



LA CORTE CONSTITUCIONAL DETERMINÓ QUE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO ESTÁN HABILITADAS PARA ADOPTAR CONJUNTAMENTE, ACORDE CON UNA LECTURA DE LAS NORMAS LEGALES ACUSADAS CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, QUE CONSAGRAN LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

EXPEDIENTE D-10371 - SENTENCIA C-683/15 (Octubre 28)
M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

1. Norma acusada

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

2. Decisión

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

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte debía decidir una demanda contra algunos segmentos normativos, contenidos en los artículos 64, 66 y 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), y 1º de la Ley 54 de 1990. Estas normas se refieren a los efectos jurídicos de la adopción, al consentimiento para la misma, a los requisitos para adoptar y a los elementos constitutivos de la unión marital de hecho.

A juicio de los accionantes, las normas acusadas excluyen la posibilidad de que los niños sean adoptados por parejas conformadas por personas del mismo sexo. Los demandantes cuestionaron justamente dichas disposiciones, en esencia, por vulnerar el derecho a la igualdad y el interés superior de los niños que permanecen en situación de adoptabilidad, al limitar sin justificación suficiente el universo de familias que pueden adoptarlos. También, adujeron que hubo una omisión relativa del legislador, violatoria del interés superior de los niños, porque la ley no consagró claramente una regulación para la adopción de niños por parejas del mismo sexo, lo cual supone una desprotección de la niñez. Finalmente, observaron que existe una interpretación dominante en la administración pública (ICBF y Procuraduría General de la Nación), orientada a desproteger a los niños, que reduce el universo de familias potencialmente adoptantes, en cuanto excluye a las parejas del mismo sexo en detrimento de los derechos de los niños.

La Corte comenzó por precisar que la decisión reciente sobre la materia, contenida en la sentencia C-071 de 2015, no impide un pronunciamiento sobre las normas demandadas. Ese fallo solo hizo tránsito a cosa juzgada *relativa*, por cuanto se centró en el examen de dos problemas jurídicos, referidos a los derechos a la igualdad y a la familia de las parejas del mismo sexo, pero no a los derechos de los niños desde la perspectiva del principio constitucional del interés superior del menor (CP art. 44).

Constató entonces que en la sentencia C-071 de 2015 la Corte analizó si las normas sobre adopción vulneraban el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo (CP art 13) y desconocían también el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia (CP art 42). Sin embargo, en esa ocasión la Corte decidió *inhibirse* en relación con el cargo de vulneración del interés superior del menor, por ineptitud de la demanda (con salvamento de voto de un magistrado). En contraste, en esta oportunidad la Corte verificó que la demanda se dirigió adecuadamente contra las mismas normas, pero con un enfoque constitucional diferente, en la medida en que centra la discusión en torno al interés superior de los niños (CP art. 44).

En el presente caso la decisión de fondo (habilitar la adopción de niños por parejas del mismo sexo en virtud del interés superior del niño) tuvo como base los siguientes argumentos:

1.- En primer lugar, la Corte señaló que los estudios científicos y las pruebas aportadas al proceso demostraban en forma dominante, o bien que la adopción por parejas del mismo sexo no genera afectaciones en el desarrollo integral de los niños, o bien que no está acreditada ninguna afectación a los niños que viven con parejas del mismo sexo. Aun cuando algunas intervenciones indicaban que los resultados no eran definitivos, la Corte verificó que no se refutaron las conclusiones prevalecientes, y en un caso la objeción planteada fue inaceptable a la luz de la Constitución, por

cuanto afirmaba que la homosexualidad es considerada como una patología, lo cual ha sido claramente desvirtuado.

2.- En segundo lugar, la Sala Plena resaltó que según la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia de esta Corte, la orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar; de modo que impedir que un niño tenga una familia, fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa una restricción inaceptable de los derechos del niño, y es entonces además contrario a su interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que se integran a ella.

3. En tercer lugar, la Corte reconoció que una lectura conforme con la Constitución indica que, desde la perspectiva de la protección al interés superior del niño, la ley debe entenderse como neutra al sexo de las parejas y a la orientación sexual de quienes las conforman.

4.- En cuarto lugar, la Corte advirtió que, en vista de que no se encuentra acreditado de manera concluyente que los menores sufran o puedan sufrir algún tipo de afectación en su desarrollo armónico e integral por el hecho de ser adoptados o crecer en el entorno de una familia conformada por parejas del mismo sexo, excluir a estas últimas del universo de potenciales adoptantes implica una limitación del derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, que afecta injustificada, irrazonable y desproporcionadamente su interés superior (CP art.44).

