

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Requisitos para adoptar/PERIODO MINIMO DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO PARA ADOPTAR-Desconoce el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a tener una familia

La Sala advierte que la norma acusada persigue un fin imperioso, porque está fundada en comprobar la idoneidad de la familia adoptante al garantizar la permanencia de la pareja, asegurar estabilidad económica al menor de edad y la certeza de los vínculos filiales. Sin embargo, evidencia que la medida: (a) no es conducente para conseguir el fin propuesto, pues la UMH surge con la decisión de la pareja de conformar una familia independientemente de la existencia de una sociedad conyugal previa, la seguridad económica del menor de edad no está en riesgo con la existencia de aquella sociedad y la sentencia de adopción da plena certeza sobre las relaciones filiales; (b) tampoco es necesaria, debido a que existen otros medios menos lesivos para los derechos de los menores de edad, para lograr los fines propuestos, y (c) no es proporcional en sentido estricto, porque sacrifica los derechos de las niñas y los niños a través de una medida que no reporta ninguna utilidad.

FAMILIA-Concepto

FAMILIA-Reconocimiento y protección constitucional de los diferentes tipos/FAMILIA-Protección integral

MATRIMONIO Y UNION MARITAL DE HECHO-Conformación y efectos jurídicos diferentes

SOCIEDAD PATRIMONIAL-Definición

DIFERENCIAS ENTRE MATRIMONIO Y UNION MARITAL DE HECHO-Jurisprudencia constitucional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Contenido y alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección constitucional e internacional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

ADOPCIÓN-Medida de protección al menor para garantizar su derecho a tener una familia y suplir las relaciones de filiación

ADOPCIÓN-Proceso orientado a la búsqueda del interés superior del menor

En síntesis, el objetivo central de la adopción es garantizar los derechos de los NNA en situación de adoptabilidad. Es decir, la adopción no es una garantía que tengan quienes aspiran a ser padres, sino un instrumento destinado prioritariamente a satisfacer el derecho de los menores de edad a tener una familia. En ese sentido, las normas que regulen esta institución deben apuntar, en toda circunstancia, a garantizar la idoneidad de la familia adoptante. Por esa razón, en principio son inconstitucionales las medidas legislativas que restrinjan la adopción sin que exista un vínculo objetivo y razonable con esa comprobación de idoneidad.

ADOPCIÓN-Requisitos generales

DERECHOS FUNDAMENTALES-Núcleo esencial

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Estricto-Aplicación

Referencia: Expediente D-14.146

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3º (parcial) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Demandante: Pablo Andrés Chacón Luna

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de

1991, ha proferido la siguiente:

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Pablo Andrés Chacón Luna presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3º (parcial) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

En sesión del 18 de febrero de 2021, la Sala Plena de la Corte Constitucional repartió el asunto de la referencia a la Magistrada sustanciadora. Mediante Auto del 5 de marzo de 2021, la demanda fue inadmitida debido a que el demandante no acreditó ser ciudadano en ejercicio. Por consiguiente, la Magistrada sustanciadora concedió tres días para que la corrigiera. Dentro del término de ejecutoria, mediante documento radicado ante la Corte el 10 de marzo del mismo año, el actor presentó escrito de subsanación.

Mediante Auto del 6 de abril de 2021, la Magistrada sustanciadora admitió la demanda y ordenó comunicar el inicio del proceso al Presidente de la República, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Defensoría del Pueblo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991.

Del mismo modo, invitó a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes, el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad ICESI de Cali, el Grupo de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana, los departamentos de derecho constitucional y derecho civil de la Universidad Externado de Colombia, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a las facultades de Derecho de las universidades Nacional de Colombia, Libre “Seccional Bogotá”, de Nariño, del Norte y de Antioquia. Esto para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto, en el término señalado.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo

concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo la demanda en referencia.

## I. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 46.446 del 8 de noviembre de 2006, y se subraya el aparte demandado:

“LEY 1098 DE 2006

(noviembre 8)

Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(“)

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 administraci3n.
5. El c3nyuge o compa±ero permanente, al hijo del c3nyuge o compa±ero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) a±os.

Esta norma no se aplicar3 en cuanto a la edad en el caso de adopci3n por parte del c3nyuge o compa±ero permanente respecto del hijo de su c3nyuge o compa±ero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

PAR3GRAFO 1o. La existencia de hijos no es obst3culo para la adopci3n.

PAR3GRAFO 2o. Si el ni±o, ni±a o adolescente tuviere bienes, la adopci3n se har3 con las formalidades exigidas para los guardadores.â€

## I. LA DEMANDA

El demandante considera que el aparte acusado desconoce el art3culo 44 de la Constituci3n. En concreto, sostiene que impone una carga innecesaria y desproporcionada que afecta materialmente los derechos de los ni±os y ni±as adoptables porque dificulta el restablecimiento de su derecho a tener una familia.

El actor afirma que, de conformidad con el art3culo 44 superior, el Estado tiene la obligaci3n de asistir y proteger a los ni±os, ni±as y adolescentes (en adelante, NNA) para garantizar su desarrollo arm3nico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Una de las formas de afianzar esta garant3a es asegurar el restablecimiento oportuno de sus derechos cuando han sido conculcados o amenazados.

