

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

COMUNICADO No. 35
Agosto 28 de 2014

EN EL CASO DE LA ADOPCIÓN POR CONSENTIMIENTO, ESTO ES CUANDO UNA PERSONA ADOPTA EL HIJO BIOLÓGICO DE SU COMPAÑERO(A) PERMANENTE, LA CONDICIÓN DE HOMOSEXUAL DE LA PAREJA ADOPTANTE NO PUEDE SER FUNDAMENTO PARA RESOLVER NEGATIVAMENTE EL RESPECTIVO TRÁMITE ADMINISTRATIVO. UNA DECISIÓN NEGATIVA CON ESTA PRINCIPAL MOTIVACIÓN VULNERA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS DOS MIEMBROS DE LA PAREJA Y DEL MENOR CUYA ADOPCIÓN SE PRETENDE, A TENER UNA FAMILIA Y A LA AUTONOMÍA Y UNIDAD FAMILIAR.

I. EXPEDIENTE T-2.597.191 - SENTENCIA SU-617/14 (Agosto 28)

M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional examinó la acción de tutela instaurada por la menor Lakmé y las señoras Turandot y Fedora contra la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro¹, quienes solicitaron que se ordenara a las autoridades administrativas expedir la autorización para la declaración judicial del vínculo filial entre Lakmé y Fedora, por tener esta última la calidad de compañera permanente de Turandot, quien es la madre biológica de la menor. Esta autorización fue negada por la entidad accionada al declarar la improcedencia de la solicitud de adopción presentada en febrero de 2009, argumentando, por un lado, que no se había satisfecho el requisito de acreditar la convivencia entre la solicitante y la adoptante durante al menos dos años ininterrumpidos, y por otro, que la legislación vigente, y en particular, el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con el artículo 42 de la Carta Política y las sentencias C-029 de 2009 y C-814 de 2001 de esta Corporación, no contempla la adopción por parejas del mismo sexo.

A juicio de las accionantes, la actuación y la decisión de la entidad administrativa habrían vulnerado el derecho al debido proceso por haber incurrido en varias irregularidades de orden procedimental al sustanciar, tramitar y resolver la solicitud de adopción, y además, sería materialmente contraria a un amplio repertorio de principios y derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad, el interés superior del niño, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y los principios de dignidad humana y pluralismo, por negar la adopción con fundamento en el carácter homosexual de la pareja solicitante.

A la luz de los problemas jurídicos que surgen del caso que dio lugar a la solicitud del amparo, la Corte Constitucional circunscribió su pronunciamiento a la solución de la controversia que surge en torno a la adopción por consentimiento, esto es, la que se da cuando el padre o la madre biológicos de un menor de edad consiente en que éste sea adoptado por su compañera o compañero permanente, cuando quienes pretenden la adopción por esta vía integran una pareja del mismo sexo.

2. En este sentido la Sala Plena decidió en el presente caso:

¹ Mediante auto del 4 de octubre de 2010, el entonces magistrado sustanciador ordenó mantener en reserva los nombres reales de las accionantes, para asegurar su intimidad e integridad síquica y moral.

PRIMERO.- LEVANTAR LA ORDEN DE SUSPENSIÓN del trámite de revisión de la tutela entablada por Lakmé, Turandot y Fedora contra la Defensoría de Familia No. 2 de Ríonegro.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia expedida el día 4 de noviembre de 2009 por el Juzgado Primero Penal con Funciones de Conocimiento y confirmada en sentencia del 20 de enero de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, sin que ello implique la ineficacia de los trámites surtidos para la toma de la decisión administrativa. En su lugar, CONCEDER EL AMPARO de los derechos fundamentales de la menor Lakmé y de las peticionarias Turandot y Fedora a la autonomía familiar y a tener una familia.

TERCERO.- ORDENAR a la Defensoría de Familia No. 2 de Ríonegro que revoque la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción, fundada en la homosexualidad de la pareja conformada por Turandot y Fedora, y que, en su lugar, se continúe con el trámite administrativo correspondiente, sin que tal consideración pueda ser invocada para excluir la adopción de Lakmé, y sin perjuicio de que las autoridades exijan el cumplimiento de los demás requisitos legales, con estricta sujeción a los perentorios términos previstos para este trámite.

CUARTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

3. En este contexto, y después de descartar las afectaciones al debido proceso alegadas en la demanda de amparo, la Corte entró a definir si las decisiones de las instancias administrativas o judiciales que declaran la improcedencia de la solicitud de adopción de un menor de edad por parte del(a) compañero(a) homosexual del padre o madre biológico del niño que consiente en ello, con fundamento exclusivo en que los integrantes de la pareja son del mismo sexo, vulneran los derechos constitucionales del menor o de los adultos interesados en la constitución de la relación filial.

La Corte consideró, por un lado, que en cuanto la decisión de la autoridad accionada responde a una interpretación razonable del ordenamiento jurídico, la misma no puede censurarse por infringir el marco legal aplicable o por hacer una lectura discriminatoria del mismo. Lo primero por cuanto es posible interpretar que, de acuerdo con la ley, sólo las parejas heterosexuales están habilitadas para adoptar a menores de edad, y lo segundo porque, también de acuerdo con la ley, la adopción se orienta a establecer la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza, esto es, a suplir la falta de un padre, o de una madre, o de ambos. Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación concluyó que, cuando la autoridad administrativa excluye la posibilidad de la adopción por consentimiento con fundamento en el carácter homosexual de la pareja requirente, vulnera los derechos de todos ellos a la autonomía familiar y a tener una familia, por cuanto se desconoce, sin razón que lo justifique, la existencia de un arreglo familiar en el que el menor, por voluntad de su padre o madre biológicos, comparte la vida con el compañero o compañera del mismo sexo de aquél, y en el que se conforma un vínculo sólido y estable entre ellos, a partir del cual el adulto ha asumido las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial.

Así las cosas, aunque las decisiones de los jueces de instancia concedieron el amparo, ordenando la continuación del trámite administrativo de adopción con observancia del derecho al debido proceso, del interés superior del menor y el derecho a la igualdad, la Sala Plena de la Corte procedió a revocar esos fallos, porque la determinación se adoptó a partir de consideraciones constitucionales distintas a las que se estiman pertinentes, y porque en razón de la amplitud y generalidad de la orden, la misma no se traduce en una efectiva protección de los derechos que se encuentran vulnerados.

Por consiguiente, la Corte concedió el amparo solicitado y, en consecuencia, revocó la decisión de declarar la improcedencia de la adopción, y ordenó que se prosiga con el respectivo trámite, sin que el carácter homosexual de la pareja conformada por Turandot y Fedora pueda ser invocado para excluir la adopción de Lakmé. Adicionalmente, y en atención a la necesidad de proteger los derechos fundamentales afectados, que lo son de manera especial, precisamente, en razón de la indefinición jurídica que ha rodeado a este núcleo familiar, se dispuso que las autoridades actúen con estricta sujeción a los perentorios términos fijados en la ley, y se ordenó también preservar todas las actuaciones de impulso del trámite que se hayan cumplido con anterioridad a esta sentencia.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los Magistrados **Martha Victoria Sáchica Méndez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** manifestaron su salvamento de voto en relación con la decisión adoptada por la Sala Plena en el caso concreto, toda vez que no comparten ni los fundamentos, ni la conclusión a la que finalmente se llegó por la mayoría, al conceder la tutela solicitada por las señoras *Turandot y Fedora* y la menor *Lakmé*, por las siguientes razones:

La adopción no es un derecho sino una medida de protección:

En primer lugar, observaron que la sentencia SU-617/14, parte de una concepción equivocada de la adopción, como quiera que esta figura no constituye un derecho, sino que 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*" (art. 61, Código de la Infancia y la Adolescencia).

No se trata, por tanto, de un derecho-facultad que les permita a las personas decidir adoptar un hijo y que en ese sentido, el Estado les tenga que garantizar el cumplimiento de esa aspiración. Advirtieron que la adopción es, entre todas las medidas de restablecimiento de los derechos del menor (art. 51 Ib.), la única que no es transitoria, sino que por implicar una modificación de la relación paterno-filial es de naturaleza irrevocable y permanente. Por su relevancia para el menor y la sociedad, la adopción es una facultad de la cual es titular y responsable el Estado, por lo cual nunca es automática, ni siquiera en los casos en que medie la voluntad directa de los padres biológicos del menor (art. 68.5 Ib.). Así mismo, siempre, sin ninguna excepción, la medida de protección debe estar precedida de un proceso administrativo a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familia, ICBF a través de las defensorías de familia y los jueces de familia, quienes son las autoridades competentes para evaluar las condiciones de vulnerabilidad para sus derechos en que se encuentra un menor, que concluye con la declaratoria de adoptabilidad y posteriormente, las condiciones favorables para su desarrollo que deben tener las familias adoptantes. Es potestad de las autoridades competentes, establecer si las condiciones de la familia adoptante son las más propicias para el bienestar del niño.

