷⁷ Tasker F. Lesbian mothers, gay fathers, and their children: a review. J Dev Behav Pediatr. 2005. Jun; 26(3):224-40.

²⁷⁸ Lavner JA1, Waterman J, Peplau LA. Can gay and lesbian parents promote healthy development in high-risk children adopted from foster care? Am J Orthopsychiatry. 2012 Oct;82(4):465-72. doi:10.1111/j.1939-0025.2012.01176.x

²⁷⁹ Al respecto el interviniente señala lo siguiente: “Con conclusiones en el mismo sentido ver; Hunfeld JA. Child development and quality of parenting in lesbian families: no psychosocial indications for a-priori withholding of infertility treatment. A systematic review. Hum Reprod Update. 2002 Nov-Dec;8(6):579-90., Fauser BC, de Beaufort ID, Passchier JP; Scand J Psychol. 2002 Sep;43(4):335-51; Anderssen N1, Amlie C, Ytteroy EA. Outcomes for children with lesbian or gay parents. A review of studies from 1978 to 2000. Pediatr Rev. 1994 Sep;15(9):354-8; quiz 358; Gold MA1, Perrin EC, Futterman D, Friedman SB. Children of gay or lesbian parents; Patterson CJ Children of lesbian and gay parents. Child Dev. 1992 Oct;63(5):1025-42

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”.

2.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El Subdirector de Adopciones de la Dirección de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar conceptúa que *“no se evidencian situaciones que afecten el desarrollo integral de un niño, niña o adolescente, desde la perspectiva de las ciencias de la salud, ni tampoco existen evidencias científicas que la orientación sexual de los padres sea factor que incida negativamente en el desarrollo del niño”*. Por el contrario, pone de presente la necesidad de que *“desde el Estado se den alternativas que permitan la prevención de posibles circunstancias que incidan negativamente en la esfera psicológica, social y en el proceso de adaptación del niño, niña o adolescente al medio familiar que lo ha adoptado, con el fin de que la adopción cumpla su finalidad como medida de restablecimiento de derechos permanente por excelencia”*.

Para emitir el anterior concepto, el ICBF fija de manera preliminar un marco conceptual sobre la adopción y explica que, según el Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia, se trata de una medida de protección para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuyo objetivo principal *“es la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y su capacidad para un ejercicio pleno de derechos”*.

Bajo ese entendido, resalta que lo que le interesa al ICBF en lo concerniente al requisito de idoneidad dentro del proceso de adopción, es *“evaluar las capacidades de los padres para mantener una relación afectiva y estable, para ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite el desarrollo equilibrado y armónico, que el adoptante cuente con las condiciones socioeconómicas y culturales garantistas para construir la identidad personal, social y cultural de los niños, niñas o adolescentes”*.

Precisa que la distinción basada específicamente en la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, según lo ha establecido la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Constitucional²⁸⁰, y por ello, el Lineamiento no hace una diferenciación en cuanto a la orientación sexual de los solicitantes de adopción. Al contrario, la indagación se basa en requisitos legales, condiciones de orden psicológico, social y médicos para atender las características de los menores.

²⁸⁰ Sobre ese punto el interviniente cita lo siguiente: *“La Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita en la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de las autoridades o por particulares, pueden disminuir, restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”*. CILLERO BRUÑOL, Miguel. Infancia, Autonomía y Derechos. Una cuestión de principios. Versión virtual. www.iin.oea.org P.9.

En concordancia con lo anterior, se remite a su intervención en el marco que llevó a la expedición de la sentencia C-710 de 2012, donde expuso que la orientación sexual *“no es un factor a analizar en la solicitud de adopción y que no se puede tener en cuenta especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales así como preferencias culturales respecto a concepciones tradicionales de familia, ni la orientación sexual del solicitante”*.

Luego de hacer unas consideraciones sobre los tipos de adopción²⁸¹ y del estado actual del Programa de Adopción en Colombia²⁸², el ICBF aborda el concepto del desarrollo infantil desde las perspectivas psicológica y de la salud²⁸³, y de protección integral²⁸⁴. Sobre el estado actual del Programa de Adopción en Colombia, presenta diferentes tablas y gráficas para identificar la variación de las adopciones entre 2000 y 2014, e identifica los cambios que se han producido al interior de dicho programa desde su incorporación y la consecuente reorientación del mismo.

Por ejemplo, explicó que se vio la necesidad de reorientar el Programa con el fin de responder eficazmente a las demandas de la población y las condiciones actuales del país. Por ello, la Subdirección de Adopciones focalizó estrategias para dar respuesta a la real situación de los menores en declaratoria de adoptabilidad con características y necesidades especiales²⁸⁵, con el fin de incrementar las familias adoptantes para esos niños²⁸⁶.

²⁸¹ Al respecto señala: *“En Colombia la legislación establece que a través de la sentencia de adopción se extingue todo vínculo del niño, niña o adolescente con su familia de origen y una vez en firme es irrevocable, es decir la adopción está contemplada como un tipo de adopción plena. La diferencia entre una y otra categorización o tipo de adopción (simple o plena), se determina en cada Estado de manera particular por el ordenamiento jurídico en vigor. Básicamente la diferencia entre ambas se enmarca en 1) el análisis de la ruptura o del mantenimiento del vínculo de filiación con la familia de origen, o 2) la revocabilidad o la irrevocabilidad de la decisión de adopción”*. International Social Service ISS. (2007). Adopción Simple vs Adopción Plena. Las implicaciones jurídicas de la Adopción. Ficha 29. Enero del 2007.

²⁸² Lineamiento Técnico del Programa de Adopción. Pág. 11.

²⁸³ Con respecto a la perspectiva psicológica y de la salud acude a lo señalado por la Organización Mundial de la Salud, según la cual *“el desarrollo infantil es un proceso dinámico por el cual los niños y las niñas progresan desde un estado de dependencia de todos sus cuidadores en todas sus áreas de funcionamiento, durante la lactancia, hacia una creciente independencia en la segunda infancia (edad escolar), la adolescencia y la adultez”*.

²⁸⁴ Desde la perspectiva de la protección integral, explica, el desarrollo integral del niño *“involucra todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia. (García, E., 2007, pág. 110)”*. Según explica el ICBF, esta perspectiva tiene como enfoque el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes dependiendo de distintas áreas, así: *“(i) supervivencia, que incluye los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social y no participación en el conflicto armado; (ii) desarrollo: que incluye los derechos a la educación, cultura y recreación, nombre y nacionalidad, libertad de pensamiento, conciencia y religión; (iii) participación: que incluye los derechos a la libertad de expresión e información, opinión y asociación; y (iv) protección especial contra cualquier circunstancia que vulnere, amenace o en que se inobserven sus derechos fundamentales”*.

²⁸⁵ Esto es, grupos de 3 o más hermanos, dos hermanos donde el mayor tenga más de 8 años, niños mayores de 8 años y niños de cualquier edad con discapacidad física, mental o enfermedad permanente.

²⁸⁶ La tabla núm. 1 muestra el *“reporte de NNA (niños, niñas y adolescentes) al comité de adopciones a nivel nacional. Años 2011 a 2014”*, de la cual se extrae una mayor cantidad de NNA con características y necesidades especiales presentados al Comité de Adopciones (para 2014 fueron presentados al comité 380 NNA sin necesidades y características especiales -correspondiente a un 64.94%, en comparación con 770 con características y necesidades especiales).

A partir de lo anterior, realiza un análisis interdisciplinario sobre los efectos que para el desarrollo integral de un menor podría tener el ser adoptado por parejas de un mismo sexo:

a) *Desde el área de sicología.* Resalta que en este campo existe abundante evidencia recopilada durante tres décadas de investigaciones extranjeras que muestran que *“el ajuste de niños, niñas y adolescentes que son criados por personas homosexuales no es diferente de los que crecen con familias heterosexuales (Asociación Psicológica Americana, 2005)”*²⁸⁷.

Señala que, progresivamente, en diferentes países se ha modificado la legislación para permitir la custodia y/o en algunos casos la adopción de niños y niñas por parte de parejas del mismo sexo²⁸⁸, avances que en su mayoría se han sustentado en los estudios que a nivel internacional se han elaborado desde diferentes disciplinas, principalmente la sicología. Sobre el caso colombiano, pone de presente que existen algunas investigaciones que concluyen sobre la necesidad de explorar mayores garantías jurídicas y sociales en esta materia²⁸⁹.

Al analizar las diferentes tipologías familiares y la probabilidad de que sean víctimas de agresión sexual, el ICBF encuentra que *“no existe soporte científico desde el desarrollo infantil para afirmar que existen diferencias o afectaciones en los niños al ser adoptados por parejas del mismo sexo, y que las agresiones sexuales en su mayoría se reportan en medios familiares heterosexuales”*. Para mayor ilustración, hace referencia específica a ciertos estudios científicos sobre este asunto, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

(i) Meta análisis de Crawl, Ahn & Baker (2008)²⁹⁰. Los resultados indican que no existen diferencias significativas en el desarrollo cognitivo de los niños y niñas criados por parejas del mismo sexo versus aquellos que son criados por padres heterosexuales. Al contrario, indica, *“se encontró que existe una variación significativa a favor de los padres del mismo sexo, puesto que estos*

²⁸⁷ Asociación Psicológica Americana. (2005). Lesbian and Gay Parenting. A Joint Publication of the American Psychological Association's (APA). Committee on Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns (CLGBC); Committee on Children, Youth and Families (CYF); and Committee on Women in Psychology (CWP).

²⁸⁸ El interviniente los sintetiza de la siguiente manera: *“Países como Canadá, Sudáfrica, Suecia, España, Reino Unido, Andorra, Bélgica, Irlanda, Noruega, Nueva Zelanda, Francia, Israel y Luxemburgo se encuentran abiertos en todo su territorio para la adopción indeterminada y determinada. Para Latinoamérica, en México, Uruguay, Brasil y Argentina, se encuentran avances en su legislación hacia la incorporación de la adopción indeterminada y determinada. (...) En otros casos existen países que permiten la adopción homoparental en determinadas circunstancias y en algunos territorios, por ejemplo en los Estados Unidos de Norteamérica y en Australia”*.

²⁸⁹ Hace referencia a académicos e investigadores de las Universidades Nacional, Andes, del Valle, Caldas, Antioquia, del Norte, entre otras, que se han ocupado del tema. Así mismo, cita como primeras experiencias de adopción por parte de parejas homosexuales los casos conocidos por la Corte Constitucional en las sentencias T-276 de 2012 y SU-617 de 2014 (para la adopción del hijo del cónyuge).

²⁹⁰ Crawl, A., Ahn, S., & Baker, J. (2008). A Meta-Analysis of Developmental Outcomes for Children of Same-Sex and Heterosexual Parents. Journal Of Glt Family Studies. Vol. 4(3). doi: 10.1080/15504280802177615.

reportaron tener una relación afectiva significativamente mejor con sus hijos e hijas que los padres heterosexuales”.

(ii) Tasker (2005)²⁹¹. Realizó un estudio comparativo entre madres lesbianas divorciadas y madres heterosexuales divorciadas, encontrando que los hijos de las primeras perciben como “segunda mamá” a la nueva pareja, mientras que los hijos de las segundas perciben al hombre (nueva pareja) como un “intruso”; de manera que las relaciones de los niños y niñas con las parejas lesbianas fueron más positivas que con parejas heterosexuales.

(iii) Allen & Burrell (1996²⁹² y 2002²⁹³); Anderssen, Amlie & Ytteroy (2002)²⁹⁴ y Lambert (2005)²⁹⁵. Compararon padres homosexuales con padres heterosexuales encontrando que “los resultados negativos en el ajuste psicológico y en el desarrollo negativo de los niños y niñas en general no son producto ni están relacionados con la orientación sexual de los padres”.

(iv) Menciona además que “la Academia Americana de Pediatría concluye en una investigación realizada en 2013, que existen muchos factores de riesgo que afectan el desarrollo integral de los niños y las niñas, como la pobreza, desordenes psicológicos de los padres, divorcio de los padres, violencia intrafamiliar”, y que su bienestar se ve afectado “mucho más por las relaciones con sus padres, las competencias parentales de estos, la seguridad que les brindan y la presencia de apoyo social y económico de la familia, que por el género u orientación sexual de sus padres”.

(v) Wainwright & Patterson (2008)²⁹⁶. Realizaron un estudio comparativo entre 44 adolescentes criados por familias heterosexuales y 44 criados por parejas de lesbianas, arrojando como resultado que no existen diferencias en los niveles de estrés, ansiedad, depresión y desempeño escolar de los adolescentes de ambos grupos. El bienestar y el ajuste de estos últimos no se asocian con el tipo de familia (homosexual o heterosexual) y en ambos casos los adolescentes afirmaron tener relaciones cercanas con sus padres.

(vi) Buil, García-Rubio, Lapastora & Rabasot (2004)²⁹⁷. Concluyeron que “(i) lo que más influye en la crianza de los hijos y en su adecuado desarrollo psicológico es la falta de conflictos familiares más que el sexo de sus padres;

²⁹¹ Tasker, F. (2005). *Lesbian mothers, gay fathers, and their childrens: A review*. Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics, 26(3), 224-240.

²⁹² Allen, M., & Burrell, N. (1996). *Comparing the impact of homosexual and heterosexual parents on children: Meta-analysis of existing research*. Journal of Homosexuality, 32, 19-35.

²⁹³ Allen, M., & Burrell, N. (2002). *Sexual orientation of the parent: The impact of the child*. Interpersonal communication research: Advances through meta-analysis (pp. 125-143). Mahwah, NJ: USum Associates Publishers.

²⁹⁴ Anderssen, N., Amlie, C., & Ytteroy, E.A. (2002). *Outcomes for children with lesbian or gay parents: A review of studies from 1978 to 2000*. Scandinavian Journal of Psychology, 43(4), 335-351.

²⁹⁵ Lambert, S. (2005). *Gay and lesbian families: What we know and where to go from here*. The Family Journal: Counseling and Therapy for Couples and Families, 13(1), 43-51.

²⁹⁶ Wainwright JL, Patterson CJ. *Delinquency, victimization and substance abuse among adolescents with female same-sex parents*. Journal Family Psychol. 2006; 20 (3): 526-530.

²⁹⁷ Buil, E., García-Rubio, E., Lapastora, M., & Rabasot, M. (2004). La adopción por homosexuales. Anuario de psicología jurídica, volumen 14. Págs. 81-88.

(ii) no parece haber relación entre la orientación sexual del padre y la del hijo; (iii) no hay diferencia entre madres/padres homosexuales y madres/padres heterosexuales, dando todos ellos mayor importancia y relevancia en sus vidas a la paternidad más que a su orientación sexual; y (iv) estadísticamente el porcentaje de homosexuales, no es más alto en los hijos de padres del mismo sexo que en los hijos de heterosexuales”²⁹⁸.

Por otro lado, señala el concepto científico que la familia, como sistema de relaciones, se ha transformado y que el desconocimiento de los nuevos tipos de familia contribuye a que la sociedad opere bajo sistemas que no aceptan lo diferente. Tal desconocimiento, continúa, “*genera rechazo, temor y algunas distorsiones cognoscitivas con relación a la asociación que se hace entre el homosexualismo y la pedofilia*”. Al respecto, indica que no existe ninguna relación directa entre ser homosexual y pedófilo²⁹⁹ y que ninguna teoría bajo las cuales se estudian las causas que llevan a un individuo a cometer agresión sexual ha planteado que la orientación sexual sea un factor predictor para cometer ese delito.