En ese orden de ideas, explica que el Legislador previ3 la adopci3n como una instituci3n jur3dica orientada a garantizar el restablecimiento de los derechos de los ni±os y las ni±as. A trav3s de 3sta, se establecen relaciones paternofiliales irrevocables entre personas que por naturaleza no la tienen. Sobre el particular, sostuvo que en los procesos de adopci3n

El criterio hermenéutico principal es el denominado interés superior del niño, niña o adolescente que se encuentra en situación de adoptabilidad (art. 1) a la espera de que sus derechos fundamentales sean restablecidos en el menor tiempo posible en atención al criterio de temporalidad de la medida que busca la reincorporación del adoptable en un nuevo núcleo familiar idóneo dentro de un término razonable.<sup>1</sup>

Así pues, resalta que la aplicación del principio de interés superior del menor de edad garantiza que las personas que desean adoptar a un NNA en situación de adoptabilidad, efectivamente reúnan las mejores cualidades posibles para salvaguardar sus derechos.

En ese sentido, hace referencia al artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia (en adelante, CIA), que contiene los requisitos para adoptar a un menor de edad en situación de adoptabilidad. En particular, explica que según el numeral 3º de ese artículo los compañeros permanentes deberán demostrar, además de los requisitos generales de edad, idoneidad física, mental, moral y social, la convivencia mínima de dos años contados a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a cualquiera de las personas que conforman la pareja hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.

El demandante sostiene que la medida prevista en el aparte acusado es innecesaria y desproporcionada. Para sustentar esta conclusión, propone un juicio de proporcionalidad, así:

Primero. Argumenta que exigir una sentencia de divorcio para empezar a contar el tiempo de convivencia exigido en la ley para la adopción conjunta de compañeros permanentes (art. 1) constituye una prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial y prevalente del niño en situación de adoptabilidad<sup>2</sup>. Esto, debido a que el Estado condiciona el reconocimiento de la situación jurídica de las personas que desean adoptar a la disolución de un vínculo jurídico anterior.

Segundo. Indica que la medida es innecesaria porque el parágrafo del artículo 124 del CIA establece los medios probatorios para comprobar la convivencia en caso de mediar una solicitud de adopción conjunta. En ese orden de ideas, existen otros mecanismos legales menos lesivos a los derechos fundamentales de los NNA adoptables mediante los cuales se puede acreditar ese mismo hecho.

Tercero. Señala que la medida no es proporcional porque sacrifica injustificadamente el derecho fundamental de los NNA en situación de adoptabilidad a tener una familia. Esto ocurre porque impone una barrera formal a la pareja, en detrimento de los derechos sustanciales y constitucionales de quienes son sujetos de especial protección del Estado. En concreto, afirma que el Legislador se propuso comprobar la existencia de un hogar estable para el niño en situación de adoptabilidad con la exigencia del término máximo de convivencia extramatrimonial. Sin embargo, la restricción prevista en el aparte acusado reporta un costo mayor en términos de derechos fundamentales, pues limita sustancialmente el acceso del adoptable a una familia estable e idónea, por el simple hecho de que la ley no permite tener en cuenta el término de convivencia anterior a la sentencia de divorcio de los pretensos padres, cuando respecto de uno de ellos o ambos subsiste vínculo matrimonial<sup>3</sup>.

Cuarto. Considera que la medida no persigue una finalidad constitucionalmente válida porque la existencia de vínculos matrimoniales de los pretensos padres no pone en entredicho sus capacidades parentales ni su idoneidad física, mental, moral o social<sup>4</sup>. Por el contrario, la medida es innecesaria porque no persigue ninguna finalidad constitucional y, pueden utilizarse mecanismos menos lesivos de los derechos fundamentales para comprobar la idoneidad de los futuros padres adoptantes.

Quinto. Afirma que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF) reportó que, en relación con el año 2010, durante 2017 el número de adopciones se redujo en más del 50%. En ese sentido, considera que las medidas innecesarias y desproporcionadas como la que se analiza en esta demanda, reducen aún más las posibilidades de los niños en situación de adoptabilidad de ser acogidos por un hogar estable e idóneo<sup>5</sup>.

Por lo tanto, solicita que la expresión este término se contar 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, contenida en el numeral 3º del artículo 68 del CIA, sea declarada inexecutable por vulnerar el artículo 44 de la Constitución Política.

## I. INTERVENCIONES

### 1. Defensora del Pueblo

La Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales pide a la Corte declarar INEXEQUIBLE el aparte acusado. Considera que la norma impone una carga innecesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales de los NNA.

En primer lugar, para establecer la finalidad de la medida prevista en el fragmento demandado, hace referencia a los antecedentes legislativos. No obstante, advierte que en la exposición de motivos no se hizo alusión a la finalidad del requisito. En consecuencia, hace una interpretación sistemática con la Ley 54 de 1990 y concluye que el plazo previsto en la norma acusada responde a la estipulación que dispone el plazo de dos años para la conformación de sociedad patrimonial en la unión marital de hecho (en adelante, UMH). En ese sentido, advierte que esa previsión tiene un fin económico y entre los compañeros permanentes, de manera que resulta innecesaria para el caso de la adopción. Particularmente, indica que condicionar la adopción a la posibilidad de que entre los adoptantes, al momento de la solicitud, no exista una sociedad patrimonial vigente, es a todas luces innecesaria; entendiendo que los derechos patrimoniales de los NNA en relación con sus padres adoptivos, en caso de que surja un conflicto, están protegidos por las leyes sustanciales y procesales de orden civil<sup>7</sup>.

