

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

COMUNICADO No. 6
Febrero 18 de 2015

I. EXPEDIENTE D-10.315 - SENTENCIA C-071/15
M. P. Jorge Iván Palacio Palacio

LA CORTE DECLARÓ EXEQUIBLES APARTES DE LOS ARTÍCULOS 64, 66 Y 68 DE LA LEY 1098 DE 2006 Y 1º DE LA LEY 54 DE 1990 Y PRECISÓ QUE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO SÓLO PUEDEN ADOPTAR CUANDO LA SOLICITUD RECAIGA EN EL HIJO BIOLÓGICO DE SU COMPAÑERO O COMPAÑERA PERMANENTE.

1. Normas acusadas

LEY 1098 DE 2006
(noviembre 8)

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
(diciembre 28)

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

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

2. Decisión

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*".

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

3. Fundamentos de la decisión

3.1. Teniendo en cuenta que algunos intervinientes y el Ministerio Público plantearon serias dudas acerca de la aptitud de la demanda y la eventual existencia de cosa juzgada constitucional, la Corte encontró necesario analizar previamente esos asuntos: **(i)** de un lado, examinó si la demanda reunía las exigencias para abordar un pronunciamiento de fondo. Al respecto, constató que la demanda era apta en relación con los cargos por la presunta vulneración del principio de igualdad (art. 13 CP) y del derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia (art. 42 CP). **(ii)** Sin embargo, la Sala consideró que la demanda no cumplía las exigencias mínimas de especificidad y suficiencia para abordar un análisis de fondo en cuanto al cargo por desconocimiento del interés superior de los niños, niñas y adolescentes (art. 44 CP.). En consecuencia, por ineptitud sustantiva de la demanda, la Corte se inhibió de pronunciarse al respecto. **(iii)** De otro lado, la Corporación concluyó que no existía cosa juzgada constitucional respecto de las normas acusadas de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), ni respecto del artículo 1º de la Ley 54 de 1990 (Régimen de las Uniones Maritales de Hecho).

3.2. Resueltas las cuestiones procesales previas, la Corte resolvió dos problemas jurídicos: en primer lugar, si las reglas sobre la adopción conjunta, ejercida por compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, violaban el derecho de las parejas conformadas por personas del mismo sexo a la no discriminación y a constituir una familia (arts. 13 y 42 CP). En segundo lugar, si las normas sobre adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente, con la anuencia de éste, desconocían el derecho de las parejas constituidas por personas del mismo sexo a la no discriminación y a conformar una familia (arts. 13 y 42 CP).

3.3. En lo relativo a la adopción conjunta (núm. 1º del art. 64 y núm. 3º del art. 68 la Ley 1098 de 2006), la Corte consideró que las expresiones impugnadas no desconocían la prohibición de discriminación por orientación sexual (art. 13 CP), ni lo atinente a las normas que en el artículo 42 de la Constitución se refieren a la familia. Sobre el particular, consideró que es facultad del Congreso determinar los efectos de la adopción estableciendo quiénes pueden ser adoptantes.

Precisó además que la extensión del nuevo concepto jurisprudencial de familia contenido en la sentencia C-577 de 2011 no implica una extensión automática y uniforme para todos los efectos legales y mucho menos para la adopción, en la cual debe atenderse al interés superior del menor de edad y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

La Sala sostuvo que la institución de la adopción conjunta, en las normas acusadas, está concebida y diseñada para suplir las relaciones de paternidad y maternidad, razón por la cual – según la opción actual del Legislador- sólo pueden acudir a esta institución las parejas conformadas por hombre y mujer, lo cual no contradice ni el derecho a la igualdad, ni los preceptos del artículo 42 Superior que se refieren a la familia. Ello no implica que la Corte haya dicho que exista prohibición constitucional para que el legislador reconozca el derecho a adoptar por parte de las parejas del mismo sexo, sino que la opción legislativa actual en las normas demandadas, es constitucionalmente permitida.