Más adelante, el Subdirector de Adopciones hace referencia a las respuestas otorgadas por el Dr. David Brodzinsky frente a las características de la población infantil y adolescente que se encuentra en la actualidad en espera de una familia, quien señaló³⁰⁰:

“(...) Los hijos de padres gay y lesbianas no presentan un ajuste negativo en comparación con los de padres heterosexuales. Las áreas evaluadas incluyen (y no se restringen a estas) desarrollo cognitivo, ajuste escolar, ajuste psicológico, relaciones sociales, orientación sexual e identidad sexual. Estos niños, en algunas ocasiones, pueden ser molestados por sus pares por la orientación sexual de sus padres (tal como pueden experimentar otros niños por su raza, tamaño) pero las molestias por parte de otros no ocasionan graves dificultades en el ajuste. Si acaso existe alguna [diferencia] está en que las parejas homosexuales tienden a promover mayores valores de tolerancia y equidad que los padres heterosexuales

(...)

Existe evidencia que los padres y madres homosexuales con frecuencia adoptan niños con características especiales. No existe evidencia que estos niños tengan un ajuste diferente al que tienen con heterosexuales. El factor principal relacionado con los niños/as grandes consiste en su preparación; mientras más grande es el niño más consciente será del significado e implicaciones de tener dos padres o dos madres. (...) No existe información que respalde la creencia que los niños adoptados

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ Hace referencia a un estudio realizado por la Procuraduría General de la Nación en 2006, sobre el Sistema Penal Acusatorio – delitos sexuales y política pública, el cual muestra que solo el 2,70% de los indiciados por delitos sexuales presenta una tendencia homosexual versus el 91.80% de agresores con tendencia heterosexual.

³⁰⁰ El ICBF le realizó algunos interrogantes sobre el desarrollo integral del menor adoptado por una pareja del mismo sexo, así como los efectos en niños mayores de 8 años o en adolescentes

por parejas homosexuales estén en desventaja comparados con los adoptados por parejas heterosexuales (...) Las parejas homosexuales son padres altamente competentes y sensibles, no existen diferencias apreciables en la calidad de su parentalidad en comparación con sus pares heterosexuales”.

Por último, hace referencia a la necesidad de adecuación institucional para que la atención de los aspirantes adoptantes homosexuales reciban un trato sin visos discriminatorios, y de realizar investigaciones sobre la temática, así como promover estudios en la población colombiana sobre la homosexualidad y la crianza.

b) Desde el área de trabajo social. El concepto científico pone de presente, en primer lugar, que los hallazgos teóricos relacionados con la transformación de la familia evidencian la existencia de nuevos modelos, entre ellos el de la homoparentalidad. Para abarcar esta perspectiva lo hace a partir de tres conceptos:

(i) Roles parentales. Sobre este punto señala que *“la presencia de figuras heterosexuales en familias nucleares, extendidas y en familias recompuestas per se no garantizan el pleno desarrollo armónico de los niños, reflejado en los índices de maltrato, violencia y abuso sexual del cual son víctima los niños al interior de cualquiera de estas tipologías de familia”.*

(ii) Parentesco. Al respecto menciona que, en la mayoría de los casos, personas LGBTI nacieron y han crecido en hogares con figuras parentales heterosexuales, lo que quiere decir que *“la orientación sexual de los padres no es una variable que por sí misma determine o garantice el bienestar y desarrollo de los hijos, pero sí son determinantes la calidad de las relaciones al interior de la familia, la comprensión y compromiso de lo que realmente implica el cuidado de los hijos”.*

(iii) Entorno sociocultural. El Subdirector de Adopciones pone de presente que si bien la crianza al interior de la familia puede ser un ambiente protector, que ofrece al menor un adecuado y armónico desarrollo, *“se puede evidenciar la influencia que existe en el reconocimiento y normalización de estos modelos en los contextos sociales en los sistemas de pertenencia de la familia”.*

En ese sentido, explica, es posible evidenciar que la confrontación que puede vivenciar un niño al reconocer la diversidad de su modelo de familia puede generar inseguridad, angustia, temor, aislamiento. Sumado a ello, la construcción de vínculos homosexuales se percibe socialmente como un hecho antinatural, *“posiblemente originado desde la mirada biologicista del proceso de reproducción social, negando la posibilidad de interpretación del carácter humano que tiene fenómenos como el amor, la identidad de género y el desarrollo individual durante la crianza”.*

Sustentado en el concepto previamente reseñado, concluye lo siguiente:

- No existe un derecho a adoptar. Lo que constitucional y legalmente se protege es el derecho fundamental del niño, niña o adolescente en condición de adoptabilidad a tener una familia.
- Es responsabilidad del Estado generar políticas que garanticen la protección de los niños, niñas y adolescentes sin importar la orientación sexual de sus padres biológicos o adoptantes. En Colombia ya existen las familias homoparentales, por lo que es necesario *“establecer políticas que equiparen y reconozcan las condiciones para el ejercicio satisfactorio de los deberes y derechos de estos cuidadores, con el objetivo de incidir positivamente en los procesos de crianza y adaptación de los niños, niñas y adolescentes”*.
- El interés superior de los niños *“debe ser el estandarte de las instituciones del Estado y de la sociedad para procurar su cuidado integral y desarrollo armónico, más que el modelo de familia en sí mismo, es la garantía plena de sus derechos en el seno de una familia estable y segura”*.
- No existen en la intimidad familiar diferencias que permitan pensar que un modelo es mejor que otro; *“será considerada mejor para el niño aquella [familia] que cuente con habilidades, recursos capacidades y competencias para el adecuado ejercicio del rol parental que permita ofrecer una vida de expresividad donde puede recibir cuidados, educación y amor”*.
- La educación en la diversidad *“es una labor necesaria para ampliar la visión del mundo, modificar prejuicios que nos separan como sociedad, disminuir la violencia en todos los ambientes sociales, aprender a reconocer que la familia debe proveer a los hijos cuidados y educación en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, independientemente de la composición y parentesco”*.
- Es necesario que los servidores públicos tomen decisiones motivadas con fundamentos científicos, técnicos y jurídicos, en cuanto a la plena garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y la protección que el Estado debe a las familias, *“preservando con toda severidad los principios del pluralismo y diversidad que caracterizan a la sociedad colombiana”*.
- *“En el marco de las garantías que corresponden al debido proceso, con el más alto rigor científico y técnico e igualdad de condiciones, las familias o personas -nacionales o extranjeras- que realicen solicitudes de adopción, independientemente de su orientación sexual, se deben someter a una evaluación, objetiva y preparación para determinar el cumplimiento de los requisitos de idoneidad establecidos en el ordenamiento jurídico y normatividad en materia de adopción”*.

Finalmente, el Subdirector de Adopciones del ICBF solicita a la Corte Constitucional evaluar la posibilidad de entrevistar a un grupo de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en condición de adoptables. Lo anterior, con el fin de garantizar y materializar la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás, y su derecho a ser escuchados y tenerse en cuenta su opinión en toda decisión administrativa o judicial en que se encuentren involucrados. Para ello, pone a disposición de esta Corporación el apoyo técnico que se requiera para realizar tales entrevistas.

3.- Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia

El director del Departamento de Psicología de la Universidad Nacional allega los conceptos independientes de tres docentes sobre el tema debatido.

a) La psicóloga María Elvia Domínguez Blanco presenta el documento *“Desarrollo infantil y parejas del mismo sexo”*³⁰¹. Como primera medida, menciona que desde 1995 se ha negado sistemáticamente la adopción o custodia de menores a parejas homosexuales por parte del ICBF, bajo la argumentación de la conveniencia de la familia heterosexual, el desarrollo integral de la infancia y la moral social. Por ello, pretende con el documento que anexa confirmar que *“los estudios internacionales desde hace más de 25 años han demostrado que no existen diferencias significativas en el proceso de socialización, entre familias tradicionales y las conformadas por parejas del mismo sexo”*.

Menciona que existen diferentes ejercicios de maternaje y paternaje que no corresponden a los roles biológicamente asignados y que las familias, para sobrevivir, se han adaptado a las transformaciones económicas redistribuyendo las funciones de cuidado y proveeduría según la situación de cada núcleo familiar³⁰². Estos cambios, explica, *“han mostrado que se pueden desarrollar personalidades psicológicamente sanas en el contexto de una variedad de agrupamientos sociales y que la conformidad a una norma específica de ninguna manera es esencial para el bienestar de los niños. (Shaffer, 2000, p.256)”*. Para sustentar las anteriores consideraciones presenta estudios internacionales sobre el ajuste sicosocial de hijos de parejas del mismo sexo, la evaluación de los roles parentales y la socialización de género en familias homoparentales. A continuación se reseñan:

(i) Ajuste sicosocial de hijos de parejas de mujeres lesbianas y hombres gay. Sobre este punto cita el seguimiento longitudinal de seis años a parejas de lesbianas que tuvieron hijos por inseminación artificial³⁰³, cuyos resultados

³⁰¹ Indica que el mismo parte de las argumentaciones psicológicas desarrolladas en el concepto científico a favor de la adopción por parte de madres lesbianas y padres gays en Colombia solicitado por la Corte Constitucional a los programas de psicología en mayo de 2009, en el marco del proceso D-7415 de demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 1° de la Ley 54 de 1990.

³⁰² Martínez, I., & Bonilla, A. *Sistema sexo/género, identidades y construcción de subjetividad*. Valencia, Universitat de Valencia, 2000.

³⁰³ Realizado por Gartrell, Banks, Reed, Hamilton, Rodas & Deck, (2000). Citados en Álvarez, W. y Cabarcas, K. (2003). *Homosexualidad y familia*. Bogotá. Departamento de Psicología, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, trabajo de grado meritario.

mostraron que los hijos criados en ese contexto son en su mayoría sujetos sanos y socialmente ajustados³⁰⁴.

(ii) Evaluación de roles parentales por hijas o hijos de parejas lesbianas. Un primer estudio fue realizado con 24 familias lesbianas y 24 familias heterosexuales³⁰⁵, cuyos resultados indican, según se reseña, que *“no se encuentran diferencias significativas entre la evaluación que los niños hicieron de los roles asumidos por la madre heterosexual o madre biológica lesbiana y el padre heterosexual o madre no biológica lesbiana, en los dos tipos de familias”*. Otro estudio encontró que los hijos o hijas de madres lesbianas y padres heterosexuales poseen repertorios conductuales similares, especialmente en las áreas de funcionamiento intelectual y ajuste comportamental. Además no se evidenciaron diferencias de género³⁰⁶.

(iii) Estudios con parejas de hombres gay. Al respecto cita los planteamientos de la Asociación Americana de Psicología, en virtud de los cuales no se puede concluir que existen razones para preocuparse por el desarrollo infantil de niños y niñas que estén bajo custodia de hombres gay³⁰⁷.

(iv) Efectos en la socialización sexual de niños y niñas de parejas lesbianas y padres gay. Finalmente, hace referencia a que *“no existen diferencias entre niñas y niños educados por lesbianas y las y los educados por heterosexuales en cuanto a auto concepto, ansiedad, depresión, problemas de conducta y desempeño en áreas sociales (deportes, escolaridad y amistades), el uso de consejería psicológica, los reportes de hiperactividad en el aula de clase, dificultades emocionales, en la sociabilidad y el comportamiento en general”*³⁰⁸. Tampoco se encontró evidencia científica acerca del prejuicio sobre el efecto negativo en la identidad sexual de tener madres o padres homosexuales³⁰⁹.

b) El profesor Emilio Meluk manifiesta que *“según los estudios científicos analizados, no existen evidencias que permitan afirmar que la orientación sexual de los padres -madres lesbianas o padres homosexuales- interfieran en la salud mental y el bienestar de sus hijos cuando se les compara con aquellos que son criados por parejas heterosexuales. Las diferencias significativas*

³⁰⁴ En el estudio participaron 84 familias de las cuales permanecieron 61. El 87% de los niños se relacionaban adecuadamente con sus pares, el 47% sabían la orientación sexual de sus madres, el 58% compartían equitativamente las labores de crianza, en el 37% las labores de crianza eran asumidas predominantemente por la madre biológica. De igual forma, algunas madres mantenían a sus hijos en contacto con comunidades de algún grado de inclusión de personas homosexuales y otras preparaban a sus hijos para enfrentar la homofobia.

³⁰⁵ Vanfraussen, Ponjaert-Kristoffersen, Brussel, & Brewaeys, (2003). Álvarez, W. y Cabarcas, K. (2003). Homosexualidad y familia. Bogotá. Departamento de Psicología, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, trabajo de grado meritario.

³⁰⁶ Flaks, Fisher, Masterpasqua, & Joseph (1995) citado en Álvarez, W. y Cabarcas, K. (2003). Homosexualidad y Familia. Bogotá: Departamento de Psicología, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, trabajo de grado meritario.

³⁰⁷ Asociación Americana de Psicología. (2007). Pág. 5.

³⁰⁸ Erich et al (2005). Gay and lesbian adoptive families: An exploratory study of family functioning, adoptive child's behavior, and familial support networks, Journal of Family Social Work, 9, 17, 29-40.

³⁰⁹ *Ibidem*.

halladas están relacionadas con factores diferentes a la orientación sexual de los cuidadores”.

Para sustentar lo anterior acude a un informe realizado en 2011 por el Departamento de Psicología de la Universidad Nacional³¹⁰, en el cual se cita a la Asociación Americana de Psicología que reconoce que *“las madres lesbianas y los padres gays están en las mismas condiciones que las madres y los padres heterosexuales de proporcionar apoyo y ambientes saludables”*³¹¹ y que *“no se ha podido demostrar que los hijos y las hijas de parejas del mismo sexo se han afectado en su bienestar psicológico por la orientación sexual de sus padres (Herek, 2006)”*³¹².

Concluye su intervención aclarando que la experiencia clínica de quienes trabajan con niños y adolescentes de madres lesbianas y padres gays conciden en que *“son los prejuicios morales del entorno social que los rodea los que tienden a transformarse en factores negativos para la salud mental, el desarrollo armónico y el bienestar de esa población”.*

c) Por último, el profesor Eduardo Aguirre Dávila menciona que *“las características personales de los responsables de la crianza -sean padres biológicos, adoptantes, familiares o personas encargadas del cuidado de los niños- influye de diversas maneras y en diferentes formas en el desarrollo de los niños”*³¹³.

Específicamente sobre la crianza llevada a cabo por padres del mismo sexo, señala que la literatura muestra que, en principio, tiene los mismos efectos sobre el desarrollo del niño que aquella ejercida por padres heterosexuales³¹⁴.

No obstante, pone de presente que los resultados de otras investigaciones *“no demuestran de manera concluyente que el entorno del hogar proveído por madres lesbianas y padres gay sea similar al brindado por los padres heterosexuales, respecto al soporte y el desarrollo sicosocial de los niños”*³¹⁵. Al respecto, indica que existen algunas limitaciones en las investigaciones que apoyan las semejanzas en las implicaciones de la crianza brindada por padres

³¹⁰ María Elvia Domínguez Blanco, Daniel Verástegui Mejía. Concepto psicológico sobre el caso del Sr. XXX y los niños AAA y BBB, solicitado por la Sala Penal del Tribunal del Distrito de Bogotá. 18 de julio de 2011. Caso revisado y resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia T-276 de 2012.

³¹¹ Counsel for Amicus Curiae American Psychological Association (2007) Application for leave to file brief amici curiae in support of the parties challenging the marriage exclusion, and brief amici curiae of the American Psychological Association, California Psychological Association, American Psychiatric Association, National Association of Social Workers, and National Association of Social Workers, California chapter in support of the parties challenging the marriage exclusion. Los Angeles, Case N°. S147999 in the Supreme Court of the State of California.