En segundo lugar, sostiene que la medida es desproporcionada porque da prevalencia a la necesidad de evitar un eventual conflicto patrimonial sobre los derechos fundamentales de los NNA vulnerables. En ese sentido indica que la colisión de derechos evidencia que se deben preferir los derechos fundamentales de los NNA, por expreso mandato constitucional.

En tercer lugar, cita como jurisprudencia relevante la Sentencia C-193 de 2010, en la que la Corte declaró que la norma que supeditaba la contabilización de los dos años para la conformación a la unión marital de hecho al paso de un año desde la liquidación de la última unión era inexecutable.

En cuarto lugar, la Defensoría afirma que la norma acusada establece un lapso que no solo es innecesario, sino que reduce las posibilidades de que los NNA en situación de adoptabilidad puedan tener una familia. Por lo tanto, considera que desconoce el artículo 44 de la Constitución.

## 1. Universidad Externado de Colombia

La Universidad Externado de Colombia<sup>8</sup>, solicita a la Corte declarar INEXEQUIBLE la expresión “este término se contará a partir de la sentencia de divorcio”. De manera subsidiaria, pide declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la expresión acusada, en el entendido de que la sentencia de divorcio es un medio de prueba idóneo para demostrar la singularidad de la unión marital de hecho, esto es, de la unicidad en el estado civil y del núcleo familiar, pero no se puede tomar como un hito para computar el inicio de la convivencia en la unión marital de hecho, por cuanto no es prueba idónea ni pertinente de la estabilidad y la convivencia.

En primer lugar, explica que la UMH se conforma sin que necesariamente se haya comprobado el divorcio, circunstancia que ha sido avalada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Por esa razón, la exigencia contenida en la disposición tiene como finalidad evitar confusiones respecto de la filiación generada por el hecho de la adopción. En ese sentido, considera que la exigencia del divorcio es relevante porque la adopción es una medida de protección que establece de forma irrevocable la relación de filiación, en virtud de la cual surge el parentesco civil entre los adoptantes y la persona adoptada. Si no se exigiera el divorcio “se admitiría que con la adopción se establece parentesco civil respecto de la familia adoptante en UMH y además el parentesco por afinidad con su cónyuge (no adoptante)”<sup>9</sup>.

A pesar de lo anterior, la universidad sostiene que el requisito previsto en la norma impone una carga desproporcionada desde dos puntos de vista. De una parte, a los compañeros permanentes debido a que otorga un tratamiento distinto con fundamento en circunstancias que corresponden a su fuero personal, como es decidir si optan o no por el divorcio luego de haberse separado de hecho y conformado una UMH. De otra parte, a los NNA adoptables, en tanto desconoce los fines de protección de la adopción.

Sobre el particular, destaca que en la Sentencia C-840 de 2010 la Corte declaró<sup>3</sup> exequible la norma que exige que los compañeros permanentes convivan durante más de dos años para aspirar a adoptar, en tanto se trata de un instrumento que garantiza la estabilidad familiar de los futuros adoptantes. Sin embargo, la norma acusada en esta ocasión impone una carga adicional que no está vinculada con dicha estabilidad y, por lo tanto, es arbitraria.

En segundo lugar, afirma que la norma confunde la UMH con la sociedad patrimonial. En efecto, la comprobación del término de dos años aplica para demostrar la sociedad patrimonial y no la UMH, que está basada en una comunidad de vida singular y permanente, y no en el transcurso del tiempo. Por lo tanto, la disposición demandada establece un trato distinto e injustificado entre los diversos tipos de familia, al conferir una protección prevalente al vínculo matrimonial sobre las decisiones de quienes conforman la UMH. Además, resalta que es pacífico en la jurisprudencia que esa unión se comprueba sin necesidad de acreditar el divorcio cuando alguno de los compañeros está vinculado por un matrimonio anterior, y se ha separado de hecho o, en casos excepcionales, se presente la coexistencia entre el matrimonio y la UMH.

Agrega que la decisión de mantener el vínculo matrimonial puede responder a diversos factores, como son el alto costo de ese trámite judicial y la duración del procedimiento. Estos asuntos no guardan correspondencia alguna con la estabilidad de la UMH, por lo que no pueden servir de parámetro válido para definir la aptitud de los compañeros permanentes para ser padres adoptantes. Incluso, la estabilidad debe estudiarse a partir del estándar fijado en la Sentencia C-840 de 2010, que no contempla el divorcio como condición para contabilizar los dos años requeridos para adoptar.

En tercer lugar, reconoce que en el proceso de adopción el tiempo de convivencia es un criterio razonable para evaluar la estabilidad, vocación de permanencia o conocimiento previo de los compañeros que pretenden adoptar. Sin embargo, la sentencia de divorcio es irrelevante para probar la solidez de la relación entre compañeros permanentes. Esto es así porque: (i) diversas decisiones judiciales han admitido la existencia de la UMH al margen de la existencia de vínculo matrimonial previo, y (ii) la seriedad de la convivencia puede acreditarse a través de diversos medios probatorios contemplados por el artículo 124 del CIA.