5. En quinto lugar, la Sala Plena de la Corte verificó y reafirmó que tiene competencia y legitimidad para intervenir en la resolución de este caso. No solo porque la Constitución así se lo reconoce expresamente en el artículo 241, sino además porque se trata de proteger derechos de población vulnerable, como los niños en situación de adoptabilidad, frente a una interpretación de la ley que no es conforme con el principio de interés superior del menor, en un contexto en el cual los niños son una población desaventajada en términos representativos, cuyos derechos debe proteger el juez al margen de la decisión de las mayorías políticas.

Es precisamente en estos casos, para garantizar los derechos de grupos vulnerables y sin representación democrática específica, que se justifica la función de control constitucional a la actividad del Legislador.

6.- La Corte aclaró que cualquier proceso de adopción debe estar siempre dirigido a garantizar el interés superior del menor y el restablecimiento de sus derechos, y por tanto en todo caso será deber del Estado verificar, conforme a la Constitución y en los términos de esta sentencia, si se cumplen los demás requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.

La Corte quiere resaltar que las dudas y temores acerca de si la sociedad está preparada para asumir esta decisión no se disipan negando una inculcable realidad sino enfrentando sus desafíos.

Por las anteriores razones, la Corte resolvió declarar la exequibilidad condicionada de las normas impugnadas, en el sentido de 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”*. De tal forma, el ordenamiento constitucional no excluye que los niños sean adoptados por parejas del mismo sexo forman una familia.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez** y **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** manifestaron su salvamento de voto en relación con la decisión adoptada en la sentencia C-683 de 2007, por cuanto en su concepto, el interés superior del menor invocado como fundamento de una decisión de exequibilidad condicionada de los apartes demandados del Código de la Infancia y la Adolescencia, conducía a una conclusión diferente a la adoptada por la mayoría.

Observaron que si el dilema constitucional que se planteaba a la Corte, era el de definir si excluir del régimen legal de adopción a las parejas del mismo sexo desconocía el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, precisamente, para permitir esa posibilidad se requería de una decisión del legislador, en la medida en que no existe un imperativo constitucional en este sentido, ni una absoluta igualdad de las parejas del mismo sexo frente a la dualidad de roles de la maternidad y la paternidad. A su juicio, no se trataba de discutir en torno a la idoneidad moral de esas parejas para adoptar un hijo, sino de que esa diferencia es relevante desde la perspectiva del interés superior del menor abandonado o que ha perdido a sus padres, en ser adoptado por un padre y una madre, cuando los adoptantes son una pareja. Indicaron que la Corte no puede partir de una premisa de igualdad absoluta entre las parejas frente a la institución de la adopción.

Advirtieron que la Corte en la sentencia C-071 de 2015, determinó que es facultad del Congreso de la República establecer cuáles son los efectos de la adopción y quiénes pueden ser adoptantes. Así mismo, precisó que el 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, el cual se predica de cualquiera de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que prevalecen sobre los derechos de los demás. En ese fallo, esta Corporación sostuvo que la institución de la adopción conjunta regulada en las normas acusadas está concebida para suplir las relaciones de paternidad y maternidad razón por la cual, la opción del legislador resultaba acorde con la Constitución. También, la Corte había llamado la atención acerca de que en los 19 países que han permitido la adopción por parejas del mismo sexo, en la mayoría de ellos ha sido una decisión del órgano de representación popular.

En ese sentido, los magistrados disidentes indicaron que los fundamentos de la sentencia C-071 de 2015 que se pronunció sobre la exequibilidad de la adopción conjunta restringida por decisión del legislador a las parejas conformadas por un hombre y una mujer, se había apoyado también en la protección del interés superior del menor inherente a la figura de la adopción.

Los magistrados **Myriam Àvila Roldán** y **Alberto Rojas Ríos** anunciaron la presentación de aclaraciones de voto, en relación con aspectos que consideran han debido ser objeto de mayor énfasis o de análisis en esta sentencia, entre otros, para la magistrada **Àvila Roldán**, el atinente a la neutralidad de las normas legales acusadas respecto de la orientación sexual de los adoptantes que, a su juicio, corresponde a una decisión expresa y consciente del legislador, de no excluir la adopción por parejas del mismo sexo. Por su parte, el magistrado **Rojas Ríos** consideró que la Corte ha debido abordar además de la protección del interés superior del menor, el examen de los cargos de vulneración de la igualdad, el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como familia y la existencia de una omisión legislativa relativa aducida por los demandantes.

La magistrada **María Victoria Calle Correa** se reservó la presentación de una aclaración de voto sobre alguna de las consideraciones expuestas como fundamento de la decisión adoptada en la sentencia C-683 de 2015.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta (e)