³¹² Herek, G. (2006) Sexual Orientation: Science, Education and Policy. Revisado del Departamento de Psicología de la Universidad de California Davis, dir: <http://psychology.ucdavis.edu/rainbow/>

³¹³ Cabrera, Guevara y Barrera (2006), Darling y Westberg (2004), Davidov, Grusec & Wolfe (2012), McKinney, Milone & Renk (2011), Puyana (2006), Salazar, Botero & Torres (2009), Saunders, McFarland-Piazza, Jacobvitz, Hazen-Swann & Burton (2013).

³¹⁴ Al respecto, cita el trabajo “Lesbian and Gay Parenting” de la Asociación Americana de Psicología. 2005 y los estudios realizados por Erich, Kanenberg, Case, Allen & Bogdanos (2009).

³¹⁵ Marks, L. (2012). Same-sex parenting and children’s outcomes: A closer examination of the American Psychological Association’s brief on lesbian and gay parenting. Social Science Research 41, 735-751.

del mismo sexo y heterosexuales, asociados a la definición de las muestras, las cuales fueron pequeñas y definidas a conveniencia, al insuficiente análisis de las condiciones sociales y económicas y a la poca diversidad en las familias del mismo sexo que hicieron parte de los estudios.

Sustentado en lo anterior, concluye que *“de acuerdo con la evidencia se puede decir que el desarrollo de los niños se ve afectado principalmente por las características de los cuidadores (...) y que las semejanzas entre las familias de parejas del mismo sexo y las heterosexuales, respecto al desarrollo del niño no cuentan con una evidencia suficiente tal como lo indica el trabajo de Marks (2012) debido a las limitaciones encontradas en las diferentes investigaciones que sustentan tal semejanza”*.

4.- Departamento de Pediatría de la Universidad Nacional de Colombia

El Decano de la Facultad de Pediatría de la Universidad Nacional de Colombia remite el concepto realizado por varios docentes especialistas en pediatría sobre el asunto puesto a consideración.

De manera preliminar señalan que *“hasta hace pocos años, el contexto familiar colombiano estaba determinado por la presencia de hijos con padre y madre biológicos, unidos por un vínculo civil o religioso y con roles claros determinados por modelos de dominación del hombre sobre la mujer por una parte, y por la otra, por ideas religiosas que establecían que el padre era básicamente el proveedor del sustento y el ejecutor de la autoridad, mientras que la madre asumía las labores domésticas y la crianza de los hijos”*.

Sin embargo, mencionan, el país ha experimentado en las últimas décadas varias transformaciones influenciadas, entre otros, por el avance de la ciencia y la tecnología, así como por la globalización, viéndose afectado el ámbito familiar, los papeles de sus miembros y las formas de relacionarse entre ellos. Es así como en la actualidad, gran parte de los hombres y mujeres *“no buscan la conformación de matrimonios convencionales, las relaciones de la pareja son más horizontales, las decisiones son consensuadas y en los proyectos profesionales y personales hombres y mujeres asumen roles igualitarios de acuerdo más a sus propias necesidades que a adjudicaciones preestablecidas”*, y en cuanto a la forma de crianza de los hijos, indican, la misma ha tenido cambios *“que responden al permanente movimiento de las estructuras sociales”*.

Posteriormente, explican que existe una gran diversidad en la composición de las familias de acuerdo a su identidad cultural y racial, a su religión, a cómo se comunican, al tiempo que pasan juntos, entre otros aspectos³¹⁶. Desde el punto de vista sistémico, agregan, la familia es *“el espacio relacional donde ocurren acciones intensas y duraderas que dejarán una huella imborrable en la vida*

³¹⁶ Family Pediatrics. Report of the Task Force on the Family. American Academy of Pediatrics. Pediatrics 2003; 111; 1541-1571.

de todos sus miembros, principalmente los hijos”³¹⁷ y constituye “uno de los pilares de la identidad de la persona”³¹⁸. En el mismo sentido, señalan, la familia es considerada como “un sistema abierto que tiene múltiples intercambios con otros sistemas y con el contexto amplio en que se inserta, es decir que recibe y acusa impactos sociales, políticos, económicos, culturales y religiosos; la familia representa un modelo cultural en pequeño, en donde elabora su propia identidad a través de creencias, tradiciones y valores”.

Sostienen además que, teniendo en cuenta que la familia es un sistema en evolución, la no aceptación de los cambios y las posturas rígidas e inflexibles dificultan el desarrollo saludable del hijo/a. Por ello, consideran necesario entender la importancia de las relaciones familiares y sociales, especialmente durante los primeros años de vida, en tanto es el periodo sensible durante el cual se puede afectar la base biológica de un niño. En esa medida, “es más fácil entender que los niños necesitan de una familia predecible, que les provea unas relaciones basadas en el afecto y que sea fuente de apoyo y soporte, independientemente de su composición”.

Más adelante hacen referencia a la revisión efectuada por la Academia Americana de Pediatría APP, sobre los “*Efectos del matrimonio, Unión Civil y leyes en el bienestar de los niños*” publicado en Pediatrics 14 de mayo de 2014. En dicho documento se plantea que la discriminación respecto de las familias conformadas por parejas homosexuales, se basa en asumir que los padres son diferentes y que los niños no están bien, a pesar de que las investigaciones en las últimas tres décadas no han encontrado tales diferencias³¹⁹.

En esa línea, explican que según la AAP existe una amplia evidencia que demuestra que “a los niños criados por personas del mismo sexo, les fue tan bien como a los criados por parejas heterosexuales” y que más de 25 años de investigación han documentado que “no existe una relación entre la orientación sexual de los padres y el comportamiento emocional y sicosocial de los hijos”³²⁰.

³¹⁷ Nardone G, Giannotti E, Rocchi R. Modelos de familia. 2003 Barcelona: Herder.

³¹⁸ Baeza, S. El rol de la familia en la educación de los hijos. 2000, septiembre. [En línea]. Facultad de Psicología y Psicopedagogía de la USAL. <http://www.salvador.edu.ar/psi/publicaciones/ua1-9pub01-306.htm>. [2011, octubre 15].

³¹⁹ Los estudios referidos por el interviniente son: (i) Children raised in mother-headed families from infancy: a follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers, at early adulthood (Susan Golombok and Shirlene Badger. Human Reproduction, Vol. 25, No. 1 pp. 150-157, 2010); (ii) US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-year-old Adolescents (Nanette K. Gartrell Henry M.W. PEDIATRICS Volume 126. Number 1, July 2010); (iii) Adolescents with same-sex parents: Finding from the National Longitudinal Study of Adolescent Health (Charlotte J. Patterson and Jennifer L. Wainright University of Virginia. Chapter to appear in Brodzinsky, D., Eds. Lesbian and gay adoption: A new American reality. New York: Oxford University Press. November 7, 2007); (iv) Lesbian mothers, gay fathers, and their children: a review (Tasker F. J Dev Behav Pediatr. 2005 Jun; 26 224-40); (v) Co-parenting among lesbian, gay and heterosexual couples: associations with adopted children's outcomes (Farr RH1, Patterson CJ. Child Dev. 2013 Jul-Aug; 84(4): 1226-40); (vi) Whether a heterosexual mother or a homosexual father primary caretaking of children is a similar (Abraham E. et al. Father's brain is sensitive to childcare experiences Proct Natl Acad Sci USA 2014 May 27).

³²⁰ Indican que por esa razón la American Psychoanalytic Association (APA), la American Academy of Family Physicians, la American Psychoanalytic Association, la National Association of Social Workers (NASW), la American Academy of Child and Adolescent Psychiatry (AACPA), la American Medical

Indican además que la Sociedad Australiana de Psicología realizó una revisión de la literatura sobre el asunto y concluyó que *“los factores familiares que son importantes para el bienestar de los niños, son los procesos que viven las familias y la calidad de las interacciones y relaciones en las mismas. La investigación indica que la crianza de los hijos, las prácticas y los resultados en los niños en familias integradas por padres gays y lesbianas tienden a ser por lo menos tan favorables como las de las familias de padres heterosexuales”*³²¹.

Por otro lado, en el concepto resalta la importancia de que la sociedad se preocupe por responder a los grandes cambios de sus estructuras, en especial los que impactan la familia como unidad social funcional, y *“se dirijan los esfuerzos al trabajo intersectorial donde organismos legislativos, gubernamentales, de la educación y la salud aporten para garantizar a los niños, niñas y adolescentes óptimas condiciones para el desarrollo de sus potenciales y se conviertan en ciudadanos en pleno ejercicio de sus derechos y aportes a la comunidad”*.

Finalmente, concluyen que *“el desarrollo integral del niño depende de variados factores biológicos y ambientales desde la vida intrauterina hasta avanzados momentos de la adolescencia. Dentro de los ambientales el cuidado parental es primordial por la naturaleza de dependencia que tienen los seres humanos; de acuerdo a esta condición y bajo la premisa de que el interés superior debe centrarse en el niño, puede afirmarse con el respaldo científico disponible, que no hay ninguna diferencia sistemática en las características del desarrollo de los niños en cuanto a la tendencia sexual de sus cuidadores”*.

5.- Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional

La directora de la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional pone de presente lo siguiente:

“1. La investigación social y sicosocial sobre la adopción y crianza por parte de parejas del mismo sexo no permite identificar ninguna característica propia de estas familias que incida negativamente en el desarrollo integral de niños y niñas.

2. El desarrollo integral de niños y niñas, su bienestar material, psicológico y emocional no está relacionado con la orientación sexual de quienes ejercen funciones parentales sino con otros factores como la violencia intrafamiliar la irresponsabilidad, la inmadurez o el abandono de alguno de los progenitores o cuidadores.

Association (AMA) y la American Psychiatric Association, están de acuerdo en no discriminar a la familia de padres homosexuales (naturales o adoptivos) y apoyarlos en sus necesidades.

³²¹ Short, E. et all. Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Parented Families. A Literature Review prepared for The Australian Psychological Society. Australian Psychological Society. Melbourne, 2007.

3. *Algunos temores difundidos socialmente como en el abuso sexual o el de la ‘transmisión’ de una orientación sexual no heterosexual por parte de parejas del mismo sexo a las niñas y niños que están bajo su responsabilidad, constituyen creencias infundadas, basadas en estereotipos discriminatorios que desconocen la existencia de sexualidades diversas y el derecho a la igualdad de quienes se apartan de una sociedad heterosexual”.*

Para llegar a las anteriores conclusiones se remite a dos conceptos. El primero³²², expone que dentro de los principales temores que se destacaron en relación con la nueva forma de configuración familiar están: (i) el supuesto riesgo de abuso sexual; (ii) la preocupación sobre la orientación sexual de los hijos; y (iii) eventuales trabas síquicas consecuencia de la dificultad o imposibilidad de reconocer la diferencia entre los sexos.

En cuanto al primer temor, llama la atención sobre las estadísticas relativas a la práctica de la violencia sexual contra menores, que evidencian que la mayoría de los autores no son gays o lesbianas, sino casi siempre, hombres heterosexuales. Con respecto al segundo temor, explica que *“estudios comparativos entre niños que convivieron diariamente con uno solo de los padres, heterosexual u homosexual, no evidencian diferencias significativas en lo que atañe a la elección de la orientación sexual de los hijos”*. Sobre el último temor, Roudinesco (2002)³²³ afirma que *“los homosexuales están dispuestos a ofrecer a sus hijos una representación real de la diferencia sexual, es decir, sin la pretensión de crear conceptos a partir de imágenes simuladas de hombre y mujer”*.

El segundo estudio citado³²⁴ señala que no se reporta ninguna diferencia en el desarrollo sicosocial de niños y niñas criados por parejas homosexuales y que *“no existe en la literatura científica ninguna razón para pensar que los niños y niñas adoptados de forma conjunta o consentida por parejas homosexuales tengan desenlaces diferentes que los niños o niñas adoptados por hombres o mujeres solteros o por parejas heterosexuales”*³²⁵.

6.- Departamento de Sociología de la Universidad de Antioquia

El Jefe del Departamento de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Antioquia remite el documento titulado *“Los*

³²² Concepto presentado por Anna Paula Uziel, Profesora Asociada Universidad del Estado de Río de Janeiro, en el proceso D-7415. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 (parcial) de la ley 1098 de 2006 y el artículo 1 (parcial) de la ley 54 de 1990.

³²³ Roudinesco, Elisabeth. A familia em desorden. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

³²⁴ Estudios científicos sobre adopción de parejas del mismo sexo, por Mauricio Albarracín, Colombia Diversa (<http://www.colombia-diversa.org/2014/10/estudios-cientificos-sobre-adopcion-de.html>)

³²⁵ Dicho documento hace referencia a que *“solo hay un estudio primario llevado a cabo por Mark Regnerus, que fue retractado por los innumerables sesgos y problemas metodológicos de diseño. Incluso la Corte de Michigan rechazó la inclusión de este estudio en el caso de adopción de parejas del mismo sexo (...) porque Regnerus equiparó haber sido criado por una pareja del mismo sexo con haber vivido alguna vez con un padre que tuvo una ‘relación romántica con alguien del mismo sexo’ durante cualquier periodo de tiempo”*.

niños y niñas en la adopción de parejas del mismo sexo en Colombia: Miradas sociológicas”, producto de la investigación realizada sobre el efecto que tiene la adopción de parejas del mismo en el desarrollo integral de los niños y niñas³²⁶.

El estudio inicia por aclarar que el problema del desarrollo integral y de la adopción de niños y niñas por parejas del mismo sexo solo puede considerarse si se tienen en cuenta las posiciones éticas desde las cuales se abordan conceptos como derechos humanos, desarrollo integral, ciudadanía, Estado y protección. En esa medida, sostiene, *“deben ampliarse las categorías desde las que se define a la ciudadanía y a sus derechos, como una forma de avanzar en el reconocimiento de los cambios y en las transformaciones sociales que plantea la nueva doctrina jurídica”*.

A partir de lo anterior, expone el contexto histórico para comprender la protección integral que opera en la actualidad. Para ello explica que en el discurso predominante de la infancia durante finales del siglo XIX y principios del XX primó una idea romántica del niño y de la niña, donde estos *“debían ser objeto de intervenciones, cuidados y protecciones de parte de la sociedad y de los grupos sociales”*, y eran considerados además como *“un actor pasivo, carente y necesitado, con una responsabilidad futura clave para toda la sociedad”*³²⁷. Concordante con ello, añade, a la familia se le dio un *“carácter de unidad básica, célula o grupo orgánico con funciones de cuidado y provisión, mientras que a la escuela se le delegó la tarea de la transformación del sujeto de la infancia (Silveira, 2013)”*³²⁸.

Según señala, lo anterior tiene implicaciones políticas importantes en la medida que *“lee a los niños y niñas como sujetos políticos limitados y con márgenes estrechos, desprovistos de emociones y sentimientos que ellos son capaces de producir”*. Eso lo sustenta además en que *“el problema del reconocimiento de la emotividad del niño en el desarrollo de la infancia, es que el afecto del niño y de la niña y su capacidad de amar y ser amado por ejemplo, se considera como un asunto aislado y propio de su vida doméstica y privada, y no como un asunto de la vida comunitaria y pública (...)”*³²⁹. Basado en lo anterior, plantea lo siguiente:

³²⁶ Previo a exponer los argumentos allí contenidos hace dos aclaraciones: (i) el escrito de carácter científico se sustenta en la literatura existente y no en un caso real observado; (ii) los planteamientos se hacen desde los márgenes del estatuto sociológico.