## 1. Harold Eduardo Sua Monta±a

El ciudadano Sua Monta±a considera que la norma puede tener como objetivo impedir confusiones sobre la conformaci3n de la familia adoptante. Sin embargo, advierte que el aparte acusado es ambiguo, por lo que estima que la Corte deberá interpretararlo a partir de criterios auxiliares. Además, indica que debe declararse la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del precepto acusado en el sentido de que el aparte demandado ‐consiste en tener al menos dos (2) a±os de convivencia ininterrumpida al momento de quedar en firme la sentencia de divorcio del compa±ero(a) que estaba casado con otra persona distinta a aquella con la cual va a adoptar 10. Considera que esta compresi3n es la que mejor protege el interés del menor de edad al otorgarle un hogar más estable.

En respuesta a los argumentos planteados por los intervinientes, el demandante insistió en la inconstitucionalidad del precepto acusado, con fundamento en las mismas razones expuestas en el escrito de demanda.

## I. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuradora General de la Nación presentó concepto en el que solicita a la Corte que declare la INEXEQUIBILIDAD del aparte acusado, con fundamento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, hace referencia a la naturaleza de la adopci3n como un mecanismo de protecci3n de los derechos de los NNA, que debe atender al carácter prevalente de tales derechos. En particular, explica que a través de esa instituci3n se garantiza el derecho de los menores de edad a tener un hogar conformado por personas idóneas. Tanto las normas legales como la jurisprudencia constitucional reconocen a los cónyuges, los compa±eros permanentes y las familias monoparentales como alternativas válidas para adoptar.

En segundo lugar, hace referencia a la Sentencia C-840 de 2010. Indica que en ésta la

Corte estableci<sup>3</sup> que el requisito consistente en que la UMH tenga una duraci<sup>3</sup>n m<sup>3</sup>nima de dos a<sup>3</sup>±os para que la pareja pueda adoptar, es v<sup>3</sup>lido y razonable en la medida en que est<sup>3</sup> vinculado a la estabilidad y vocaci<sup>3</sup>n de permanencia de la familia y, de esta manera, a la idoneidad de los futuros padres. Adem<sup>3</sup>s, se trata de un t<sup>3</sup>mino  $\hat{\epsilon}(\hat{\epsilon})$  objetivo, razonable y no discriminatorio, porque se encuentra justificado en la necesidad de rodear de seguridad las relaciones que se establecen frente a la adopci<sup>3</sup>n, dada su naturaleza irrevocable<sup>11</sup>.

En tercer lugar, diferencia los efectos patrimoniales de la UMH con su conformaci<sup>3</sup>n. En concreto, indica que la fijaci<sup>3</sup>n del t<sup>3</sup>mino de dos a<sup>3</sup>±os luego de la disoluci<sup>3</sup>n del v<sup>3</sup>nculo matrimonial anterior es un asunto que tiene relevancia para la faceta patrimonial de la UMH. La exigencia de la necesidad de terminaci<sup>3</sup>n del v<sup>3</sup>nculo matrimonial tiene como prop<sup>3</sup>sito  $\hat{\epsilon}(\hat{\epsilon})$  evitar la coexistencia de sociedades universales de gananciales que permitan confundir el patrimonio conyugal y el patrimonio marital, y por ello resulta necesaria y proporcionada para que opere la presunci<sup>3</sup>n de la sociedad patrimonial de hecho<sup>12</sup>.

De otro lado, cita la Sentencia C-193 de 2016, en la que la Corte declar<sup>3</sup> inexecutable el requisito de liquidaci<sup>3</sup>n de la sociedad conyugal anterior porque se trataba de una medida desproporcionada que desconoc<sup>3</sup>a el mandato constitucional de protecci<sup>3</sup>n igualitaria de las diferentes modalidades de familia. En ese orden de ideas, resalta que, de acuerdo con el ordenamiento jur<sup>3</sup>dico aplicable, la UMH es una forma constitutiva de familia que obtiene ese reconocimiento desde el momento en que se adopta la decisi<sup>3</sup>n responsable de conformarla, de modo que las exigencias de estabilidad antes explicadas resultan razonables en tanto se vinculan con la idoneidad para adoptar.

Por lo tanto, esas condiciones son diferentes a aquellas que se explican exclusivamente desde una perspectiva econ<sup>3</sup>mica. No existe un t<sup>3</sup>mino constitucional para que se entienda conformada la familia por v<sup>3</sup>nculos naturales, es posible que en algunos casos coexistan en el tiempo los efectos personales del v<sup>3</sup>nculo matrimonial anterior sin disolver y la uni<sup>3</sup>n marital de hecho. Cuando esto ocurre, es indispensable que se demuestre la permanencia y singularidad de la comunidad de vida en la UMH. Ahora bien, no es posible  $\hat{\epsilon}(\hat{\epsilon})$  que coexistan en el tiempo las universalidades patrimoniales propias de la sociedad conyugal anterior y la presunci<sup>3</sup>n de existencia de la sociedad patrimonial de hecho, en

tanto aparejar una confusión de los patrimonios sociales”13.

En cuarto lugar, la Procuraduría propone un juicio de proporcionalidad estricto, cuya intensidad se fundamenta en que la medida tiene la potencialidad de afectar los derechos de los NNA. En concreto, explica que el objetivo de la medida consiste en dotar de seguridad jurídica a la institución de la adopción y, por lo tanto, es una finalidad legítima, importante e imperiosa.