Es por ello que no puede considerarse que la negativa del ICBF, en el caso concreto, de no dar trámite a la solicitud de adopción, constituya algún trato discriminatorio por razón de la opción sexual. A juicio de los Magistrados **Sáchica Méndez, Mendoza Martelo y Pretelt Chaljub**, con esta decisión se terminó derogando la potestad que tienen los defensores y jueces de familia para determinar cuándo una medida de adopción es procedente o no por vía de tutela, lo cual extralimita el ámbito propio de protección de los derechos del menor.

La Corte desconoció en el caso concreto la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de parejas de personas adultas del mismo sexo:

Si bien en la sentencia se sostiene que la tutela se dirige a proteger el interés superior de los niños, lo cierto es que la Corte asume de manera intuitiva, que con la decisión del ICBF se vulneraron derechos fundamentales de la menor Lakmé, sin analizar en profundidad, si existen condiciones que ameritan la medida de protección ante una vulneración de los mismos.

En realidad, la Corte deja de lado este aspecto crucial para la procedencia del amparo constitucional y fundamenta esencialmente su decisión en la vulneración de los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad y de los principios de dignidad humana y pluralismo que consideró fueron desconocidos por el ICBF al haberse negado la adopción con fundamento en la condición homosexual de la pareja solicitante. Es decir, en los derechos de *Turandot* y *Fedora*.

De otro lado, los Magistrados disidentes observaron que aunque a partir de la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional admitió que las parejas del mismo sexo sí constituyen familia, también señaló que la configuración de un estado civil y el establecimiento de derechos es competencia del Constituyente o del Congreso. Advertieron que el carácter de familia que se reconoció en dicha sentencia a las uniones de parejas del mismo sexo, se hizo desde la perspectiva de la autonomía personal, es decir, de la voluntad propia, privada e interna de conformar una familia, mientras que permitir la adopción a estas parejas implica hacer este reconocimiento de la familia, omitiendo considerar que no se trata de un asunto exclusivo y reservado a dos personas adultas, sino que están de por medio los derechos y el interés superior del niño y el interés general, omitiendo considerar que cuando se hace referencia a la adopción de un hijo, se alude a un contexto en que el Estado interviene en virtud de la relevancia social, para preservar ese interés de los menores y de la familia, como núcleo esencial de la sociedad.

Los Magistrados **Sáchica Méndez, Mendoza Martelo y Pretelt Chaljub** reafirmaron que en que la decisión de reconocer de manera general esos derechos a las parejas del mismo sexo no es labor del juez constitucional, y mucho menos, de las autoridades administrativas, porque el escenario natural y propicio para ese efecto es el Congreso de la República, en donde hay un sustrato de representación democrática, pues allí tienen asiento los distintos grupos que conforman nuestra sociedad, elegidos por la voluntad popular, lo que permite una deliberación amplia y prolija sobre un asunto tan trascendental como el de los derechos de las parejas del mismo sexo, representación democrática que presenta un déficit en tratándose de esta Corporación, porque si bien sus miembros son electos por el Senado de la República de sendas ternas que conforman el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, no puede compararse con la que tiene el Congreso de la República ni mucho menos con su función deliberativa.

La Magistrada **María Victoria Calle Correa** acompañó parcialmente esta decisión por considerar que constituye un avance significativo en la protección de la familia. Sostuvo que se trata de un paso importante, por cuanto consolida la jurisprudencia constitucional en la materia, y en especial el precedente fijado en la sentencia C-577 de 2011, en el sentido de reconocer que la garantía conferida por el artículo 42 superior comprende las múltiples formas de familia que existen en la sociedad. La sentencia que hoy se profiere mantiene esta orientación y además constituye un avance, al señalar y poner en práctica la inviolabilidad de la autonomía, la honra y la dignidad de *toda familia*. La sentencia ampara el derecho de los menores que crecen en el seno de una familia conformada por una pareja del mismo sexo a continuar recibiendo su amor y cuidados, y a no ser separados de ella por motivos discriminatorios.