³²⁷ Villalta, Carla. *“La conformación de una matriz interpretativa: la definición jurídica del abandono y la pérdida de la patria potestad”*, em: Lionetti, Lucia y Míguez, Daniel (comps.) *Las infancias en la Historia Argentina. Intersecciones entre Prácticas, Discursos e Instituciones (1880-1960)*, prohistoria, Rosario: 2010, pp. 71-93. Silveira Netto Nunes, Eduardo. *“La infancia latinoamericana y el Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia (1916-1940)”*. En: Sosenski, Susana y Jackson Albarragán, Elena (Coords.) *Nuevas miradas a la historia de la infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas: 2013. pp. 273-302.

³²⁸ Silveira Netto Nunes, Eduardo. *“La infancia latinoamericana y el Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia (1916-1940)”*. En: Sosenski, Susana y Jackson Albarragán, Elena (Coords.) *Nuevas miradas a la historia de la infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas: 2013. pp. 273-302.

³²⁹ MacIntyre (1978, citada por Quintero, M. y otros. *“Narrar situaciones de contingencia y fortuna: experiencias de niños y niñas”*. En: *Las escuelas como territorios de paz. Construcción social del niño y la niña como sujetos políticos en contextos de conflicto armado*. Buenos Aires: CLACSO, 2012.

“¿Cuál sería la suerte del desarrollo integral de un niño si se le negara su derecho a ser adoptado, independientemente de las características sexuales de los miembros de su familia? Así habría que ver cómo al negar la adopción de cualquier tipo de pareja por razones distintas se lee al niño por debajo del umbral y al margen de su libertad y de su capacidad de incidir en la vida social; lo que conllevaría a lo que se conceptualizó arriba como una posición liberal y tirana de la ciudadanía de la infancia, mientras que en la posición aristotélica, el asunto de la sexualidad de los padres, se tornaría indiferente a la posibilidad de que se reconozca el derecho a ser adoptado, al desarrollo integral, a la libertad, al desarrollo humano, y finalmente a la condición de ciudadano”.

Siguiendo con el análisis, el estudio hace referencia a los avances que se dieron en la mayoría de las constituciones de los países del mundo a finales del siglo XX y principios del XXI, proceso que, aunque valioso, *“terminó institucionalizando la garantía de los derechos de los niños y niñas bajo el predominio de posiciones biomédicas y psicológicas”*³³⁰. Tales posiciones institucionales *“definieron el status social de las madres en las funciones de cuidado, acompañamiento y socialización del niño y de la niña, circunscritas al ámbito doméstico”*³³¹. Por su parte, en cuanto a los avances en los discursos sobre la paternidad, *“se ha conceptualizado y se ha buscado que se involucre más, y no solo en asuntos que trasciendan la provisión económica”*.

Explica que aunque estos cambios muestran una concepción más proteccionista por parte del Estado frente a sus ciudadanos, también evidencia que el cuidado de los niños y niñas está en crisis y no existen conceptos jurídicos que cobijen nuevas situaciones estructurales que enfrentan las familias, tales como: (i) aumento de mujeres cabeza de hogar y su participación cada vez mayor al mercado de trabajo; (ii) familias monoparentales con un solo miembro en el núcleo familiar, especialmente mujeres; (iii) familias sin hijos, constituidas con núcleos homoparentales, que exigen el reconocimiento jurídico; y (iv) niños, niñas y adolescentes que permanecen largo tiempo bajo el cuidado de instituciones del Estado³³².

Específicamente sobre la identidad sexual de los padres y su relación con el desarrollo de los niños y niñas adoptadas, el estudio resalta que aquella se trata de una construcción social que puede ser entendida desde dos puntos de vista distintos. Por un lado, *“ha servido para clasificar a las personas, sus capacidades y sus oportunidades, excluyéndolas de ciertos derechos como el la paternidad y maternidad en este caso”*; y por el otro, *“expresa el reconocimiento a la diferencia, porque ontológicamente, la identidad, es entendida como una construcción social que depende del proceso de*

³³⁰ Llobet, V. (Comp) Pensar la infancia desde América Latina: Un estado de la cuestión. Clacso: 2013.

³³¹ Luna, M. La intimidad y la experiencia en lo público. Revista latinoamericana de ciencias sociales y estudios sobre niñez y juventud. Vol. 5, Nº 1: 2007. Llobet, V. (Comp) Pensar la infancia desde América Latina: Un estado de la cuestión. Clacso: 2013.

³³² Arraigada, I. Familias Latinoamericanas. Diagnóstico y políticas públicas en los inicios del nuevo siglo. Santiago de Chile: Naciones Unidas – CEPAL: 2001.

identificación-diferenciación de cada individuo con el colectivo y con sí mismo”. Bajo ese entendido, en el documento se explica lo siguiente:

“De acuerdo con Estrada (2011)³³³ la adopción de parte de parejas del mismo sexo, es ineludible si se tiene en cuenta que las familias de parejas del mismo sexo, existen independientemente de la decisión de reconocerlas por parte del Estado. Sin embargo, las experiencias desafortunadas en el desarrollo integral, especialmente en el orden de la salud mental, que se registran con mayor prevalencia en personas hijas de padres del mismo sexo, no es excusa para negar la adopción, dado que con esta se reconocen derechos, pero además, se reconoce el deber del Estado de proteger a los suyos de los tratos inadecuados y de las afecciones en salud.

Para Stern (1997)³³⁴ el rol de cuidador o adulto significativo se construye no solo en su proceso de gestación o por la condición biológica de la paternidad y la maternidad, sino que se da por la interacción y la experiencia de los padres con sus hijos y por la que tuvo con sus propios padres. De esa forma, no se requiere tener una sexualidad particular para criar, sino realizar una crianza inteligente respondiendo a la pregunta ¿Cuáles son las necesidades del niño y la niña en cada etapa de desarrollo?”.

Sobre este último interrogante, el estudio pone de presente que los efectos de la adopción en el niño solo se hallan en el caso concreto de cada familia y en cada individuo. Señala que *“en todo caso será diferente, independientemente de la sexualidad declarada de los padres. No podrían haber, pues, efectos psicológicos del desarrollo integral del niño como consecuencia de la adopción. Las familias son estructuradas de relaciones distintas, las instituciones sociales y jurídicas de las familias responden a esta estructura social, histórica y culturalmente definidos”.*

De otro lado, en el análisis realizado por la Universidad de Antioquia se cita el texto *“La familia en Desorden”*, de Elisabeth Roudinesco³³⁵. De este se extraen algunas consideraciones sobre la homoparentalidad y los estudios realizados en Estados Unidos, donde se sometieron a prueba las aptitudes psicológicas de los homosexuales para ser padres y determinar si sus hijos eran o no susceptibles de convertirse en homosexuales o depresivos. Tales investigaciones, se cita, *“aliviaron las angustias de los homosexuales al mostrarles que eran padres tan comunes y corrientes como los otros, es decir, semejantes a los de las familias horizontales de fines de siglo”.* El estudio culmina haciendo alusión a las palabras de la mencionada autora:

³³³ Estrada, S. Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Revista de Derecho, núm. 36, 2011, pp. 126-159.

³³⁴ Stern D. La constelación maternal. Barcelona: Ediciones Paidós; 1997.

³³⁵ Roudinesco, Elisabeth, La Familia en Desorden, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 2006.

“A los pesimistas que suponen que la civilización corre el riesgo de ser devorada por clones, bárbaros, bisexuales o delincuentes de los suburbios, concebidos por padres extraviados y madres vagabundas, haremos notar que esos desórdenes no son nuevos –aunque se manifiestan de manera inédita- y sobre todo, que no impiden la reivindicación actual de la familia como el único valor seguro al cual nadie puede ni quiere renunciar. Los hombres, las mujeres y los niños de todas las edades, todas las orientaciones sexuales y todas las condiciones la aman, la sueñan y la desean. (2006)”.

7.- Departamento de Sicología de la Universidad de Antioquia

La jefa del Departamento de Sicología de la Universidad de Antioquia aclara, de manera preliminar, que dicha institución no ha desarrollado investigaciones sobre el asunto puesto a consideración, pero remite un concepto sustentado en la consulta del material bibliográfico a nivel internacional relacionado con la materia.

Señala que los resultados de tales estudios no muestran una posición inexorable frente a la adopción por parejas del mismo sexo y sus implicaciones en el desarrollo integral del menor.

Algunos indican que *“las parejas del mismo sexo pueden ofrecer condiciones adecuadas en el desarrollo integral del menor, considerando así que la función ejercida frente al cuidado, la educación y la crianza, permitiría que éste logre desarrollar habilidades que propicien el desarrollo adecuado de la personalidad, el establecimiento del vínculo social, etc.”*³³⁶. En cambio, continúa, otras investigaciones concluyen que *“los menores adoptados por parejas del mismo sexo serían más vulnerables a padecer estrés social, considerando así que dicho proceso no permitiría que el menor se desarrolle adecuadamente, sustentado esto en la concepción familiar tradicional (padre-hombre y mujer-madre)”*³³⁷.

La interviniente pone de presente que los estudios mencionados obedecen a contextos culturales que difieren de la realidad colombiana en términos políticos, legislativos, educativos, económicos o sociales. Así mismo, menciona que la adopción por parte de parejas del mismo sexo *“no solo implicaría una reconstrucción jurídica del concepto de familia”*³³⁸, sino una

³³⁶ American Psychological Association (1998). Respondiendo a sus preguntas sobre orientación sexual y homosexualismo. Consultado el 25 de octubre de 2014. <http://apa.org/topics/lgbt/orientacion.aspx#>
American Psychoanalytic Association. (2002). Position Statement on Gay and Lesbian Parenting. Consultado el 25 de octubre de 2014. http://apsa.org/About/APsaA/Position_Statament/Parenting.aspx
American Academy of Pediatrics. (2002). Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents. Consultado el 25 de octubre de 2014. <http://pediatrics.aappublications.org/content/109/2/339.full>
Buil, E.; García, E.; Lapastora, M.; & Rabasot, M. (2004). La adopción por homosexuales. Anuario de Psicología Jurídica. 14, 81-89.

³³⁷ De Irala, J.; & Burgos, C. (2006). Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias. Cuad. Bioét. 17 (3). 377-389.

³³⁸ Portugal, R.; & Araújo, A. (2004). Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción por parejas homosexuales. ASMR Revista Internacional online 3 (2). http://www.psiquiatria.com/imgdb/archivo_doc59.pdf

reconfiguración sociocultural de la composición, estructura y función familiar, la cual sería subsidiaria a las condiciones que las parejas del mismo sexo pueden ofrecerle a un menor”.

Considera que, aceptando lo anterior, podría replantearse la pregunta sobre la discusión, así: ¿los hijos adoptados por parejas homosexuales interpretan, o tienden a interpretar, dicha experiencia de una manera que influye negativamente en su personalidad?

8.- Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia

El decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia remite el concepto científico del grupo multidisciplinario conformado para ello. Al respecto, sostienen que en la adopción de niños por parejas del mismo sexo existen dos puntos críticos de gran importancia: (i) la socialización del niño y (ii) el desarrollo de la identidad sexual del niño.

Sobre el primero, mencionan que la sociedad ha malinterpretado la homosexualidad como una enfermedad o aberración sexual y, por eso, “la socialización del niño adoptado por padres del mismo sexo se vería afectada directamente por el rechazo que la sociedad podría tener hacia él; siendo claro que la posición que tenga el colectivo frente a este tipo de conformaciones familiares será de gran impacto en el desarrollo de los menores y la vivencia de todos los miembros de la familia”.

Con respecto al segundo, señalan que hasta el momento no se ha demostrado un mayor índice o prevalencia de homosexualidad en la población de menores criados por parejas del mismo sexo. Asimismo, sostienen que científicamente se ha cuestionado cuáles serían los efectos en el desarrollo integral esos niños, sin que exista evidencia que demuestre la presencia de algún tipo de efecto negativo en dicho desarrollo. Además, resaltan que el asunto del estigma social es un gran obstáculo, por lo que *“uno de los objetivos más importantes es educar a la sociedad e inculcar que desde el punto de vista científico no hay ningún efecto negativo en el desarrollo del niño, por el contrario, el hecho de carecer de amor y cuidado sí podría generar diversas alteraciones en ellos”.*

Por último, incluyen como punto importante la crianza de los niños por parte de parejas de diferente e igual sexo, en tanto *“los niños tendrán un buen desarrollo sicológico y social, desde que se garantice el cubrimiento y la satisfacción de sus necesidades básicas, afectivas, económicas, educativas y sociales”.*

9.- Instituto de Sicología de la Universidad del Valle

La subdirectora del Instituto de Psicología de la Universidad del Valle expone como argumentos a favor de la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo y sustentados en la experiencia clínica, los siguientes:

- a) El conocimiento y revisión de los resultados de diferentes investigaciones realizadas en varios países, desde hace más de dos décadas, sobre la ausencia de efectos negativos para el desarrollo de menores que han crecido a cargo de parejas homoparentales.
- b) La postura del Ministerio de Salud y Protección Social al apoyar la adopción de niños por parejas homoparentales y al señalar que el único efecto nocivo detectado proviene de los prejuicios y la discriminación negativa hacia los adoptantes.
- c) Produce perturbaciones psicológicas en los niños el encubrir la verdad de su historia en la pareja de origen, contarla con distorsiones, prohibirle reunirse con uno de sus padres porque es homosexual y tiene una pareja igualmente homosexual, o denigrar de un padre o madre por su orientación sexual.
- d) Afecta igualmente a los niños, perturbar su hogar en el parentesco y en el orden de las generaciones; es decir, hacer figurar legalmente al abuelo por padre y a la madre como hermana para encubrir una relación no formalizada.

Con base en lo anterior, propone una *“conceptualización científica desarrollada en Francia sobre una nueva manera de definir la parentalidad, ya no basada en la pareja conyugal formada por un hombre y una mujer, sino en las pluriparentalidades que son formas de criar a los niños y velar por su buen desarrollo social y afectivo, de acuerdo con las normas y expectativas de su comunidad, sin que ello implique un modelo de familia conyugal que ya no es la normal en occidente, y específicamente en nuestro país”*.

Tal conceptualización la sustenta en las investigaciones de Irène Théry, quien en su último libro de 2007, *“La Distinction de sexe”*, expuso algunas consideraciones sobre el tema³³⁹. Dicha autora explica que nuestra tradición filosófica moderna le dio un doble sentido a las palabras *hombre* y *mujer*, que significan a la vez *“las dos mitades de la humanidad y las dos mitades de una pareja conyugal”*. Lo anterior, *“implicó que se legitimara que los esposos y padres eran los ‘protectores’, y que las madres les estaban subordinados ‘naturalmente’*. Esta idea se abandonó, pero no hemos abandonado la idea de definir a la persona por su identidad sexual”.

A su juicio, el género masculino o femenino no es una identidad de la persona, sino una modalidad de la acción y de las relaciones, una manera de actuar. Por eso, pone de presente que nuestra visión occidental moderna redujo a los

³³⁹ Entrevista realizada por Catherine Portevin, de la que traduzco directamente buena parte de las declaraciones de la profesora Théry. Télérama es una revista cultural francesa. N° 3034. http://www.telerama.fr/monde/26216-special_journee_de_la_femme_rencontre_avec_la_sociologue_irene_thery.php”.

hombres y a las mujeres esencialmente a los atributos, y en primer lugar a los atributos sexuales. Considera, entonces, que *“si re-aprendemos a ver las relaciones, descubrimos que la distinción masculino/femenino no produce uno, sino cuatro tipos de relaciones: relaciones de sexos opuestos, relaciones del mismo sexo, relaciones de sexo indiferenciado (como abuelo-nieto/a), relaciones de sexos combinados (un tío que pertenece al linaje materno, por tanto femenino, pero él es masculino). A fuerza de olvidar estas diversas relaciones, que constituyen un rico tejido social, hemos terminado por asimilar el asunto de los sexos a una sola modalidad: la relación de los sexos opuestos”*.