Sin embargo, el medio escogido, esto es, exigir que el término de dos años de permanencia de la UMH se cuente a partir de la sentencia de divorcio, no es idóneo ni conducente para el logro de ese fin. Esto ocurre porque: (i) la conformación de la UMH opera independientemente del divorcio; (ii) la existencia de matrimonio previo no inhibe esa conformación y, por lo tanto, la estabilidad puede comprobarse al margen de la existencia de ese vínculo matrimonial anterior, puesto que lo que permite esa verificación es la singularidad de la unión entre los compañeros permanentes; y (iii) desconocer el plazo transcurrido entre la conformación de la UMH y la sentencia de divorcio impone una barrera injustificada para que los menores de edad accedan a una familia de acogida.

Agrega que el medio escogido también es innecesario porque existen otros mecanismos legales para demostrar la idoneidad de los padres adoptantes como los consagrados en el parágrafo del artículo 124 del CIA. Resalta que, incluso en caso de que se asumiera que la finalidad de la medida es proteger los derechos patrimoniales que le podrán corresponder al menor de edad adoptivo en ausencia de uno o ambos compañeros permanentes adoptantes, el medio escogido es innecesario porque existen otras alternativas para lograr la disolución judicial de la sociedad patrimonial y con ello “evitar la confusión de las universalidades sociales y proteger en todo caso los intereses patrimoniales de las niñas, los niños y adolescentes sujetos de la adopción, cuando se trata de una familia conformada por vínculos naturales o de hecho”.

Por último, en cuanto a la relación entre el medio escogido y el fin perseguido, el Ministerio Público considera que la norma impone una restricción formal excesiva que sacrifica el derecho a tener una familia del que son titulares los menores de edad en situación de adoptabilidad. Esto ocurre porque contabilizar desde la sentencia de divorcio el término de dos años de convivencia ininterrumpida entre compañeros permanentes, limita la

posibilidad que tienen los NNA de ser ubicados en una familia adoptiva. En efecto, la medida disminuye el número de parejas que cumplirían el requisito general de permanencia de dos años por no contar con una sentencia de divorcio, a pesar de haber demostrado su idoneidad a través de una convivencia estable, permanente y singular como comunidad de vida conformada por vínculos naturales.

## I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º de la Carta Política, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del numeral 3º (parcial) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, «Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia», pues se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de un texto normativo que hace parte de una ley de la República.

### Asunto objeto de revisión y problema jurídico

1. El demandante considera que el requisito para adoptar contenido en el numeral 3º del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, consistente en exigir que la contabilización del plazo de convivencia de los compañeros de hecho con vínculo matrimonial previo se cuente desde la sentencia de divorcio, es inconstitucional. En concreto, indica que ese requisito desconoce el derecho de los NNA a tener una familia y el carácter prevalente de sus derechos. Esto ocurre porque impone una condición que: (i) no es requisito para la conformación de la UMH, y (ii) no tiene relación con la comprobación de la idoneidad de los padres adoptantes. Así pues, considera que se trata de una medida sin justificación que tiene como efecto reducir la cantidad de familias candidatas para adoptar, en detrimento de la protección de los NNA.

1. La Defensoría del Pueblo, la Universidad Externado de Colombia y el Ministerio Público piden a la Corte declarar inexecutable el aparte acusado. Coinciden en que el requisito previsto en la norma vulnera los derechos de los NNA. En particular, consideran que el requisito de contar con la sentencia de divorcio tiene que ver con asuntos patrimoniales, relacionados con la necesidad de distinguir entre los efectos de la sociedad conyugal y los de la sociedad patrimonial. Por lo tanto, se trata de una medida que no guarda vínculo alguno con la acreditación de la idoneidad para adoptar.

En ese sentido, advierten que la medida no cumple un juicio de proporcionalidad. En efecto, si bien la acreditación de la idoneidad de los futuros padres adoptantes puede perseguir una finalidad constitucionalmente importante e imperiosa, como es garantizar la estabilidad de la pareja, el medio escogido no es necesario, en la medida en que no tiene relación con la existencia de la UMH ni con la aptitud de los padres adoptantes.

1. Un ciudadano<sup>14</sup> solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada del fragmento demandado en el entendido de que consiste en tener al menos dos años de convivencia ininterrumpida al momento de quedar en firme la sentencia de divorcio del compañero que estaba casado con otra persona distinta a aquella con la cual va a adoptar. La Universidad Externado de Colombia, de manera subsidiaria, solicita declarar executable la norma en el entendido de que la sentencia de divorcio es un medio de prueba idóneo para demostrar la singularidad de la unión marital de hecho “esto es, de la unicidad en el estado civil y del núcleo familiar”, pero no se puede tomar como un hito para computar el inicio de la convivencia en la unión marital de hecho, por cuanto no es prueba idónea ni pertinente de la estabilidad y la convivencia.”.

1. Conforme a la demanda, las intervenciones y el concepto del Ministerio Público, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿La disposición legal que exige que la contabilización del plazo de dos años de convivencia de los compañeros permanentes que aspiran a ser padres adoptantes se efectúe a partir de la sentencia de divorcio cuando uno de ellos haya tenido un vínculo

matrimonial anterior vulnera el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia?