No obstante lo anterior, la Magistrada **Calle Correa** salvó parcialmente su voto por considerar que la Corte, además de tutelar los derechos a la autonomía familiar y a tener una familia de la menor y las accionantes, debió – junto a la protección de los derechos de igualdad de la niña - amparar el derecho de sus madres a la no discriminación. Acompañó entonces la decisión de revocar las sentencias proferidas por los jueces de instancia no porque discrepara totalmente de sus fundamentos y conclusiones, en particular de la protección dispensada al derecho a la igualdad, sino con el propósito estrictamente instrumental de facilitar la comprensión de la decisión adoptada por la Sala Plena, sin que para ello se requiriera acudir a los fallos de instancia. En su concepto, la Sala debió retomar y fortalecer la protección del derecho a la no discriminación de las madres tutelantes que estuvo presente en la decisión del juez de primera instancia.

De otra parte, la Magistrada **María Victoria Calle Correa** y los Magistrados **Jorge Iván Palacio Palacio** y **Luis Ernesto Vargas Silva** aclararon su voto en relación con el sentido que debe dársele a la orden impartida, y con respecto a algunas consideraciones de la parte motiva de la sentencia. Resaltaron que la sentencia contiene un gran número de dichos de paso (*obiter dicta*), que deben ser claramente distinguidos de la regla de decisión y las órdenes impartidas en el caso concreto. Existen muchas hipótesis fácticas no consideradas, las cuales en el futuro, cuando se sometan a la consideración de los Tribunales, tendrán que ser valoradas específicamente, con pleno respeto por el derecho a la igualdad. En este tipo de procesos es muy importante la prudencia judicial y no anticipar pronunciamientos sobre otros casos.

A continuación se resaltan los principales puntos sobre los que versa la aclaración de voto de los Magistrados **Calle Correa, Palacio Palacio** y **Vargas Silva**:

1. La orden que impartió la Corte en este caso proscribió que la 'homosexualidad de la pareja' sea tenida en cuenta como un factor relevante en el trámite de adopción. El sentido que –en criterio de estos Magistrados- debe dársele a esos términos es integral, y en esa medida los mismos no se refieren sólo a la orientación sexual, sino incluso al sexo de quienes integran 'la pareja'. La sentencia escogió deliberadamente hablar de homosexualidad 'de la pareja', como una forma de sintetizar ambas condiciones. La Corte exige entonces no sólo que la orientación sexual no sea tomada en consideración (homosexualidad), sino también que deje de tenerse como dato relevante la conformación de la pareja por personas del mismo sexo (homosexualidad de la pareja). Por ende, durante el trámite de adopción tanto el sexo como la orientación sexual de quienes conforman la familia han de ser considerados con el mayor respeto, sin que puedan ser motivos de discriminación (CP art 13). También precisaron que la orden se orienta a continuar los trámites en curso sin que se afecten las etapas ya surtidas.

2. Aclararon que las consideraciones de la ponencia sobre las características de la adopción fueron ampliamente discutidas, sin que lograra imponerse una concepción en específico sobre la que actualmente prohíja la ley. Mientras esta sentencia sostiene que la adopción busca suplir vínculos filiales establecidos de manera natural, el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia la concibe como una medida de protección que busca 'establecer de manera irrevocable una relación filial entre personas que no la tienen por naturaleza'. La Ley no habla –como se ve- de la adopción como una institución reducida a la función de suplir vínculos naturales, sino que la concibe como instituto que permite incluso expandir, gracias a la libertad jurídica, nuestros confines biológicos para crear vínculos entre quienes no los tienen 'por naturaleza'. Esta concepción tiene una clara justificación constitucional, no sólo en cuanto maximiza el derecho a la libertad individual, sino también porque –en beneficio de los menores- expande la protección jurídica hacia formas diversas y legítimas de construir relaciones afectivas y de solidaridad entre los miembros de una familia.

3. Aclararon también que la sentencia C-814 de 2001 no constituye un precedente para este caso. Lo que se discutió en esa ocasión era si una regulación legal expedida antes de la Constitución de 1991 pero hasta entonces vigente, según la cual la adopción correspondía a parejas de sexo distinto, resultaba legítima a la luz de la Carta. Aunque la Corte sostuvo que la norma era admisible, eso sólo significa que – para esa época- el legislador podía configurar la adopción de esa manera. La legislación y la jurisprudencia constitucional son ahora distintas, al experimentar un inocultable avance hacia la eliminación de toda forma de discriminación contra este tipo de parejas. Por tratarse entonces de una sentencia sobre una disposición preconstitucional hoy derogada, anterior a la jurisprudencia sobreviniente sobre protección integral de la familia integrada por personas del mismo sexo, la sentencia C-814 de 2001 no contiene una regla decisoria para casos de esta naturaleza.