Explica la autora que la diferencia heterosexual y reproductiva es la base en la que se asientan las representaciones tradicionales de la *“sociedad del hombre y la mujer”*. Por ello considera que no es sorprendente que se hayan clasificado las relaciones homosexuales en la anormalidad. De hecho, continúa, fue la nueva ciencia de la sexualidad la que inventó las categorías de *“homosexual”* y *“heterosexual”* y construyó la visión patológica de la homosexualidad. Sobre este punto expone:

“La homoparentalidad suscitaría muchas menos pasiones si el pensamiento occidental se diera cuenta de que ella es un revelador de problemas que conciernen no solo a los homosexuales, sino a todo el mundo. Por ejemplo, la filiación se ha construido sobre el modelo único del engendramiento, incluso en el caso de adopción o de procreaciones médicamente asistidas con donantes: los padres adoptivos son ficticiamente los genitores del bebé, las parejas receptoras de donación de esperma, ovocitos o embriones, son ficticiamente las engendradoras. Las parejas del mismo sexo revelan lo que estos montajes esconden como un secreto, pues cuando ellos adoptan, no pueden hacerse pasar por parejas engendradoras.

Si no queremos que las familias homoparentales sean los chivos expiatorios de los problemas de nuestra sociedad en general, sería tiempo de reconocer que se puede criar a un hijo sin ser o sin hacerse pasar por ser sus genitores. Ello supone pensar un sistema de parentesco capaz de integrar lo que de hecho ya organizamos: las pluriparentalidades”.

Finalmente, el concepto reitera su apoyo la demanda interpuesta a favor de la adopción de menores por parte de parejas del mismo y resalta que ha visto la importancia de que en nuestras leyes y decretos prime el principio de pluralidad y de diversidad cultural.

10.- Programa Académico de Sociología de la Universidad del Valle

La directora del Programa Académico de Sociología y la jefa del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad del Valle indican, de manera preliminar, que *“no existen evidencias o indicadores sociológicos que*

revelen afectaciones negativas en el desarrollo y bienestar de los niños por causa de la adopción por parte de parejas del mismo sexo”.

Sostienen que la adopción, especialmente en edades donde el niño empieza a tener conciencia del mundo, suele ser un proceso por lo general traumático, independientemente de la orientación sexual de los padres, por lo que de entrada la igualdad sexual de estos no sería el elemento más significativo ni impactante en el desarrollo integral del menor.

Sustentan estas afirmaciones en diversos estudios que demuestran que *“el bienestar y el desarrollo integral de los niños depende estructuralmente de las formas como se significan y valoran los vínculos familiares y de los recursos materiales que soportan dichos vínculos. Los posibles efectos negativos pueden estar asociados a la falta de aceptación social e intolerancia hacia las formas de organización familiar/parental, diferentes a la constitución nuclear, consanguínea y heteronormativa”*. Al respecto se rescatan los siguientes:

a) Stacey y Biblarz (2001)³⁴⁰. Encontraron que los hijos criados con padres del mismo sexo sí mostraban diferencias respecto a los formados por parejas heterosexuales: *“tenían más empatía hacia la diversidad sexual, estaban menos constreñidos por los estereotipos de género y, con mucha probabilidad, estaban más dispuestos a explorar las actividades homosexuales (...) en contra de lo que augurarían ciertas perspectivas de sentido común, las personas criadas en esas condiciones no mostrarían una tendencia mayor hacia las prácticas homosexuales”*.

b) Kosciw y Díaz (2008)³⁴¹. Realizaron una investigación en torno a las relaciones entre familia y escuela en Estados Unidos, cuyo resultado arrojó *“un mapa complejo de experiencias, no solo difíciles, por las situaciones de discriminación dentro de las escuelas, sino también positivas, por la alta participación de los padres en la vida escolar que envuelve a sus hijos (...) los padres LGBT son más proclives a involucrarse como voluntarios en las escuelas de sus hijos o a ser miembros de organizaciones de padres”*.

c) Erich et al. (2009)³⁴². Estudiaron los factores que afectan el vínculo emocional de adolescentes en familias con parejas homosexuales y heterosexuales. Concluyeron que *“el vínculo emocional de los adolescentes con sus padres está relacionado con el nivel de satisfacción con la vida que llevan los adolescentes [y que] la orientación sexual de los padres no está relacionada con el nivel de satisfacción de estos con su hijo adoptivo”*.

³⁴⁰ Stacey, J. & Biblarz, T. J. (2001). “[How] Does de sexual Orientation of Parents Matter?”. American Sociological Review, Vol. 47, N° 3, pp. 755-775.

³⁴¹ Kosciw, J. G & Díaz, E.M. (2008). Involved, Invisible, Ignored: The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Parents and Their Children in Our Nation’s K-12 Schools, Gay, Lesbian and Straight Education Network, www.glsen.org

³⁴² Erich, S. et al (2009). “An empirical analysis of factor affecting adolescent attachment in adoptive families with homosexual and straight parents” en *Children and Youth Services Review*, N° 31 pp. 398-404.

d) Averett et al. (2009)³⁴³. Compararon la parentalidad heterosexual y homosexual, encontrando que *“la orientación sexual de los padres adoptivos no tuvo un impacto significativo en los problemas emocionales y de comportamiento de los niños”*.

e) Rosenfeld (2010)³⁴⁴. Indagó sobre el desempeño en la escuela de los niños que estaban creciendo con parejas del mismo sexo. Concluyó que *“la diferencia de los resultados del rendimiento escolar para niños de parejas del mismo sexo respecto a parejas heterosexuales es muy poco significativa”*, y afirmó que *“cualquier política que niegue la adopción a parejas del mismo sexo es contraria al mejor interés de los niños porque los obliga a permanecer en instituciones a cargo del Estado. Incluso las familias que puedan ser consideradas menos apropiadas para la adopción pueden estar mejor preparadas que el Estado para el cuidado de los niños”*.

f) Goldberg y Smith (2013)³⁴⁵. Examinaron los contextos preadoptivo y postadoptivo de los niños que viven con familias homoparentales y con familias heteroparentales, mostrando como resultado que *“se han encontrado pocas diferencias en la adaptación o ajuste psicológico del niño en sus contextos postadoptivos y que la capacidad de externalizar o internalizar comportamientos no está constreñida por el tipo o estructura de la familia”*.

g) Patterson y Wainright (2012)³⁴⁶. Como resultado de la investigación sobre el desarrollo y la adaptación de adolescentes que viven con parejas del mismo sexo, concluyeron que *“los adolescentes y padres con relaciones más estrechas, suelen tener mayor autoestima y menores síntomas depresivos, asimismo, son menos proclives al uso del alcohol y tabaco y tienen más disposición para tener amigos en la escuela y sostener redes de amistad que otros adolescentes”*. Por lo anterior, sugirieron *“focalizar las decisiones de vida de los adolescentes en las cualidades de sus relaciones con sus padres y no en la orientación sexual de los mismos”*.

El concepto finaliza advirtiéndolo que *“evidentemente, en una sociedad que privilegia social y culturalmente la heterosexualidad, las experiencias de esos niños no serán necesariamente fáciles: pero ese es un problema no atribuible a los padres/madres homosexuales, sino al conjunto de una sociedad con cierto grado de homofobia”*³⁴⁷. El argumento de evitarles tener que enfrentarse

³⁴³ Averett, P. Nalavany, B. y Ryan, S. (2009). “An Evaluation of Gay/Lesbian and Heterosexual Adoption”, en *Adoption Quarterly*, N° 12, pp. 129-151.

³⁴⁴ Rosenfeld, Michael (2010). “Nontraditional families and childhood progress through school”, en *Demography*, Vol. 47, N° 3, pp. 755-755.

³⁴⁵ Goldberg A. E & Smith, J. Z (2013). “Predictors of Psychological Adjustment in Early Placed Adopted Children With Lesbian, Gay and Heterosexual Parents”, *Journal of Family Psychology*, 27, 431.

³⁴⁶ Patterson, Charlotte J. y Wainright, Jennifer L. (2012) “Adolescents with Same-Sex Parents: Findings from the National longitudinal Study of Adolescent Health”, en *Adoption by Lesbians and Gay Men: A New Dimension in Family Diversity*, David M. Brodzinsky & Adam Pertman eds.

³⁴⁷ “Es importante señalar que se están evidenciando grados de apertura ideológica frente a la diversidad sexual, de género y familiar. Por ejemplo podemos mencionar estudios que dan cuenta de cambios positivos en generaciones jóvenes, proclives a la tolerancia. Colli et al. (2011), en su estudio busca conocer diferencias actitudinales entre jóvenes y adultos en México, sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Los datos arrojados son importantes para entender que los imaginarios van cambiando positivamente

a situaciones de desaprobación y rechazo social, sería, en el fondo, no exigir a la sociedad asumir su responsabilidad como una sociedad abierta y respetuosa de la desigualdad, y cargársela como una prohibición a quienes además ya padecen una situación de negación”.

11. Departamento de Siquiatría de la Universidad del Valle

El jefe del Departamento de Siquiatría de esta institución remite el concepto científico realizado por los especialistas en siquiatría infantil y del adolescente, Zenaida Conde y Omar Fernando Salazar.

Comienzan por citar un informe de la Asociación Psicológica Americana donde esa organización concluye que *“los hijos de padres gays o lesbianas no están en desventaja en ningún aspecto significativo con respecto a los hijos de padres heterosexuales”*³⁴⁸, y una publicación de la Academia Americana de Psiquiatría de Niños y Adolescentes donde se señala que *“los hijos de padres homosexuales no tienen mayor probabilidad de ser homosexuales o de ser abusados sexualmente, no presentan más problemas de identidad de género, ni tienen más alteraciones en su conducta o rol de género”*³⁴⁹.

El concepto también presenta las críticas realizadas a estos estudios, según las cuales estos tienen problemas de homogeneidad en el muestreo, ausencia de grupos de comparación, tipos de grupo de comparación, escasez en la medición de resultados, periodos de seguimiento muy cortos y falta de poder estadístico³⁵⁰.

Concluye que *“no es posible hasta el momento decir que los hijos criados por hogares homoparentales estables estén en desventaja comparados con los hijos de hogares formados por familias de padres heterosexuales, y en cambio sí tienen ventaja sobre niños que crecen en hogares de paso o en albergues. Debido a las limitaciones de los estudios existentes en cuanto a los periodos de seguimiento, no es posible por el momento concluir si la crianza homoparental afectará los hijos en su adultez en asuntos como la elección o la estabilidad de sus parejas”.*

12.- Pontificia Universidad Javeriana

El Rector de la Universidad Javeriana remite el concepto del siquiatra Carlos Gómez, enviado a esta Corporación en una oportunidad anterior para

hacia la tolerancia de elecciones diversas de organización familiar. Los autores señalan que los jóvenes, en comparación con los adultos presentan más flexibilidad respecto de las adopciones homoparentales. Este estudio se basó en dos cuestionarios aplicados a 100 voluntarios (50 jóvenes entre 18 y 25 años y 50 adultos entre 40 y 63 años)”.

³⁴⁸ Memorial de la American Sociological Association, para la Corte Constitucional de Colombia. 21 de julio de 2014.

³⁴⁹ American Academy of Child and Adolescent Psychiatry. Children with Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Parents. Facts for Families. N° 92. <http://www.aacp.org> August 2013.

³⁵⁰ Marks, L. Same-sex parenting and children's outcomes: A closer examination of the American Psychological Association's brief on lesbian and gay parenting. Social Science Research. 41. 2012.

responder una petición similar, así como algunos documentos adicionales que refuerzan el mismo.

En primera medida, parte de la consideración de que los niños adoptados presentan esa categoría por situaciones como abandono o maltrato por parte de los padres biológicos. De ahí la responsabilidad del Estado en la elección de la mejor opción disponible para un niño o niña que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Con sustento en lo anterior, pone de presente la necesidad de contar con *“un estudio profundo que tenga como base la mejor evidencia para la toma de las mejores y adecuadas decisiones”*. Por ello, se pregunta *“si un concepto emanado en pocos días y sobre la base de revisiones no sistemáticas y de orden narrativo son evidencia suficiente para decidir acerca de un aspecto tan relevante como la adopción de un niño o niña por una pareja homosexual”*.

Explica entonces que, al evaluar la evidencia, es preciso analizar tres aspectos: (i) ¿son válidos los resultados del estudio?; (ii) ¿cuáles son los resultados?; y (iii) ¿me ayudarían los resultados a proveer un adecuado cuidado a los niños y niñas adoptados? Sobre este último interrogante, se pregunta si ¿es la evidencia norteamericana o europea aceptable desde el punto de vista cultural y social al contexto de Colombia?³⁵¹

Sobre el particular, considera que se requiere mayor investigación en nuestro medio y hasta que no exista evidencia es preciso examinar si la mejor opción no es abstenerse de tomar decisiones sobre evidencia parcial, incompleta o poco generalizable a nuestro medio. Con base en ello, presenta las siguientes preguntas y recomendaciones:

“a) ¿Sería conveniente tener más que un concepto narrativo o realizar una revisión sistemática de la literatura o un meta análisis, en el cual se evalúe la calidad y nivel de evidencia posible, que permitan de acuerdo con los hallazgos disponer de una verdadera respuesta a la pregunta planteada con el fin de tomar decisiones adecuadas?”

b) Ampliar el rango de consulta que se planteó por la Corte. Al respecto por qué no se pregunta y se clarifica desde la óptica de los médicos-siquiatras y sicoanálisis, donde parecería hacer conceptos diversos. Es importante en este punto evitar el sesgo de selección y ser realmente inclusivos en las apreciaciones desde otras áreas del saber.

c) De otra parte existen otros desenlaces además de los preguntados por la Corte como lo son:

³⁵¹ Cita como ejemplos ¿si un estudio holandés en el cual se evidencia la conveniencia de vender marihuana en cafés o sitios destinados para ello sería aplicable sin ninguna consideración socio-cultural en nuestro medio? ¿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 patrones serían similares en Bogotá, en Montería o el área rural de Nariño?

- *¿Qué posibilidad de matoneo tendrían los niños adoptados en esa condición en instituciones escolares en el medio colombiano? ¿Podrían haber diferencias en el matoneo que se produce en San Francisco y en aquel que evidenciaríamos en diferentes regiones de Colombia?*
- *¿El matoneo que se produce en muchos medios hacia los niños/as homosexuales (de lo cual hay evidencia) es extrapolable a los niños /as adoptados por parejas homosexuales?”*
- *¿Está preparada la sociedad colombiana para recibir de manera empática y genuinamente inclusiva a parejas homosexuales con un hijo adoptado?*
- *En el supuesto de que la revisión sistemática provea datos a favor de la adopción ¿Existiría algunas edades en las cuales sería más o menos benéfico la realización de esta? ¿Influye sobre la identidad sexual de un niño o niña ser adoptados por una pareja homosexual antes de los 2, 3, 4, 5, 6, 7 años?*
- *¿Qué fortaleza tiene la evidencia que se tiene en el momento con el concepto narrativo que se dio por parte de las universidades en el pasado?*
- *En igualdad de condiciones, una pareja heterosexual y una homosexual ¿cuál es más deseable para un niño en condición de ser adoptado?*
- *¿Puede darse confusión en los niños adoptados ante el juego de roles que se da corrientemente en las parejas homosexuales en la cual uno de los miembros asume inconscientemente el ser femenino o masculino?”*

La Universidad Javeriana considera que se trata de preguntas que no han sido desarrolladas, cuyo estudio implica una alta inversión y un periodo amplio de tiempo. No obstante, anexa los resultados de la búsqueda realizada por el Departamento de Epidemiología Clínica y Bioestadística, de los cuales, a su juicio, se puede concluir:

- a) Falta de buena evidencia para tomar decisiones.
- b) Algunos artículos muestran dificultades para la adopción de estos niños por parte de parejas homosexuales, mientras que otros las descartan. Sin embargo, existe evidencia donde no se describen dificultades para los niños sujetos a esa clase de adopción.
- c) En general, la evidencia es de baja calidad y obedece a casos y reportes anecdóticos, sin claridad en las mediciones y desenlaces medidos. Ningún artículo provee seguimientos de niños en diferentes grupos de edad y diferente género.
- d) En Colombia no existen artículos.
- e) Muchos artículos dicen que se requiere mayor investigación en el campo.