La Corte tuvo también en cuenta que de los 19 países del mundo que han permitido la adopción por parejas del mismo sexo, muchos de ellos lo han hecho por decisión del órgano de representación popular.

En consecuencia, declaró exequibles, por los cargos analizados, las expresiones impugnadas de la Ley 1098 de 2006 que regulan la adopción conjunta por compañeros permanentes, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990.

3.4. Con referencia a la adopción complementaria o por consentimiento (núm. 5º del art. 64, art. 66 y núm. 5º del art. 68 de la Ley 1098 de 2006), la Corte sostuvo 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. En estos eventos, 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. Por lo anterior, la Corte consideró necesario condicionar la exequibilidad de estas normas, 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.

3.5. En este contexto, consideró la Corporación que no cabía incluir en el condicionamiento la adopción consecutiva, esto es, la que se da en relación con el hijo o hija adoptivo del cónyuge o compañera o compañero permanente, debido a que el asunto reviste unas particularidades que, en principio, remiten a una configuración legislativa del mismo.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

El Magistrado **LUIS ERNESTO VARGAS SILVA** salvó su voto en relación con todas las determinaciones adoptadas por la mayoría, y reafirmó su posición defendida en el curso de los debates en el sentido que la Corte debió avanzar hacia el reconocimiento de la igualdad de las familias conformadas por parejas heterosexuales y aquellas integradas por parejas del mismo sexo, en materia de adopción. En su criterio, concurrían en el juicio los elementos jurídicos y científicos suficientes para llegar a una decisión en esta dirección, los cuales derrotaban ampliamente los preconceptos y estereotipos, constitucionalmente inadmisibles, en los que subrepticamente se sostiene un trato diferenciado entre estas familias, y que termina siendo discriminatorio.

Para el Magistrado **VARGAS SILVA**, la evidencia empírica, los estándares del derecho internacional vinculantes para Colombia, los precedentes del derecho comparado y los propios de la Corte Constitucional (Sentencias C-577 de 2011, T-276 de 2012 y SU-617 de 2014), así como conclusiones científicas y académicas significativamente mayoritarias, concurrían a demostrar que impedir la adopción de menores por el solo hecho de la orientación sexual de las personas, implicaba no sólo un trato discriminatorio para las familias conformadas por parejas de esta condición, sino un déficit de protección para los menores en situación de adoptabilidad.

Sostuvo que la posición mayoritaria no podría desconocer, como en efecto queda plasmado en la sentencia, que las familias integradas por parejas del mismo sexo se encuentran constitucionalmente reconocidas y protegidas, ya sean las conformadas por unión de hecho o las constituidas mediante la celebración de un vínculo contractual solemne formalizado ante juez o notario (Sentencia C-577 de 2011), protección que goza en la actualidad de reserva constitucional (art. 42). Esta protección no puede circunscribirse, sin embargo, a una dimensión patrimonial, o restringirse con fundamento en estereotipos o en preconceptos sociales que terminan alimentando tratos discriminatorios. De este modo, resulta incoherente que luego de acoger un concepto sociológico y pluralista de familia en el que también están comprendidas las parejas del mismo sexo, se les restrinja la posibilidad de consolidar y desarrollar su estatus de familia constitucionalmente protegido a través de la adopción conjunta.

Enfatizó en que a pesar de que el Pleno de la Corporación aceptó incorporar en el fallo un capítulo especial, explicativo de los modos en que conforme a la Constitución (art. 42) se conforma una familia, esto es, por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, o por la voluntad responsable de conformarla,

paradójicamente, por una mayoría precaria terminó contradiciendo ese consenso, declarando una exequibilidad simple, frente al cargo fundado en el artículo 42.

Agregó que la Corte no podía fijar restricciones genéricas e indeterminadas para la adopción por parte de familias conformadas por personas del mismo sexo, puesto que ello en el fondo implica un examen de idoneidad en abstracto, que toma en consideración la orientación sexual de los potenciales adoptantes. El examen de idoneidad debe efectuarse en cada caso concreto, a efecto de establecer si los miembros de la pareja, al margen de su orientación sexual, garantizan la idoneidad, física, mental, moral y social suficientes, para brindar una familia adecuada y estable a un niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad. La exclusión genérica y en abstracto, comporta un trato discriminatorio, en tanto el único fundamento es la orientación sexual de las personas.