Para resolver la cuestión planteada, la Sala: (i) analizará la unión marital de hecho como un tipo de conformación de la familia y su distinción con la sociedad patrimonial; (ii) estudiará la naturaleza y alcance del interés superior del niño; (iii) se referirá a la institución jurídica de la adopción como medida de protección de los derechos de los NNA; (iv) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la exigencia de un periodo mínimo de convivencia para los compañeros permanentes que aspiran a ser padres adoptantes, y (v) realizará el análisis de constitucionalidad de la norma acusada.

La unión marital de hecho como tipo de conformación de la familia y su distinción con la sociedad patrimonial<sup>15</sup>

1. Esta Corte<sup>16</sup> ha definido la familia como una comunidad de personas unidas por vínculos naturales o jurídicos, fundada en el amor, el respeto y la solidaridad, caracterizada por la unidad de vida que liga íntimamente a sus integrantes. El régimen constitucional colombiano ha buscado hacer de la familia el escenario en el que, dentro de un clima de respeto, no violencia e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse libre y plenamente<sup>17</sup> sin la intromisión de terceros. Esta institución pretende lograr un equilibrio entre la estabilidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de cada uno de sus miembros<sup>18</sup>. En su conformación, cobran especial relevancia, entre otros, los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia y a la intimidad.

Aunque la Carta Política *“confiere plena libertad a las personas para consentir en la formación de la familia, no por ello deja a su total arbitrio la consolidación de la misma, pues en todo caso somete su constitución a determinadas condiciones, a fin de otorgarle reconocimiento, validez y oponibilidad a la unión familiar”*<sup>19</sup>. Tales requisitos sólo pueden ser creados e interpretados de conformidad con la reiterada jurisprudencia constitucional<sup>20</sup> que ha sostenido de manera constante que la familia es la institución básica de la sociedad, y *“merece por sí misma la protección del Estado, con independencia de la forma en que se haya constituido, es decir, sin que se prefiera la*

procedente de un vínculo jurídico sobre aquella que ha tenido origen en lazos naturales»<sup>21</sup>. En ese sentido, la protección a los diferentes tipos de familia proscribire cualquier distinción injustificada entre ellos.

1. Asimismo, esta Corporación<sup>22</sup> ha sostenido que el concepto de familia es dinámico y variado. En concreto, incluye familias originadas en el matrimonio y en las uniones maritales de hecho. En esa medida, la familia debe ser especialmente protegida, independientemente de la forma en la que surge. En la Sentencia C-577 de 2011<sup>23</sup> la Corte se refirió a diferentes tipos de familias con hijos (las surgidas biológicamente, por adopción, por crianza, monoparentales, originadas por la unión de parejas del mismo sexo) y enfatizó que todas están amparadas por el mandato de protección integral previsto en el artículo 42 superior.

El mandato constitucional de protección integral a la familia se complementa con otras garantías previstas por el constituyente, como son la igualdad de derechos entre los miembros de la pareja, el amparo a su patrimonio, la primacía de los derechos de los niños, niñas y la protección especial a los adolescentes y a las personas de la tercera edad<sup>24</sup>.

1. Ahora bien, pueden existir diferencias legítimas en las formas de protección de ciertos efectos derivados de los distintos tipos de conformación de las familias. Para el análisis del asunto objeto de debate es relevante estudiar la unión marital de hecho.

1. En ejercicio del margen de configuración que tiene el Congreso para regular los diversos tipos de conformación de la familia, profirió la Ley 54 de 1990, mediante la cual reconoció la unión marital de hecho y reguló su régimen patrimonial. La unión marital necesariamente genera efectos sobre derechos fundamentales inalienables, como el estado civil de los hijos o el derecho a la protección en salud del compañero o compañera permanente. La sociedad patrimonial es un resultado contingente de esa unión.

El artículo 3º de la Ley 54 de 1990 define la sociedad patrimonial en los siguientes términos: «[e]l patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes». El parágrafo del artículo en cita señala que no hacen parte del haber de la sociedad los bienes adquiridos por donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho. Sin embargo, sí se consideran parte de la sociedad patrimonial los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho.

1. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, «( ) la sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho y, en segundo término, de que como consecuencia del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los comp eros permanentes, se haya consolidado un   patrimonio o capital   com n  25. Por lo tanto, la sociedad patrimonial depende de que exista unión marital de hecho, pero requiere que se haya conformado un capital común. Es por esa razón que se trata de una consecuencia contingente de la UMH.

1. La jurisprudencia ha afirmado que, tanto las condiciones en que surgen las sociedades patrimonial y conyugal, como las pruebas por aportar para demostrar su existencia, son diferentes. Ello puede generar consecuencias distintas que son válidas siempre y cuando sean razonables, es decir, están sustentadas en una razón objetiva28.

1. Por ejemplo, la Sentencia C-1035 de 200829 resalta  que, aunque es necesario proteger a todos los tipos de familia sin importar su origen, el matrimonio y la unión marital de hecho son diferentes porque el primero genera una relación jurídica con derechos y deberes para las partes que se extinguen por divorcio, nulidad o fallecimiento, mientras que en el segundo

la relación nace del solo hecho de la convivencia. Por ende, las partes son libres de culminar su relación con la misma informalidad con la que la iniciaron<sup>30</sup>.