13.- Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

La directora de la oficina jurídica del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario sostiene que no es pertinente atender el requerimiento hecho por esta Corporación, en la medida que no se han realizado investigaciones sobre el

tema. No obstante, remite un documento en el cual el Decano de la Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud de dicha universidad presenta las siguientes consideraciones:

a) Este asunto no se resuelve en el terreno de las ciencias de la salud, en tanto corresponde al reconocimiento de los derechos de las personas en una sociedad. Se trata de una temática que debe ser abordada desde las ciencias sociales y jurídicas, en la medida que *“encuentra su sustento o fundamentación en lo que en un momento dado del tiempo una sociedad considere como bueno o malo, aceptable o no (es decir, es una apreciación que se hace desde la moral, no desde lo biológico)”*.

b) Es necesario ser cuidadoso en la presentación de la temática, ya que dependiendo de la forma de plantearse puede o no ser calificada como discriminatoria, estigmatizadora o reduccionista.

c) El desarrollo integral de un menor puede verse afectado o favorecido por múltiples factores que deben ser evaluados en cada caso. Entonces, *“determinar si la orientación sexual de los padres de manera aislada puede favorecer o no el desarrollo integral del menor resulta temerario, reduccionista y lineal”*.

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 uno ni en otro sentido”*.

e) Por último, *“en el ámbito nacional no tenemos conocimiento de estudios que hayan abordado el tema de manera rigurosa y concluyente”*.

14.- Facultad de Psicología de la Universidad de la Sabana

El decano de la Facultad de Psicología de la Universidad de la Sabana conceptúa lo siguiente:

“En primer lugar, el fenómeno de las parejas abiertamente homosexuales que ejercen la crianza de los niños representa una innovación sociocultural que es específica de la época histórica actual y, como tal, plantea interrogantes sobre el impacto de las formas familiares no tradicionales en el desarrollo infantil. Aunque los avances en estudios científicos han empezado a surgir, los resultados aún son incipientes.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la teoría psicológica, los hijos de padres homosexuales plantean una serie de preguntas desafiantes para las teorías actuales del desarrollo psicosocial. Sin embargo, las teorías psicológicas clásicas y algunos estudios recientes

señalan efectos no favorables en el desarrollo de los niños cuando son adoptados por parejas del mismo sexo.

En tercer lugar, las teorías socioculturales del desarrollo sugieren que las interacciones más amplias en las que se desenvuelve en niños son fundamentales para su desarrollo (Bronfenbrenner, 2006, Rogoff, 2003)³⁵². Así las implicaciones de la adopción sobre el desarrollo requieren considerar asuntos como su proceso de adaptación y aceptación de los niños en contextos sociales más amplios (escolar, social y comunitario), en tanto puedan ser sujetos de discriminación y la estigmatización, que por supuesto pueden influir en su adecuado desarrollo.

Por último, en otros países como los Estados Unidos, tanto en la resolución de disputas de custodia y administración de las políticas de adopción y de cuidado de crianza, el sistema legal ha operado con frecuencia bajo supuestos fuertes pero no verificados sobre las dificultades que enfrentan los hijos de homosexuales. Sin embargo, otros países aún se abstienen de tomar dichas decisiones sin contar con evidencias, especialmente científicas que respalden sus políticas”.

El anterior concepto lo sustenta en evidencia científica que³⁵³, según explica, ha demostrado que *“los hogares con adultos que tienen relaciones sexuales de tipo homosexual introducen más factores estresantes a los niños adoptados porque estos adultos presentan mayores niveles de ansiedad, depresión, ideas e intentos de suicidio y desórdenes de la conducta”*. Además, afirma, los estudios cuantitativos que concluyen que no existen diferencias entre los hogares de padres heterosexuales y los de padres homosexuales, son inadecuados en la medida que tienen sesgos metodológicos (Rekers 2004)³⁵⁴, y algunos de ellos suelen utilizar de manera confusa los conceptos de orientación e identidad sexual, afectando los resultados de las investigaciones³⁵⁵.

De igual forma, expone que algunos estudios han encontrado, respecto de los efectos sobre el desarrollo de niños que viven con parejas del mismo sexo, que *“son más frecuentes los problemas psicológicos como la baja autoestima, el estrés, la inseguridad respecto a su vida futura en pareja y a tener hijos, el trastorno de identidad sexual (...) son más habituales también los trastornos*

³⁵² Bronfenbrenner, U. & Morris, P. (2006). The bioecological model of human development. En R. Lerner (Vol. Ed.), *Handbook of Child Psychology: Theoretical Models of Human Development*. (pp. 793-828). New York: Wiley. Rogoff, B. (2003). *The cultural nature of human development*. Oxford University Press.

³⁵³ Revisión de De Irala, J. & López de Burgos, C. (2006). Los estudios de adopción en parejas homosexuales: Mitos y Falencias. Cuadernos de Bioética XVII.

³⁵⁴ Rekers, GA. (2004). Review of research on homosexual parenting, adoption and foster parenting. [Publicación en línea] 1-80. 2004. <http://www.narth.com/docs/rekers.html> Sobre este aspecto también aclara que los estudios realizados sobre el desarrollo de los niños educados por parejas homosexuales carecen de rigor científico para poder alcanzar conclusiones con un grado aceptable de validez (Fontana, M., Martínez P y Romeu, P. 2005).

³⁵⁵ Regnerus M. (2012). How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study. *Social Science Research* 41, 752-770.

de la conducta como la drogodependencia, la anorexia y la bulimia, y el fracaso escolar”³⁵⁶.

Por otro lado, continúa, la literatura general señala a la familia “*como un elemento original y configurador de las características personales futuras de niños y adolescentes*”, de manera tal que “*cuando la familia no provee a sus miembros los insumos necesarios para garantizar su bienestar y ajuste psicológico, puede verse desfavorecido el desarrollo general de los niños*”. Bajo ese entendido, menciona, muchas teorías de desarrollo psicológico predicen resultados negativos para los niños que son criados en entornos que no ofrecen las contribuciones tanto de las madres como de los padres³⁵⁷. Con fundamento en lo anterior concluye:

(i) Los estudios muestran efectos no favorables sobre el desarrollo de los niños, en diferentes dimensiones, cuando son adoptados por parejas del mismo sexo. No obstante, la literatura sigue siendo escasa, en tanto pocos países han aprobado esta clase de adopción, por lo que se trata de un estudio que se encuentra en sus inicios.

(ii) La mayoría de estudios que señalan la existencia de pocas diferencias en el desarrollo de los niños que son adoptados por parejas del mismo sexo en comparación con los niños de parejas heterosexuales, presentan dificultades metodológicas. Al contrario, los estudios que no presentan fallas metodológicas muestran que sí existen tales diferencias.

15.- Facultad de Medicina de la Universidad de la Sabana

El Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de la Sabana remite el concepto científico realizado por un profesor asociado del Departamento de Bioética, sobre el tema de la referencia.

De manera preliminar, indica que “*los estudios realizados hasta la fecha sobre la inocuidad de la evolución de los niños adoptados por parejas del mismo sexo no han sido concluyentes porque carecen del rigor científico necesario para sacar conclusiones debidas fundamentalmente al pequeño tamaño de la muestra y por no ser aleatorizados, sin grupos de control adecuado*”.

Explica que lo que se ha podido salvar de esos estudios es que los niños han presentado una baja autoestima, estrés, inseguridad respecto a su vida futura en pareja y tener hijos trastornos de la identidad sexual, rechazo del compañero o compañera del progenitor homosexual como figura materna o paterna y preferencia a vivir con el otro progenitor. Asimismo, agrega, trastornos de conducta como drogodependencia, disfunciones alimentarias,

³⁵⁶ Fontana, M., Martínez P y Romeu, P. (2005). No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo. 1-31. [Publicación en línea]. <http://www.hazteoir.org/documentos/noesigual3.pdf>

³⁵⁷ Nungesser, L.G. (1980). Theoretical basis for the re-search on the acquisition of social sex roles by children of lesbian mothers. *Journal of Ho-mosexuality*, 5, 177-188.

fracaso escolar, mal comportamiento en clase y experiencias traumáticas por ruptura de pareja, son mucho más frecuentes que cuando se trata de matrimonios estables de un hombre y una mujer.

Por otro lado, señala que las personas homosexuales presentan una salud más deteriorada como mayor tasa de enfermedades mentales, más frecuencia de VIH SIDA y de otras enfermedades de transmisión sexual, con un índice de suicidio mayor. Además, refiere, cuando un adulto elige libremente estas conductas acepta conscientemente esas consecuencias, pero ese no es el caso del niño que se ve expuesto involuntariamente a circunstancias que le hacen más proclive a esos riesgos.

Con base en lo anterior, indica que *“si aceptamos el bienestar de niño como prioridad, no podemos asegurar en ningún caso la idoneidad de las parejas homosexuales para adoptar niños. Es necesario abogar por el beneficio del menor y solicitar que no se concedan en adopción a parejas del mismo sexo”*. Al respecto, hace referencia a la Convención de los Derechos del Niño según la cual los Estados parte que permitan o reconozcan el sistema de adopción *“cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial”* y a la Declaración de los Derechos del Niño que dice que *“el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación”*.

Más adelante menciona que la Asociación Sicológica Americana y la Asociación Americana de Pediatría son defensoras de la adopción por parte de parejas del mismo sexo y que el grupo de trabajo por el cual están conformadas *“son activistas homosexuales y lesbianas indudablemente poco imparciales”*. Resalta que muchos de los estudios científicos sobre el asunto han sido descalificados por investigadores conocedores de la metodología de la investigación, porque no tienen el rigor científico suficiente³⁵⁸. En el mismo sentido indica:

“Estudios como el de Cameron y Cameron (2002) reflejan múltiples problemas de identidad sexual en los niños educados por parejas del mismo sexo; Lewis (1980) muestra problemas de convivencia entre los hijos y la madre biológica o su compañera; Deevy (1989) indica que estos niños muestran signos de estrés, con mayor tendencia a la drogodependencia y autolesionarse; Tripp (1998) argumenta que la ausencia de un padre o una madre tiene consecuencias perjudiciales para la salud física y psíquica del niño; en varias revistas científicas de Psiquiatría americanas como el Journal of American Academy of child and Adolescent Psychiatry o Health Psychology y estudios como Welch, Collings Howden-Chapman (2000); Rothblum (1990) y Sandfort, de Graff y Schnabel (2001), donde se indica que existe una probabilidad

³⁵⁸ Al respecto, menciona a Robert Lerner y Althea Nagai quienes en el año 2001 revisaron 49 estudios que invalidaron por graves fallos. (No basis: what the studies don't tell us about same-sex parenting); y a Belcasto quien revisó 14 estudios siendo al menos 11 inaceptables. (A review of data based studies addressing the effects of homosexual parenting on children's sexual and social functioning).

mayor de que los gays, lesbianas y bisexuales, presenten enfermedades mentales, más conductas sexuales de riesgo y en general una salud mucho más deteriorada que las parejas heterosexuales.

Los abusos sexuales con esos niños adoptados son más frecuentes según informa Ramafedi (1994) quien entrevistó 239 hombres homosexuales y bisexuales, el 42% afirmó haber sufrido abusos sexuales siendo menor, en ese mismo sentido Doll et al (1992) encontró un 40%. El estudio de Goode y Troiden (1980) afirma que de una muestra de 150 hombres homosexuales entre 30 y 40 años, el 69% tuvo algún contacto sexual con un menor. Indica que el 45% había tenido 6 o más compañeros sexuales menores de edad, el 78% había participado en sexo en grupo y el 65% había tenido hasta la fecha más de 100 compañeros sexuales”.

Continúa el interviniente señalando que son numerosos los estudios que demuestran que las parejas del mismo sexo son más inestables, están afectados en diferentes situaciones emocionales y físicas, cometen más abusos sexuales y tienen tasas de suicidio más altas. De igual forma, refiere que tienen un riesgo de divorcio del 50% en el caso de los homosexuales y del 200% para las lesbianas (Andersson, G. et al (2004) Divorce-risk patterns in same sex marriage in Norway and Sweden), que la duración media de una relación homosexual estable es de año y medio (Xiridou, 2003) y que las madres lesbianas son abiertamente hostiles a los roles masculinos y se niegan a ofrecer juguetes asociados con el rol masculino a los niños (Turner et al, 1990). Finalmente, concluye el concepto:

“En este documento no se pretende entrar en consideraciones éticas y morales, se hace un análisis científico mostrando una serie de hechos comparables. Las personas homosexuales y lesbianas merecen nuestro respeto como personas, pero hay que señalar que su comportamiento se aparta del común, lo que constituye de alguna manera una enfermedad. Al señalar que alguien como enfermo, con riesgos de fracasar en su vida afectiva, de consumo de sustancias psicoactivas o con mayor tendencia al suicidio no lo estamos discriminando sino señalando una situación. Cuando un médico le dice a un paciente que sufre artritis reumatoide, patología que afecta a un porcentaje bajo de la población, no lo está discriminando, lo está señalando como una persona propensa a sufrir dolores articulares, deformidades osteo musculares, pero no la discrimina y sí le ofrece su ayuda”.

Mediante oficio radicado en esta Corporación el 10 de febrero de 2015 el Rector de la Universidad de la Sabana, Obdulio Velásquez Posada, solicitó retirar de la consideración para la decisión, en el expediente D-10315, el concepto previamente reseñado y en su lugar, tener en cuenta el remitido por la Facultad de Psicología de esa institución.

Lo anterior, por cuanto en ese último concepto “*reposan elementos de juicio que sustentan la inconveniencia de la adopción por parejas del mismo sexo, al concluir que: Ante la incertidumbre en aspectos físicos y psicológicos de su desarrollo que representa para los niños la posibilidad de ser criados y educados por parejas del mismo sexo de una parte; y la evidencia científica interdisciplinaria que confirman que lo óptimo para un ser humano es ser criado y educado por un padre y una madre de otra parte, se sugiere extremar la prudencia y la cautela al tomar una decisión jurídica que afecta el bienestar y el interés superior de los menores*”.

16.- Universidad de los Andes

El Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes señala, por un lado, que los resultados de algunos estudios sobre el tema abordado por la Corte indican que “*los hijos en familias homoparentales caen dentro de los parámetros esperados del desarrollo, es decir, la mayoría expresan niveles altos de conformidad con las normas sociales de género y no manifiestan el deseo de pertenecer a otro sexo*”³⁵⁹. Indica que uno de los aspectos que aparece con frecuencia en las discusiones acerca de la paternidad o maternidad homosexual concierne a la idea de que la crianza que estos ejerzan incrementa la probabilidad de ser homosexual. Sobre este punto, indica:

*“Las investigaciones contradicen esta idea; tanto estudios iniciales sobre padres homosexuales realizados en los años 80, como trabajos realizados en la última década han encontrado que la mayoría de los hijos de padres gay desarrolla una identidad heterosexual y que el porcentaje de hijos que reportan ser homosexuales oscila entre el 5% y el 9%, similar al que se encuentra en la población general. Adicionalmente, se ha logrado establecer que la orientación sexual de los hijos no se relaciona con el número de años que viven en la casa de sus padres homosexuales, ni con la frecuencia o tipo de contacto que tienen ellos mientras viven con sus madres*³⁶⁰. *En cuando a los hijos de madres lesbianas, los hallazgos apuntan a la misma dirección; esto es, el número de hijos que se identifican como homosexuales en este grupo de familias, no es superior al número de hijos con orientación homosexual en familias de madres heterosexuales*³⁶¹”.