Indicó así mismo que la decisión mayoritaria, pese a que teóricamente lo pregone, no es consecuente con la concepción de familia plasmada en el artículo 42 de la Carta en la que ni la heterosexualidad ni la consanguinidad constituyen características que la definan o identifiquen. Si se parte del concepto amplio, pluralista y comprensivo de familia previsto en el mencionado precepto superior, como corresponde a un tribunal encargado de garantizar la vigencia y supremacía de la Constitución, los elementos que sí identifican, definen y caracterizan a todos los tipos de familia son los lazos de amor, el respeto y la solidaridad. Son estos factores, frente a los que la orientación sexual resulta irrelevante, los que deben contar a la hora de evaluar el entorno ideal para el desarrollo integral de un menor de 18 años.

Discrepó así mismo de la decisión que incorpora, con efectos generales, el alcance de la decisión tomada en la SU-617 de 2014 sobre la denominada adopción consentida. Precisó que si bien en su momento compartió la decisión de amparar a la pareja de mujeres que solicitaron protección constitucional de sus derechos a conformar una familia por la vía de esta modalidad de adopción, y de la niña a tener una familia, esta decisión tenía un alcance limitado, demarcado por las especificidades del caso concreto sometido a examen de la Corte. En esta oportunidad el Tribunal, en ejercicio del control abstracto y de efectos generales que le correspondía en sede de constitucionalidad, debió avanzar hacia el reconocimiento de la posibilidad de adoptar, por parte de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, independientemente del origen biológico o adoptivo del niño, e incluso hacia la posibilidad de adoptar conjuntamente como familia que convoca el reconocimiento y la protección constitucional, en condiciones de igualdad.

Para el Magistrado **VARGAS SILVA**, este reconocimiento parcial, incompleto y precario, además de desconocer el carácter diverso y pluralista de las familias colombianas, conduce a nuevas inequidades, que quizás la mayoría no advirtió, como la de poner en un plano desventajoso y de exclusión al hijo adoptivo de uno de los miembros de la pareja, frente al hijo biológico, único que podrá ser objeto de la adopción consentida, según la postura mayoritaria. Estos reconocimientos parciales e incompletos perpetúan escenarios de exclusión, e impiden avances significativos en la lucha contra la discriminación.

Por su parte, el Magistrado **JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB** salvó parcialmente el voto. 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.

Manifestó que el punto de partida para el análisis de las normas demandadas no es, ni puede ser, si existe un criterio sospechoso que implique un déficit de protección contra las parejas del mismo sexo, sino la manera de asegurar, en mejor forma, el interés superior de los niños. Desde esta perspectiva, el énfasis no se encuentra en los derechos de la pareja, pues de acuerdo a los preceptos constitucionales y a instrumentos internacionales reconocidos por Colombia, la población menor de 18 años no es un tercero para efectos de la decisión.

Agregó que en estos casos, como el que le correspondió analizar a la Corte en esta ocasión, es indiscutible la importancia de que el juez constitucional aplique en concreto el principio del interés superior contenido en la Carta y en diversos instrumentos internacionales que integran

el bloque de constitucionalidad, como la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), Principio II, el cual señala que la población menor de 18 años gozará de una protección especial y que a través de las leyes y otros medios se dispondrá lo necesario para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Retomando, expuso, no debe perderse de vista que toda decisión administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en donde estén involucrados menores de edad debe analizarse a la luz de la prevalencia de sus garantías superiores.

Como segundo argumento de su disenso, el Magistrado **PRETELT CHALJUB** reiteró la posición adoptada en la Sentencia SU-617 de 2014, en donde se estudió el caso de una solicitud de adopción de la hija biológica de la compañera permanente en una pareja del mismo sexo, en el sentido de que no es la Corte Constitucional, sino el Congreso de la República la entidad que debe decidir si se aprueba la adopción en este tipo de casos.