1. La legitimidad de las eventuales diferencias entre las situaciones que se presentan en las uniones maritales y en los matrimonios también fue reafirmada por la Sentencia C-755 de 2008<sup>31</sup>. En esa decisión, la Corte estableció que los tratamientos diferenciales deben tener algún sentido, de lo contrario, se transgrediría el mandato constitucional que proscribe la discriminación por razones de origen familiar. De hecho, y como obiter dictum<sup>32</sup>, se refirió al surgimiento de la sociedad patrimonial, que requiere de dos años de existencia de la unión marital para nacer a la luz del derecho, como un ejemplo de diferencia legítima.

1. Posteriormente, en Sentencia C-283 de 2011<sup>33</sup> este Tribunal encontró razonable la diferencia legal que exige dos años de convivencia para que los compañeros tengan derecho a la porción conyugal, mientras que no se exige ese mismo tiempo para las personas que deciden contraer matrimonio. Sobre el particular, concluyó:

“... mientras el matrimonio es un contrato solemne en los términos de la legislación civil, la unión marital de hecho resulta de un acuerdo de voluntades que no requiere de ninguna solemnidad y, como tal, el legislador ha previsto unos tiempos y unas formas para su efectivo reconocimiento.”

1. En la Sentencia C-257 de 2015<sup>34</sup>, la Corte se pronunció sobre la expresión “por un lapso no inferior a dos años” contenida en la parte inicial del artículo 2º literal b) de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1º de la Ley 979 de 2005. En concreto, estudió la presunta violación de los artículos 5º, 13 y 42 de la Constitución porque, según los actores, la norma impedía que la sociedad de bienes naciera de forma inmediata y, por lo tanto, no garantizaba la protección a la familia constituida por vínculos familiares. En efecto, la sociedad patrimonial se presume tras dos años de convivencia y ayuda mutua de los compañeros permanentes.

Al adelantar el juicio de constitucionalidad respectivo, esta Corporación encontró que el medio usado por el Legislador para lograr el fin propuesto resultaba legítimo y adecuado. Efectivamente, la previsión del plazo de dos años de permanencia en la unión marital para que pueda presumirse o declararse judicial o voluntariamente la sociedad patrimonial es constitucional porque no vulnera por sí mismo ningún derecho fundamental, se refiere únicamente a un aspecto patrimonial de la unión marital, no deja desprotegidos a los miembros de la pareja o la familia ni hace una distinción arbitraria.

Adicionalmente, este tribunal señaló que el mecanismo escogido por el Legislador era adecuado para lograr la finalidad perseguida, pues un dato objetivo, como es el paso del tiempo, pretende mostrar la vocación de permanencia de la unión y lograr la configuración de otros elementos necesarios para considerar que hay un patrimonio común: el trabajo y la contribución de los miembros de la pareja a la generación, mantenimiento y aumento de bienes conjuntos. La determinación de un periodo de tiempo no es intrusiva, ni violatoria de los derechos de las parejas que viven en unión marital y no pretende someterlas al escrutinio de autoridades. El plazo solo aporta un dato cierto que puede llevar a suponer que han ocurrido determinados hechos en relación con el patrimonio de la pareja que convive en unión marital. Se trata de sucesos que son relevantes jurídicamente y que merecen protección legal según el criterio del Legislador en su amplio margen de regulación patrimonial de las distintas uniones.

1. De otro lado, en la Sentencia C-193 de 201635, la Corte estudió la constitucionalidad del requisito consistente en que la contabilización del plazo de dos años para el surgimiento de la sociedad patrimonial iniciara un año después de la liquidación de la sociedad conyugal anterior. Primero, analizó el requisito de disolución de la sociedad conyugal anterior como condición para el surgimiento de la sociedad patrimonial. Sobre este punto, indicó que se trataba de una medida necesaria y proporcional para evitar la coexistencia de sociedades universales de gananciales que se pudieran yuxtaponer, al punto de confundir el haber social.

Segundo, en relación con la fijación del término de un año posterior a la disolución para contar el término de dos años de convivencia requeridos para la conformación de la

UMH, indicó<sup>3</sup> que esta exigencia no tenía un fin legítimo y desconocía el mandato constitucional de protección igualitaria de las diferentes modalidades de familia. En concreto, la medida diferenciaba entre las personas que conformaran una UMH con el vínculo matrimonial anterior ya disuelto y aquellas que lo disolvieran mientras estaban en la nueva unión. Para los primeros, el término de dos años se contabilizaría a partir de la UMH, mientras que, para los segundos, ese lapso se contabilizaría un año después de la disolución. Así pues, el término de un año previsto fue declarado inexecutable por carecer de finalidad, al punto de generar un trato desigual entre los miembros de las parejas que conforman las familias naturales<sup>4</sup>.

1. Por último, en la Sentencia C-131 de 2018, la Corte analizó la demanda presentada contra la norma que establecía que la contabilización del término de 180 días para presumir la paternidad de los hijos nacidos durante la unión marital de hecho, requería la declaración de la unión. En esa ocasión, este Tribunal concluyó que no es constitucionalmente válido exigir la declaración de la unión marital de hecho para que a partir de ese momento opere la presunción de paternidad, pues ello vulnera el artículo 13 superior, al establecer un régimen de filiación más gravoso para los hijos nacidos durante dicha unión.

Esto debido a que, si bien en el caso de los hijos nacidos durante el matrimonio el plazo de contabilización del término presuntivo de paternidad es más garantista (desde el comienzo de la relación jurídica), para los hijos nacidos durante la unión marital ese término se empieza a contar desde su declaración, que generalmente es un momento posterior al inicio de la convivencia. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido de que, para el caso de los hijos nacidos durante la unión marital de hecho, el término de 180 días debe contarse desde cuando se acredite el inicio de la convivencia entre los padres.