Continúa explicando que otra de las preocupaciones a nivel social, judicial y político radica en el efecto que puede tener la orientación sexual de las figuras

³⁵⁹ Golombok, S., Spencer, A., & Rutter, M. (1983). Children in lesbian and single-parent households: Psychosocial and psychiatric appraisal. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 24, 551-572.

³⁶⁰ Patterson, C. J., y Chan, R. (1999). Families headed by lesbian and gay parents. En M. Lamb (Ed.), *Parenting and child development in “nontraditional” families*. (pp. 191-219) Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.

³⁶¹ Golombok, S., Tasker, F., & Murray, C. (1997). Children raised in fatherless families from infancy: Family relationships and the socio-emotional development of children of lesbian and single heterosexual mothers. *Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines*, 38, 783-791.

Green, R., Mandel, J. B., Hotvedt, M. E., Gray, J., Smith, L. (1986). *Lesbian mothers and their children: A comparison with solo parent heterosexual mothers and their children*. *Archives of Sexual Behavior*, 15, 167-184.

parentales en el desarrollo emocional, cognitivo y social de los hijos³⁶². Con respecto a este punto, establece que no se han encontrado diferencias entre los niños criados en familias heterosexuales y en familias del mismo sexo, en términos de comportamiento y adaptación social³⁶³. Además, señala, otros estudios *“no han demostrado diferencias estadísticamente significativas entre hijos/as de madres lesbianas y madres heterosexuales en los principales indicadores de salud mental evaluados (autoestima, ansiedad, depresión, problemas internalizantes y problemas externalizantes)”*³⁶⁴. *Tampoco se han establecido diferencias significativas en medidas de inteligencia, indicadores de rendimiento académico*³⁶⁵ *y en el desarrollo de habilidades sociales*³⁶⁶.

Con sustento en lo anterior y en el resultado de diferentes investigaciones, concluye:

(i) La función principal de la familia es la socialización de sus miembros más jóvenes, función que puede llevarse a cabo de manera efectiva en cualquier tipo de estructura familiar, *“porque la crianza de los hijos y las hijas depende de la disposición y capacidad de las figuras parentales para desempeñar sus funciones de manera efectiva”*.

(ii) El concepto de familia tiende a asociarse solamente al tipo de familia tradicional compuesta por madre, padre e hijos/as, y por eso, parejas del mismo sexo, maternidad, paternidad y familia, han sido conceptos difíciles de asociar para algunos, y totalmente incompatibles para otros³⁶⁷.

(iii) En todos los tipos de familias se pueden encontrar personas homosexuales y bisexuales, al igual que personas heterosexuales; la orientación sexual de las

³⁶² Stacey, J., & Biblarz, T. J. (2001). (How) Does the sexual orientation of parents matter? *American Sociological Review*, 66 (2), 159-183.

³⁶³ Al respecto señala: *“Por ejemplo, se ha encontrado que los niños de madres lesbianas no presentan dificultades de interacción con sus compañeros, ni presentan mayores problemas emocionales o de comportamiento que los niños de parejas heterosexuales. Resultados similares se encontraron en análisis de historias de vida de adultos hijos de padres gay o madres lesbianas. Estos adultos reportan no haber tenido dificultades sociales o problemas emocionales durante la niñez o la adolescencia; la mayoría de ellos no recuerda haber experimentado rechazo, ni haber sido objeto de burlas por parte de los compañeros; sin embargo, un pequeño grupo sí recuerda burlas e indica que estas tendían a estar relacionadas con aspectos de la orientación sexual”*. Patterson, C. J., y Chan, R. (1999). Families headed by lesbian and gay parents. En M. Lamb (Ed.), *Parenting and child development in “nontraditional” families*. (pp. 191-219) Mahwah, NJ. Lawrence Erlbaum.

³⁶⁴ Anderssen, N., Amlie, C. & Ytteroy, E. A. (2002). Outcomes for children with lesbian or gay parents: A review of studies from 1978 to 2000. *Scandinavian Journal of Psychology*, 43, 335-351.

³⁶⁵ Flacks, D. K., Ficher, I., Masterpasqua, F. & Joseph, G (1995). Lesbian choosing motherhood: A comparative study of lesbian and heterosexual parents and their children. *Developmental Psychology*, 31, 105-114.

³⁶⁶ Green, R., Mandel, J. B., Hotvedt, M. E., Gray, J., Smith, L. (1986). *Lesbian mothers and their children: A comparison with solo parent heterosexual mothers and their children*. *Archives of Sexual Behavior*, 15, 167-184.

Wainright, J. L., & Patterson, C. J (2008). Peer relations among adolescents with female same-sex parents. *Developmental Psychology*, 47, 117-126.

Kosciw, J. G. & Díaz, E. M. (2008). *Involved, invisible, ignored: The experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Parents and their children in our nation's K-12 Schools*. New York: GLSEN.

³⁶⁷ Allen, K. R., & Demo, D. H., (1995). The families of lesbian and gay men: A new frontier in family research. *Journal of Marriage and the Family*, 57, 111-127.

Goldberg, A. (2009). *Lesbian and gay parents and their children: Research on the family life cycle*. Washington, D.C.: American Psychological Association.

figuras parentales, *per se*, no establece diferencias significativas en el desarrollo de los hijos y las hijas.

(iv) Independientemente de la orientación sexual de las personas, procesos de búsqueda de la paternidad/maternidad, como la adopción o la inseminación artificial, son prolongados y complejos. En esa medida, estos procesos implican que *“desde antes del contacto con las instituciones, las personas se involucren en una variedad de toma de decisiones tanto individuales como de pareja. El que las personas y parejas decidan acudir a alternativas como la adopción requiere un análisis previo de las razones por las cuales incluyen en su proyecto vitan ser padres o madres, la generación de discusiones sobre el tipo de dinámicas y patrones de funcionamiento que se aspira establecer y, a su vez, la formulación de acuerdos para llevar adecuadamente a cabo las funciones y tareas de crianza. Esto tiene implicaciones importantes en la medida que es antes y durante los procesos de búsqueda de la paternidad/maternidad que se incrementan los deseos e intenciones de las personas para ser buenos padres y madres, lo que contribuye en últimas a que la parentalidad pueda ser llevada a cabo con mayor reflexión, compromiso y responsabilidad”*³⁶⁸.

17.- Universidad ICESI

El decano de la facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad ICESI y el director del Programa de Sociología de la misma facultad, a manera de introducción, ponen de presente que es un hecho indiscutible que las familias homoparentales ya existen y que la evidencia científica revela que los niños y niñas criados por parejas del mismo sexo se desarrollan igual de bien que cuando son criados por parejas de diferente sexo³⁶⁹. Lo anterior, es abordado desde cuatro perspectivas:

a) *La orientación sexual de los padres no afecta el desarrollo psicológico y social de un menor.* Según exponen, las primeras investigaciones que datan de los años 80 encontraron que los menores criados por padres homosexuales o madres lesbianas no presentaban diferencias en su desarrollo emocional, social o psicológico, al compararlos con menores criados por parejas heterosexuales. Al respecto cita algunos estudios de los cuales se destacan los siguientes:

(i) Martha Kirkpatrick y su equipo adelantaron uno de los primeros estudios comparativos entre menores (1981) y concluyeron que no existían diferencias entre ninguno de los dos grupos en lo que a problemas emocionales respecta³⁷⁰. Dos años después, Golombok encontró que solo una minoría

³⁶⁸ Bos, H. W., van Balen, F. & van den Boom, D. (2003). Planned lesbian families: Their desire and motivation to have children. *Human Reproduction*, 18, (10), 2216-2224.

³⁶⁹ American Sociological Association (2014). Concepto científico; Williams Institute, Universidad de California (2014). Concepto científico; Ardila Salcedo, Jaime (2014). Análisis de la evidencia científica con respect a la adopción conjunta y consentida por parte de parejas del mismo sexo; Ministerio de Salud de Colombia (2014). Concepto científico sobre adopción por parte de parejas del mismo sexo. Todos estos documentos pueden consultarse en línea en: <http://www.colombia-diversa.org/>.

³⁷⁰ Cita el interviniente: El estudio incluyó, además de la entrevista de las madres participantes del estudio, la entrevista a los menores por parte de un psicólogo y psiquiatra especializado en menores, sin que estos supieran

presentaba algún problema psiquiátrico significativo, y de esta, la mayoría pertenecía a un hogar heterosexual³⁷¹.

(ii) En el marco del proyecto “*Estudio Longitudinal Nacional de Familias Lesbianas*” (NLLFS, por sus siglas en inglés) se entrevistó a un grupo de madres lesbianas en tres momentos: cuando sus hijos eran bebés, a los cinco años de edad, a los diez y a los diecisiete³⁷². Se corroboró que no existen “*evidencias significativas entre estos menores y el promedio nacional estadounidense en materia de desórdenes del desarrollo [y que] los hijos de madres lesbianas registraban notas escolares significativamente más altas que sus pares de familias heterosexuales, muestran menor comportamiento agresivo y una mayor tendencia a seguir las reglas*”³⁷³.

(iii) Rosenfeld (2010)³⁷⁴, Lavner *et al.* (2012)³⁷⁵ y Potter (2012)³⁷⁶ coincidieron en que no existen diferencias cognitivas o problemas de comportamiento asociadas a la orientación sexual de los padres. Encontraron que las brechas entre niños se deben a cuestiones económicas o de estructura familiar.

Por otro lado, afirman los intervinientes que algunos hallazgos “*apuntan a una mayor vulnerabilidad por parte de los menores criados en hogares de un solo padre o madre*”³⁷⁷. Lo anterior, según Judith Stacey, “*se debe principalmente a la diferencia de recursos que dos personas pueden proporcionar, en comparación con los recursos que proporcionaría una sola*”³⁷⁸. Con base en ello, consideran que las limitaciones para adoptar deben apuntar a asegurar, entre otros aspectos, una adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes, así como su responsabilidad con el cuidado del menor³⁷⁹ y que “*el hecho de no haberse encontrado diferencias*

la orientación sexual de sus madres. Al respecto ver: Kirkpatrick, et al. (1981). Lesbian mothers and their children: a comparative survey, 51 *Am J. Orthopsychiatry* 545.

³⁷¹ Cita el interviniente: Golombok S. et al. (1983). Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal, 24 *J. child Psychol & Psychiatry*. Doce años después estos jóvenes fueron entrevistados y no se encontraron diferencias entre los que fueron criados por personas heterosexuales o lesbianas, al respecto se puede consultar: Tasker F. y Golombok S. (1995). Adults raised as children in lesbian families, 51 *Am J. Orthopsychiatry* 203.

³⁷² Para una descripción de este estudio longitudinal y todas las publicaciones que se han dado en su desarrollo, se puede consultar el link: <http://www.nllfs.org/publications/>

³⁷³ Gartrell N. & Bos, H., (2010) US National Longitudinal lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents, 126 *PEDIATRICS* 28 (2010).

³⁷⁴ Rosenfeld, M.J. (2010). Nontraditional Families and Childhood progress Through School, 47 *DEMOGRAPHY* 755.

³⁷⁵ Lavner, J. A. et al. (2012), Can Gay and Lesbian Parents Promote Healthy Development in High-Risk Children Adopted from Foster Care? 82 *AM. J. ORTHOPSYCHIATRY* 465.

³⁷⁶ Potter, D. (2012). Same-sex Parent Families and Children's Academy Achievement, 74. *J. MARRIAGE & FAM.* 556.

³⁷⁷ Por ejemplo, McLanahan S. (1985). Family structure and reproduction of poverty, 90 *Am. J. Soc.* 878.

³⁷⁸ Stacey J. (2005). Legal recognition of same-sex couples: the impact on children and families, 23 *QLR* 529.

³⁷⁹ Cita el interviniente: “Se dice que *‘Las investigaciones conducidas en más de cincuenta años han establecido firmemente que es la calidad del cuidado parental y la relación entre padre e hijo, y no el género de los padres, lo que predice el desarrollo psicológico del menor. Se ha demostrado que la efectividad del cuidado parental depende contundentemente de factores como la responsabilidad, la confianza, consistencia, afecto y compromiso emocional, así como de la calidad de la relación entre los padres y la disponibilidad de recursos económicos suficientes’*”. Stacey J. (2005). Legal recognition of same-sex couples: the impact on children and families, op. Cit.

entre los hijos criados por homosexuales y heterosexuales evidencia que ambas poblaciones están en las mismas posibilidades de brindar estos factores relevantes”.

b) *Consideraciones económicas sobre la adopción igualitaria.* Comentan que a finales del siglo XX los teóricos del estado de bienestar se dedicaron a abrir el debate sobre quién debe o debería asumir los costos de la educación y la crianza de los niños: el Estado o las familias. Explican que Colombia ha participado en dicho debate estableciendo que la intervención económica del Estado en provisiones sociales relacionadas con el cuidado de los niños debe ser subsidiaria³⁸⁰. Por eso, a juicio de los intervinientes, resulta contradictorio que los argumentos relacionados con la adopción homoparental estén en contravía de la misma; es decir, *“es paradójico que jurídicamente sea sostenible que la discriminación a las parejas del mismo sexo se mantenga al negar las posibilidades de adopción, cuando para el Estado y su política económica sería costo-eficiente asumir los beneficios derivados de la no discriminación”*.

Consideran que en un *“país de huérfanos”*³⁸¹, donde los menores en condición de adoptabilidad albergados en los hogares de paso del ICBF capturan más del 70% del presupuesto de la institución³⁸², *“es razonable y coherente con los argumentos de la política económica que exista una apertura frente a los núcleos familiares y personales que cumplen las condiciones para ofrecerles un mejor futuro a los niños en estas condiciones”*. En su parecer, abrir esa puerta sería más adecuado para el desarrollo de otras agendas, como la asistencia de primera infancia de grupos vulnerables, programas de socialización de trabajo productivo y ayuda a familias vulnerables sisbenizadas.

c) *Construcción social de la institución de la familia.* Sostienen que las ideas que tenemos de qué y quiénes constituyen una familia se construyen socialmente. La idea de familia nuclear, *“constituida por una pareja casada de orientación heterosexual y sus hijos, recrea roles de género tradicionales y trabaja para mantener jerarquías sociales, barreras de exclusión y desigualdad. Como ideal, mantiene un estándar normativo dentro del cual, se supone, deben encajar los actores sociales”*.

No obstante, ponen de presente, las realidades sociales actuales e históricas, en Colombia y en otros contextos latinoamericanos, poco se asemejan al ideal de familia nuclear (existen familias monoparentales, parejas que viven en unión libre, participación de las mujeres en la fuerza laboral, el incremento en la tasa de divorcios, etc.). Sobre este punto mencionan:

³⁸⁰ Entrevista a la Directora Jurídica del ICBF, Rosa María Navarro, 21 de Noviembre de 2012, ICBF. Esta entrevista fue realizada en el marco del trabajo de campo de la tesis doctoral *“Activismo burocrático. La construcción cotidiana del principio de legalidad. Estudio de caso de las madres comunitarias y el programa HCB como un ejercicio de burocracias callejeras”* de Lina Buchely.

³⁸¹ País de huérfanos, 02 de agosto de 2009, Revista Semana. Disponible online en: <http://www.semana.com/noticias-vida-moderna/país-huerfanos/126959.aspx>.