Sobre el particular recordó que la mayoría de países que han aceptado la adopción para parejas del mismo sexo realizaron un procedimiento de reforma legal desde sus respectivos parlamentos o congresos, como es el caso de Argentina con la Ley Nacional N° 26.618, España con la Ley 13 de 2005, Sudáfrica con la Ley de la Infancia de 2005, Uruguay con la Ley del 28 de agosto de 2009, Francia con la Ley del 12 de abril de 2013, Holanda con la Ley del 1º de abril de 2001, Bélgica con la Ley aprobada por la Cámara de Representantes del Parlamento en el mes de abril de 2006 e Inglaterra con la Ley aprobada por el Parlamento de Westminster y vigente desde el día 29 de marzo de 2014, entre otros.

Por lo anterior, el escenario natural y propicio para la discusión deliberativa sobre la adopción debe ser el Congreso de la República, en donde existe un sustrato de representación democrática, pues allí tienen asiento los distintos grupos que conforman nuestra sociedad.

En desarrollo de lo anterior, sostuvo que la conformación y la regulación que la Constitución Política le imprime al Congreso de la República, permite un debate abierto y de cara a la sociedad, y además la actividad legislativa está sujeta a una serie de requisitos, ajenos al debate judicial, entre los que se destacan: **(i)** la existencia de una iniciativa legislativa, **(ii)** la realización de al menos cuatro debates por parte de senadores y representantes elegidos popularmente, **(iii)** la posibilidad de introducir nuevos elementos en el transcurso de los debates **(iv)** las posibles objeciones presidenciales por inconstitucionalidad o inconveniencia, y **(v)** el control de constitucionalidad automático o posterior.

En este sentido, sostuvo que estos requisitos garantizan que en Colombia exista un verdadero sistema de pesos y contrapesos que salvaguarde la democracia constitucional, el cual sería desconocido si se adopta una decisión sobre un tema de la relevancia de la adopción por parte de un solo organismo como la Corte Constitucional, sin que exista ningún control ulterior que pueda garantizar el equilibrio de las decisiones públicas.

Finalmente, expuso que la necesidad del establecimiento de límites al juez constitucional es uno de los temas recurrentes en los debates del derecho constitucional actual. Especialmente se ha considerado que los Tribunales Constitucionales deben, en la medida de lo posible, conservar la voluntad del legislador, lo que se ha denominado "**la objeción democrática**", basada en la especial dignidad de la ley en un régimen democrático.

De igual modo, los Magistrados **GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO** y **MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ** expresaron su discrepancia en relación con la decisión de exequibilidad condicionada de los artículos 64, numeral 5, 66 y 68, numeral 5 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) contenida en el ordinal 2º de la parte resolutive de la Sentencia C-071 de 2015.

Observaron que, de nuevo, en la decisión mayoritaria se parte de una concepción equivocada de la figura de la adopción como un derecho, desconociendo que de acuerdo con la ley, la adopción configura esencialmente un mecanismo de protección mediante el cual el Estado

"establece de forma irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza" (art. 61 de la Ley 1098 de 2006). Precisamente, por no ser un derecho, no se puede considerar como una vulneración del derecho a la igualdad, la circunstancia de que en las citadas normas no se haya contemplado al compañero (a) permanente del mismo sexo entre las personas que pueden adoptar.

Consideraron que en las normas acusadas, el Congreso no incurrió en una omisión legislativa relativa contraria a la Constitución, como la que aduce el demandante por violación del principio de igualdad de compañeros permanentes del mismo sexo, en la medida en que corresponde al ámbito de su potestad de configuración del estado civil, acorde con lo previsto en el artículo 42 de la Carta Política, la decisión acerca de quiénes pueden aspirar a ser padres adoptantes. A su juicio, las mismas razones por las cuales se declararon exequibles los artículos 64.1 y 68.3 de la Ley 1098 de 2006 se predicán de las disposiciones cuya exequibilidad fue condicionada.