4. La sentencia afirma que la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado. Los Magistrados **Calle Correa, Palacio Palacio** y **Vargas Silva** aclararon su voto para indicar que este obiter, además de carecer de toda justificación constitucional, no refleja la consolidada jurisprudencia de la Corte sobre la igual dignidad de todas las formas de familia, expresada de manera unánime en la sentencia C-577 de 2011.

5. Por último, destacaron la importancia de resaltar que la familia de la menor Lakmé constituida por sus madres Turandot y Fedora, bajo el orden constitucional vigente tiene igual dignidad que las demás. Como decía el Magistrado *Ciro Angarita Barón, 'la familia está donde están los afectos'*.

De igual manera la Magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** anunció la presentación de una aclaración de voto a esta sentencia. Al respecto dijo que aunque comparte la parte resolutive de la providencia en cuanto concedió el amparo de los derechos de la menor de edad y de las peticionarias a tener una familia y ordenó al ICBF continuar el trámite de adopción sin considerar la condición sexual de las aspirantes, se separa de la decisión mayoritaria en varios aspectos de su fundamentación y decisión. En resumen, las razones expuestas por la Magistrada **Ortiz Delgado** fueron las siguientes:

1. No comparte la decisión de mantener en la sentencia el anonimato de las accionantes, no sólo porque ellas levantaron esa reserva al salir a los medios de comunicación a exponer su historia, con plena identificación de su identidad, sino también porque al ocultar los nombres de las parejas homosexuales se mantiene el estigma discriminatorio y la invisibilidad de una condición protegida constitucionalmente.

2. Aunque la sentencia reconoce la existencia de la familia en casos distintos a las uniones de un hombre y una mujer, la interpretación de los precedentes jurisprudenciales no es fidedigna respecto de los avances en la protección constitucional a la familia plural que se obtuvieron con la sentencia C-577 de 2011. La Magistrada disidente manifestó que la jurisprudencia no sólo ha señalado que la protección a las familias plurales surge del déficit de protección legal, sino también de la prohibición de la discriminación señalada en el artículo 13 superior.

3. La sentencia omite el análisis de la violación del derecho a la igualdad de las familias conformadas por parejas homosexuales, pues si bien es cierto el derecho de los niños y niñas a tener una familia es prevalente, no lo es menos que la diferencia de trato basada en la orientación sexual no es una justificación constitucionalmente admisible. Para la Magistrada **Ortiz**, no existen pruebas, ni estudios ni razones suficientes que muestren que los homosexuales no pueden preservar los intereses de cuidado, amor, protección, educación y vida en condiciones dignas de los menores de

edad. Por consiguiente, a su juicio, argumentar que el principio de interés superior del niño o niña justifica el trato distinto de las parejas homosexuales, implica mantener un prejuicio inconstitucional. En este caso, era plenamente aplicable lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 24 de febrero de 2012, caso Atala Riffo y niñas contra Chile.

4. En aplicación de los derechos de los menores de edad a tener una familia y de los aspirantes a adoptar a no ser discriminados, la adopción de menores de edad debía ser autorizada en todos los tipos de adopción. La diferencia de trato introducida por la Corte no sólo mantiene la discriminación y con ella la búsqueda de instrumentos de hecho para conformar una familia, sino que desprotege los intereses de los niños y niñas que aspiran a tener una familia.

5. El cambio normativo suscitado con la derogatoria del artículo 90 del anterior Código del Menor que exigía como requisito para adoptar una "pareja formada por el hombre y la mujer" y su reemplazo por el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 que autoriza a adoptar a quienes cumplieron 25 años de edad, siendo solteros, cónyuges o compañeros permanentes "que demuestren una convivencia interrumpida de por lo menos dos (2) años", tiene una implicación clara que fue desconocida en la sentencia. Así, consideró la Magistrada **Ortiz** que el legislador legitimó a las parejas homosexuales a adoptar niñas y niños en situación de abandono o hijos de sus compañeros o compañeras.

Finalmente, el Magistrado **Mauricio González Cuervo** se reservó la posibilidad de presentar una aclaración de voto.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Presidente