³⁸² Entrevista a la Directora Jurídica del ICBF, Rosa María Navarro, 21 de Noviembre de 2012, ICBF.

“Ligado a lo anterior, cuando una sociedad se pregunta cómo afecta a los niños y niñas ser adoptados por parejas del mismo sexo, de fondo está aspirando a contrarrestar estos efectos con los que se derivan de la adopción por parejas heterosexuales. La pregunta en sí misma erige a la pareja heterosexual adoptante como un tipo ideal de familia, cuyo trabajo de crianza garantizaría el desarrollo integral de los menores, y frente a la cual la pareja del mismo sexo se nos presenta, si no deficitaria, por lo menos susceptible de sospecha”.

Por lo anterior, consideran que la familia nuclear es solo un mito y que *“deseamos algo que existe solo por excepción en nuestro contexto”*. Indica el concepto que, *“según datos del Censo de 1973, el 20% de los hogares colombianos eran liderados por mujeres; para 1995 la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de Profamilia revelaba que este porcentaje ascendía a 25%. Mostró además que en esta sociedad la familia nuclear constituye solo una configuración de un abanico de otras posibles: la citada encuesta de 1995 arrojó que los hogares nucleares constituían el 60% de los hogares en Colombia. En el mismo estudio para el año 2010 se determinó que estos sumaban apenas el 35%. Profamilia presume que el 56% de los niños y niñas crecen en Colombia con un padre y una madre en casa. El 44% restante es criado por familias recompuestas, familias extensas, familias que difieren del modelo nuclear y en medio de las cuales es probable que haya hermanos criando un sobrino común, abuelos criando a sus nietas o parejas del mismo sexo educando a sus hijos*

d) *Crítica a la ideología del “deber ser” de la familia.* Sobre este último punto, explican que las ciencias sociales se han visto influenciadas por los ideales morales de las sociedades que estudian y por el contexto en el que se encuentran inmersos, que no en pocas ocasiones le indica lo que debe ver y cómo lo debe interpretar. Un ejemplo de esa influencia es *“la caracterización de la familia nuclear como un grupo funcional, en el cual cada uno de sus miembros tiene un rol que, a su vez, cumple una función crucial para el éxito de la convivencia familiar y para la formación del menor”*.

Esta teoría, denominada *estructural-funcionalismo*, resalta que entre las tareas más importantes de los padres está enseñarle al menor a identificarse con su rol social biológico, esto es, con el sexo (los hombres son recompensados por asumir una conducta varonil y las mujeres por desenvolverse con feminidad). En ese contexto, *“el fracaso del proceso de socialización de los padres en esta tarea se deriva en la homosexualidad de la persona que se socializa”*.

No obstante, continúan, ese enfoque ha cambiado y el acercamiento de estas teorías a las diversas formas de familia no solo ha sido cerrado, sino excluyente, y esa es la razón por la cual incluyen dentro de sus análisis términos como *“familia incompleta”* o *“familia disfuncional”*. Por eso, consideran que *“las supuestas propiedades beneficiosas de ese modelo, como evitar que los hijos sean homosexuales, no solo no se ha comprobado, sino*

que una sociedad pluralista y diversa impide catalogar como un ‘ser disfuncional’ a una persona homosexual”. Con sustento en todo lo anterior culminan su intervención concluyendo que la evidencia científica demuestra que:

“[L]os niños y las niñas criados por padres del mismo sexo se desarrollan tan bien como aquellos criados por padres de diferente sexo. En ambos casos, los menores crecen con las mismas ventajas y posibles limitaciones, según variables como la estabilidad de la familia y el nivel económico; incluso algunos estudios muestran que los menores criados por parejas de un mismo sexo llegan a tener ventajas claras en su desarrollo tales como mayor empatía con sus pares.

Lo fundamental, desde nuestro punto de vista, es crear mecanismos públicos, legales e institucionales, que garanticen a todas las familias, en su diversidad, protección, cuidado y bienestar material. Acoger la adopción por parejas de un mismo sexo no solo contribuiría a este propósito, sino también, como mostramos, traerá bienestar a más niños y niñas en condición de adoptabilidad, permitiendo que los recursos de instituciones como el ICBF se destinen a otros programas de protección de la infancia. Finalmente, pero no menos importante, acoger la adopción por parejas de un mismo sexo es un paso más en favor de una sociedad democrática, pluralista e incluyente”.

18.- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

En escrito radicado el 11 de marzo de 2015, el representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Todd Howland, allegó el concepto de esa organización sobre el asunto que se estudia³⁸³.

Comienza por señalar que la orientación sexual y la identidad de género del menor, de sus padres, tutores, representantes legales o familiares *“son motivos respecto de los cuales está prohibido discriminar bajo la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia”*³⁸⁴.

Menciona que la evaluación del interés superior del menor debe abarcar el derecho del niño a ser escuchado, a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan³⁸⁵. En el caso específico de los menores adoptados por parejas homosexuales o que viven en familias con parejas del mismo sexo, agrega, es obligación del

³⁸³ Mediante escrito presentado ante la Corte Constitucional el 25 de marzo de 2015, el Procurador General de la Nación solicita no tener en cuenta el documento emitido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Colombia, por haber sido presentado en forma extemporánea.

³⁸⁴ Convención sobre los derechos del niño, art. 2, CRC/C/GC/15 párr. 8, A/HRC/19/41

³⁸⁵ Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial; CRC/C/GC/14, párr. 43-45.

Estado garantizar el derecho de los niños en esa situación a ser escuchados, tomando en cuenta la evolución de sus facultades.

Respecto de la definición de familia, sostiene que el Comité de los Derechos del Niño reconoce que *“existen diversas estructuras de familia (...) y que los modelos son variables y cambiantes, que existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras de crianza de los niños y que diversos modelos familiares pueden ser compatibles con la promoción del bienestar del menor”*³⁸⁶. Así mismo, que el Comité ha hecho hincapié en que lo particularmente importante para el desarrollo físico, personal y psicológico de los niños en la primera infancia es un pequeño número de relaciones estables y afectuosas, pero no hace referencia a la orientación sexual de los padres³⁸⁷.

Continúa señalando que, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del menor no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una madre o de un padre con base en su orientación sexual³⁸⁸, y que no son admisibles las consideraciones de conducta parental cuando no existen pruebas específicas que demuestren el impacto negativo de tal conducta en el bienestar y desarrollo del niño o la niña³⁸⁹. De igual forma, agrega, la Corte IDH ha sostenido que la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, que podrían enfrentar los menores por razones de orientación sexual de sus padres, pueda servir de sustento jurídico para perpetuar tratos discriminatorios o considerarse un daño válido para los efectos de la determinación del interés superior del menor³⁹⁰.

Por otro lado, hace referencia a los estudios científicos en relación con los efectos que para el desarrollo integral de un menor tendría el hecho de ser adoptado por una pareja del mismo sexo. Al respecto, señala que *“existe un consenso claro y consistente en el sentido de que ser criado por una pareja del mismo sexo o por una pareja del sexo opuesto no tiene incidencia en sí en el bienestar de un niño”*.

Indica que no se detectan diferencias en el bienestar de los niños criados por parejas del mismo sexo comparado con aquellos criados por parejas heterosexuales, respecto de múltiples variables como el desempeño académico, desarrollo cognitivo, desarrollo social y salud mental. Al contrario, el bienestar del menor está relacionado más bien con la estabilidad y la calidad de la relación entre los padres y el niño, y la estabilidad de la relación entre los padres³⁹¹.

³⁸⁶ Observación General N° 7 (2005), realización de los derechos del niño en la primera infancia CRC/C/GC/14, Rev. 1 párr. 15, 19.

³⁸⁷ Op. Cit., CRC/C/GC/14, Rev. 1 párr. 19.

³⁸⁸ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas contra Chile, Serie C. No. 239, párr. 110.

³⁸⁹ Corte IDH, Op. Cit., Serie C. No. 239, párr. 127.

³⁹⁰ Corte IDH, Op. Cit., Serie C. No. 239, párr.

³⁹¹ van Rijn-van Gelderen et al (2015) "Dutch adolescents from lesbian-parent families: How do they compare to peers with heterosexual parents and what is the impact of homophobic stigmatization?", Journal of Adolescence, 40, 65-73., Shechner et al (2013) "Children's adjustment in non-traditional families in Israel: the effect of parental sexual orientation and the number of parents on children's development", Child: Care,

Hace referencia igualmente a los informes científicos de los peritos Uprimny y Jernow³⁹², que tuvo en cuenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y niñas contra Chile, a partir de los cuales concluyeron que: “i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños.”³⁹³

Finalmente, cita lo sostenido por la Academia Colombiana de Psiquiatría según la cual “la evidencia científica internacional disponible hasta el momento permite afirmar que el desarrollo psicológico y social de los niños en custodia, adopción, visita o cuidado subrogado por padres homosexuales o parejas del mismo sexo no muestra diferencias en comparación con los de padres heterosexuales (...) la evidencia científica internacional claramente sugiere que el bienestar físico, psicológico y emocional de los niños está determinado por múltiples variables interactuantes como el afecto, la calidad de la interacción, la capacidad de ofrecer seguridad y confianza, la dedicación y el compromiso de la familia, independientemente de la orientación sexual de los padres”³⁹⁴.

Health, & Development, 39(2), 178-184, Crouch et al (2014) "Parent-reported measures of child health and wellbeing in same-sex parent families: a cross-sectional survey. BMC Public Health", 14 (635), 1-12.

³⁹² American Psychology Association, *Polky Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children*, Adopted by the APA Council of Representatives July 28 / 30, 2004; R. McNair, D. Dempsey, S. Wise, A. Perlesz, *Lesbian Parenting: Issues Strengths and Challenges*, en: Family Matters Vol. 63, 2002, Pág. 40; A. Brewaeys, I. Ponjaert, E.V. Van Hall, S. Golombok, *Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families*, en: Human Reproduction Vol. 12, 1997, Pág. 1349 y 1350; Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, American Journal Orthopsychiatry Vol. 65, 1995, Pág. 203; K. Vanfraussen, I. Ponjaert-Kristofferson, A. Brewaeys, *Family Functioning in Lesbian Families Created by Donor Insemination*, en: American Journal of Orthopsychiatry Vol. 73, 2003, Pág. 78; Marina Rupp, *The living conditions of children in same-sex civilpartnerships*, Ministerio Federal de Justicia de Alemania, 2009, Pág. 27; Henry M.W. Bos, Frank

van Balen, Dymphna C. van den Boom, *Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families*, en: Journal of Child Psychology and Psychiatry Vol. 45, 2004, Pág. 755; Rafael Portugal Fernandez, Alberto Arauxo Vilar, *Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción en parejas homosexuales*, en: Avances en salud mental relacional Vol. 3, 2004; Stéphanie Nadaud, «Quelques repères pour comprendre la question homoparentale», en: M. Gross, Homoparentalités, état des lieux, Ed. érés «La vie de l'enfant», Toulouse, 2005, y Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, en: American Journal Orthopsychiatry Vol. 65, 1995, Pág. 203

³⁹³ Cita 34.

³⁹⁴ Comunicado de la Asociación Colombiana de Psiquiatría, 16 de febrero de 2015

TABLA DE CONTENIDO

SENTENCIA C-683 DE 2015	1
I. ANTECEDENTES	1
II. NORMAS DEMANDADAS.....	4
III. LA DEMANDA	7
IV. INTERVENCIONES	12
1.- Ministerio de Salud y Protección Social.....	12
2.- Fiscalía General de la Nación	14
3.- Defensoría del Pueblo	16
4.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.....	18
5.- Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-.....	19
6.- Universidad Libre	19
7.- Universidad Autónoma de Bucaramanga	19
8.- Universidad de Medellín.....	20
9.- Universidad del Norte	22
10.- Universidad de La Sabana	22
11.- Institución Universitaria de Envigado	23
12.- Dejusticia – Colombia Diversa	24
13.- Comisión Colombiana de Juristas	27
14.- Academia Colombiana de Jurisprudencia	27
15.- Profamilia.....	28
16.- Grupo de apoyo a mamás lesbianas.....	29
17.- Centro de estudios e intervenciones en Derechos Humanos –Diknos-	30
18.- Iglesia Evangélica Luterana de Colombia	30
19.- Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (Amicus Curiae)	31
20.- Yarumal Crítica (Amicus Curiae).....	31
21.- Intervención ciudadana (Javier Mauricio Rodríguez Olmos).....	32
22.- Intervención ciudadana (Alejandro Badillo Rodríguez y otros).....	33
23.- Intervención ciudadana. Amicus Curiae del Instituto Williams de la Universidad de California (EEUU).....	33
24.- Intervención ciudadana. Amicus Curiae de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT).....	34
25.- Intervención ciudadana. Amicus Curiae de la Facultad de Derecho de American University (EEUU).....	34
26.- Intervención ciudadana (Carlos Fernando Reyes Moreno)	35
V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN	36
VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	38
1.- Competencia	38
2.- Solicitudes previas de traslado, recusación y nulidad	38
3.- Breve presentación del caso.....	42
4.- Cosa juzgada relativa en cuanto a los cargos por vulneración del principio de igualdad y derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia (arts. 13 y 42 CP).....	43
5.- Aptitud de la demanda por desconocimiento del interés superior del menor (art. 44 CP)	51
6.- Problema jurídico.....	53

7.- El interés superior del menor, el derecho a tener una familia y la adopción como medida de protección.....	54
7.1.- El interés superior del menor y su relevancia constitucional	54
7.2.- El derecho a tener una familia	60
7.3.- La adopción y el interés superior del menor como principio rector.....	65
8.- Adopción por parejas del mismo sexo e interés superior del menor.....	70
8.1.- Experiencias en el derecho comparado sobre adopción por parejas con orientación sexual diversa e interés superior del menor	71
8.1.1.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos	72
8.1.2.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	77
8.1.3.- Estados Unidos.....	84
8.1.4.- México	90
8.1.5.- España	93
8.1.6.- Sudáfrica	94
8.1.7.- Alemania	96
8.1.8.- Canadá.....	98
8.1.9.- Italia	102
8.1.10.- Austria.....	103
8.1.11.- Conclusiones	104
8.2.- La evidencia científica indica que la adopción por parejas del mismo sexo no compromete ni afecta el interés superior del menor.....	104
8.3.- Orientación sexual diversa, idoneidad moral para adoptar e interés superior del menor en la jurisprudencia constitucional	132
8.4.- Conclusiones	144
9.- Análisis constitucional de las normas demandadas	145
9.1.- Normas acusadas y neutralidad de la ley respecto de la orientación sexual de los aspirantes a adoptar.....	145
9.2.- Excluir la adopción de menores por parejas del mismo sexo genera un déficit de protección y vulnera el interés superior del menor	148
10.- Constitucionalidad condicionada de las normas demandadas	151
VII.- DECISIÓN	154
ANEXO -CONCEPTOS CIENTÍFICOS-	157
1.- Ministerio de Salud y Protección Social.....	157
2.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.....	159
3.- Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia	166
4.- Departamento de Pediatría de la Universidad Nacional de Colombia	169
5.- Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional	171
6.- Departamento de Sociología de la Universidad de Antioquia.....	172
8.- Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia.....	177
9.- Instituto de Psicología de la Universidad del Valle	177
10.- Programa Académico de Sociología de la Universidad del Valle.....	179
12.- Pontificia Universidad Javeriana	182
13.- Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario	184
14.- Facultad de Psicología de la Universidad de la Sabana	185
15.- Facultad de Medicina de la Universidad de la Sabana	187
16.- Universidad de los Andes	190
17.- Universidad ICESI	192

18.- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos..... 196