Los Magistrados **MENDOZA MARTELO** y **SÁCHICA MÉNDEZ** pusieron de presente que si bien 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 dicho fallo 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, pues están de por medio los derechos y el interés superior del niño y el interés general, y omitiendo considerar que cuando se hace referencia a la adopción de un hijo, se alude a un contexto en el que el Estado interviene en virtud de la relevancia social, para preservar ese interés de los menores de 18 años y de la familia, como núcleo esencial de la sociedad. Por estas razones, manifestaron su salvamento de voto.

Las Magistradas **MARÍA VICTORIA CALLE CORREA** y **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO**, y el Magistrado **JORGE IVÁN PALACIO PALACIO**, aclararon y salvaron parcialmente el voto.

En lo que atañe a la declaratoria de exequibilidad pura y simple de las normas sobre adopción conjunta, previstas en los artículos 64 numeral 1º, y 68 numeral 3º de la Ley 1098 de 2006, en concordancia con el artículo 1º de la Ley 54 del 90, salvaron su voto de forma parcial. En su criterio, si bien las normas demandadas antes referidas no podían ser declaradas inexecutable, consideran que la Corte ha debido efectuar un condicionamiento afirmativo para dejar claro que no pueden ser excluidas las parejas conformadas por personas del mismo sexo del grupo autorizado para solicitar la adopción conjunta. En lo concerniente al numeral segundo de la parte resolutoria, decidieron aclarar el voto. Acompañaron la decisión de la mayoría de *incluir*, de forma expresa, el derecho de la pareja del mismo sexo a adoptar el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. Precisarón que esta determinación no implica excluir, *a contrario sensu*, la posibilidad de estas mismas parejas de adoptar por consentimiento al hijo no biológico (por ejemplo, adoptivo) de uno de sus integrantes.

Antes de exponer sus discrepancias, juzgaron necesario precisar que la Sala Plena tomó una decisión sobre la base de únicamente dos cargos: **(i)** supuesta violación del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, en relación con las conformadas por personas de sexo distinto; y **(ii)** presunta vulneración del derecho de estas parejas a tener una familia, consagrado en los preceptos pertinentes del artículo 42 de la Carta. Las normas acusadas no están entonces amparadas por cosa juzgada absoluta, sino relativa y explícita, pues la Corte, de forma expresa y clara, circunscribió su pronunciamiento a los cargos de igualdad y derecho a tener una familia de las parejas del mismo sexo, en los términos antes indicados. Destacaron entonces que lo relativo a la constitucionalidad de las disposiciones indicadas, a la luz de las restantes normas de la Carta, es asunto que puede ser objeto de pronunciamientos futuros, dentro de los márgenes del artículo 241 superior. En ese aspecto, no discreparon de la resolución mayoritaria.

También coincidieron con la mayoría en que las disposiciones acusadas no podían ser declaradas inexecutable. A su juicio, en su texto, los preceptos reseñados no excluyen de forma

expresa, y hacia el futuro, a las parejas del mismo sexo, de la posibilidad de adoptar conjuntamente. El artículo 68 numeral 3º del Código de la Infancia y la Adolescencia es claro y abierto pues prevé que pueden adoptar de forma conjunta *"los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por los menos dos años"*. No establece ninguna restricción en términos de orientación sexual, o del sexo de los integrantes de la pareja. Por lo mismo, dado este entendimiento posible de la ley, y retomando los argumentos expresados en las aclaraciones de voto a la Sentencia SU-617 de 2014, era legítimo sostener que la disposición no desconocía ni el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, ni tampoco el derecho a conformar una familia, en los términos en que se refieren a esta última los apartes pertinentes del artículo 42 de la Carta Política.

Ahora bien, lo que motiva la disidencia es la respuesta a la pregunta por la decisión de exequibilidad que debía tomarse. La Corte debía resolver si, dada esa opción legislativa de dejar abierta la inclusión de las parejas del mismo sexo, lo procedente era declarar una exequibilidad pura y simple, o condicionada. La mayoría de la Sala, en esta oportunidad, se decantó por la primera opción, pues no consideró que la regulación fuera contraria a los preceptos invocados por los cargos de la demanda. Los magistrados disidentes estimaron que, para no dejar lugar a dudas en la interpretación de los preceptos acusados, ha debido condicionarse su exequibilidad en el sentido contemplado por la ponencia inicial; es decir, *"en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo que conforman una familia"*. Esto habría reafirmado que las parejas del mismo sexo son igualmente dignas frente a la Constitución que las de sexo distinto, y que la conformación de una familia no es argumento relevante para determinar si procede o no la adopción conjunta.

La posición mayoritaria, por el contrario, al declarar pura y simplemente exequibles las disposiciones, sin aclarar que esto significa reconocerles a estas parejas el derecho a no ser discriminadas en el contexto de la adopción conjunta, incurre en un insalvable problema de incompatibilidad entre los principios que prohija. En efecto, la mayoría admite, por una parte, que la Constitución ordena y protege la adopción consentida del hijo biológico del compañero o compañera permanente, con independencia de si este es del mismo o de distinto sexo que el adoptante. Aceptar esto implica necesariamente asumir que el hecho de estar conformada una pareja por personas del mismo sexo no comporta su falta de idoneidad como padres o madres adoptantes. Si una pareja del mismo sexo, puede criar a una hija o hijo biológico de uno de sus integrantes, es porque el hecho de la conformación sexual de la familia no determina su aptitud como padres o madres. Luego, si se acepta la adopción consentida del hijo biológico de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo, pero al mismo tiempo se excluye a esa misma pareja, o a otra que no tenga hijos biológicos, de la posibilidad de adoptar conjuntamente, se abre paso a obvios problemas y paradojas.

En efecto, ¿por qué –según la posición mayoritaria- la Constitución le reconoce a una pareja del mismo sexo la protección e idoneidad para tener la paternidad y maternidad sobre un hijo o hija biológica de uno de sus miembros, pero les niega ese mismo reconocimiento a esas mismas parejas y a las demás compuestas por personas de igual sexo para adoptar a un niño o niña que ha nacido por fuera de ese seno familiar? La Corte parece sostener que la Constitución condiciona la posibilidad de adoptar, por parte de parejas del mismo sexo, a que sea sobre el hijo biológico de uno o una de las integrantes de la familia. Esto puede interpretarse de dos maneras: o bien como una forma de protección al menor de edad, o bien como un modo de identificar un criterio que determine la aptitud de la pareja para criar al niño, niña o adolescente. Sin embargo, en cualquiera de estas dos alternativas habría inconsistencias profundas, radicales y extensas que demuestran la irrazonabilidad de la decisión tomada en este caso por la Corte.

Supuesto que la idea subyacente a esta decisión diferencial se deba a la protección del menor de edad, que ha sido ya desde hace tiempo parte del núcleo familiar de la madre o padre biológico, cabría preguntarse por qué la Corte circunscribe la adopción consentida a que el hijo sea biológico. La cuestión es que una mujer o un hombre, de forma individual y sin tener pareja, pueden adoptar a un menor de edad. Si eso ocurre, y su relación paterno filial transcurre en condiciones perfectamente acordes con el ordenamiento jurídico, se ha creado una situación igual a la que tiene un hijo con su madre o padre biológico. ¿Acaso un menor que por

desventura está por fuera del seno de sus padres biológicos pero es adoptado inicialmente por un individuo, no puede ser luego adoptado, por consentimiento, por la pareja del mismo sexo de su adoptante inicial, aun cuando tenga igual confianza, arraigo familiar y amor que un hijo biológico? La decisión diferenciada de la Corte introduce, como se ve, una discriminación fundada en el origen familiar del menor, que está expresamente prohibida por la Constitución (arts. 13 y 42 CP).

¿Por qué a esas parejas del mismo sexo se les permite adoptar el hijo biológico de uno de ellos y no se les admite clara y expresamente que, además, tengan en común por la vía de la adopción consentida el hijo que había adoptado inicialmente uno de sus integrantes? O incluso, ¿por qué no reconocer a estas parejas la posibilidad de adoptar conjuntamente un hijo, que hasta el momento de la solicitud de adopción se encuentra en un instituto estatal a la espera de padres que le ofrezcan protección, amor, respeto, educación y compañía? La mayoría de la Corte, como se aprecia, toma una decisión sobre la base de unos principios, pero luego se abstiene de llevarlos hasta sus consecuencias lógicas. La mayoría basó su condicionamiento en el principio de igualdad. Por ese motivo, al decidir que las parejas del mismo sexo pueden adoptar al hijo biológico de uno de ellos, acepta explícitamente que no hay razones para un trato diferenciado e implícitamente que los niños y niñas no sufren por ello consecuencias negativas, pues de haberlo considerado así no habría efectuado el condicionamiento. Concedidas esas premisas, es entonces incomprensible que la mayoría concluya su argumentación con una distinción entre hijos biológicos y no biológicos. Si, por una parte, las parejas del mismo sexo no representan peligro para los biológicos, ¿por qué no aceptar expresamente que tampoco lo son por ese hecho para ningún otro menor de edad?

En su aclaración de voto a la Sentencia T-290 de 1995, el magistrado Carlos Gaviria Díaz hizo explícito, con toda nitidez, que *"negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar un niño, por la sola razón de ser homosexual, constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución"*. En ese orden de ideas señaló además que *"el comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y es aquél, y no estas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño"*. Este razonamiento, expuesto veinte años atrás por uno de los magistrados que intervino en la primera decisión en donde la Corte se ocupó del derecho de las personas homosexuales a adoptar, conserva plena vigencia en el momento actual y sintetiza con acierto las razones de nuestra disidencia.

El Magistrado **LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ** aclaró su voto para destacar, por un lado, que la decisión adoptada por la Corte implica superar la aproximación al tema de la adopción por parejas del mismo sexo desde una perspectiva de igualdad y no discriminación, en la medida en que se está no ante un derecho a adoptar sino ante una institución de protección de los niños, niñas y adolescentes prevista en la ley, y, por otro, para abundar en algunas de las consideraciones a partir de las cuales la Corte tomó la decisión y que tienen que ver con el hecho de que el diferente régimen legal predicable de los dos tipos de pareja, se deriva, no de una diferenciación en razón de la orientación sexual, sino de la distinta composición de las parejas a la luz de la expectativa de los menores de 18 años de integrarse a un hogar que pueda suplir los lazos de filiación que se han perdido y que se dan entre los hijos y un padre o una madre o ambos. Puntualizó que, en ese contexto, el interrogante constitucionalmente relevante no reside en la aptitud de las parejas del mismo sexo para brindar cuidado a un menor de edad, sino en si, desde la perspectiva de los niños, niñas o adolescentes, resulta indiferente y satisface en igual medida su expectativa a integrarse a una familia, la composición heterosexual u homosexual de la pareja que pretende la adopción.

Por su parte el Magistrado **GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO** manifestó que, respecto del resolutivo primero, aclara su voto a efectos de dejar claramente sentado que, en modo alguno, la exequibilidad pura y simple de la norma suponía una permisón de la adopción general de las parejas del mismo sexo bajo la idea de que las normas allí relacionadas incorporaban una lectura neutra que abrigara dicha exegesis, pues esa posibilidad se desechó expresamente por la mayoría, la que concluyó categóricamente que todas las posibles modalidades de adopción por parte de las parejas homosexuales, a excepción de la denominada adopción *"por consentimiento"*, que recae sobre un hijo biológico de uno de los

miembros que la conforman, inobjetablemente, para que pueda darse, se requiere que el órgano legislativo así lo consagre expresamente.

El conjuer **JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA** anunció también la presentación de una aclaración de voto en relación con las decisiones y fundamentos de esta providencia.

Por último, los Magistrados **JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB y MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ** se reservaron la posibilidad de presentar aclaración de voto sobre algunos otros de los fundamentos de esta decisión.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Presidente