1. De este apartado resultan relevantes las siguientes conclusiones:

\* La protección a la familia como institución básica de la sociedad implica el respeto y la protección de la voluntad de quienes han optado por una de los diversos tipos de conformación de familia. Esto implica prevenir que se imponga una forma única de darle origen.

\* El Legislador está habilitado para disponer tratamientos diferenciados a la unión marital de hecho, pues se trata de una institución jurídica particular.

\* El margen de configuración del Congreso sobre esta materia es amplio, pero no ilimitado. Debe edificarse sobre una finalidad constitucionalmente admisible y que, a su vez, no afecte los derechos fundamentales de los integrantes de la familia.

\* Los derechos de los integrantes de la familia no pueden ser válidamente limitados con fundamento únicamente en el tipo de unión a partir del cual se construyen lazos.

\* El surgimiento de la unión marital de hecho no depende de un término concreto, sino de la voluntad para conformarla, de la singularidad de la relación y del acompañamiento constante y permanente, que permita vislumbrar estabilidad y compromiso en pareja.

\* El surgimiento de la sociedad patrimonial, como parte de las relaciones económicas de esta forma de familia, requiere un tiempo mínimo de dos años para que se presuma por ministerio de la ley o pueda ser declarada judicialmente o de forma voluntaria.

\* La exigencia de plazos de convivencia a la UMH está vinculada, de manera general, con sus efectos patrimoniales. En ese sentido, el propósito de requisitos de ese carácter es

establecer una frontera definida entre la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial, con el fin de evitar que se confundan bienes de una y otra.

Así, planteada la diferencia que existe entre la conformación de la unión marital de hecho y el surgimiento de la sociedad patrimonial, la Corte se referirá a la naturaleza y alcance del interés superior del niño.

Naturaleza y alcance del interés superior de las niñas y los niños

1. El artículo 44 de la Constitución establece algunos de los derechos fundamentales de los NNA, identifica las personas y entidades que tienen a su cargo deberes en relación con este grupo, y determina que sus derechos prevalecen sobre los de los demás.

El principio mencionado es desarrollado por el Código de la Infancia y la Adolescencia, que en su artículo 8º, define el interés superior del NNA 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».

1. En el mismo sentido, la Convención sobre Derechos del Niño<sup>37</sup> consagra la obligación de las autoridades de tener una consideración especial para la satisfacción y protección de los derechos de los niños y las niñas. Específicamente, el artículo 3.1. del instrumento mencionado dispone que «[e]n 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 [la] que se atenderá será el interés superior del niño.»

En la Observación General No. 14 del 29 de mayo de 2013, el Comité de los Derechos del Niño<sup>38</sup> interpretó el párrafo 1º del artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el instrumento mencionado, el Comité determinó que el interés superior del niño abarca tres dimensiones, a saber: (i) como derecho sustantivo a que el interés superior del

menor de edad sea una consideraci3n primordial que se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses, cuando se deba tomar una decisi3n sobre una cuesti3n debatida; (ii) como principio jur3dico interpretativo fundamental, conforme al cual, cuando una disposici3n jur3dica admita m3is de una interpretaci3n, se debe elegir aquella que satisfaga de manera m3is efectiva el inter3s superior de los ni±os y las ni±as; y (iii) como norma de procedimiento, seg3n la cual siempre que se tenga que tomar una decisi3n que afecte a uno o m3is ni±os, se deber3 incluir una evaluaci3n de las posibles repercusiones de la decisi3n en el o los menores de edad involucrados y dejar de presente expl3citamente que se tuvo en cuenta ese derecho39.

1. Para efectos de analizar c3mo opera el inter3s superior de los NNA, en la Sentencia T-510 de 200340 esta Corporaci3n fij3 unos est3ndares de satisfacci3n de este principio y los clasific3 como f3cticos y jur3dicos. Los primeros exigen que se analicen 3ntegramente las circunstancias espec3ficas del caso, mientras que los segundos se refieren a 3par3metros y criterios establecidos por el ordenamiento jur3dico para promover el bienestar infantil41, especialmente en raz3n al riesgo que genera la discrecionalidad que se requiere para hacer este tipo de valoraciones.

Seg3n la sentencia referida, son criterios jur3dicos para determinar el inter3s superior de los NNA en un caso particular: (i) la garant3a del desarrollo integral del menor de edad, (ii) la garant3a de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, (iii) la protecci3n frente a riesgos prohibidos, (iv) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares (si ese equilibrio se altera, debe adoptarse la decisi3n que mejor satisfaga los derechos de los NNA), (v) la provisi3n de un ambiente familiar apto para su desarrollo, (vi) la necesidad de justificar con razones de peso la intervenci3n del Estado en las relaciones familiares, y (vii) la evasi3n de cambios desfavorables en las condiciones de los involucrados42.

1. En conclusi3n, siempre que se adopte una decisi3n de la que puedan resultar afectados los derechos de un menor de edad, se deber3 aplicar el principio de primac3a de su inter3s superior. Lo anterior implica acudir a los criterios f3cticos y jur3dicos fijados por la

jurisprudencia constitucional para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos.

La adopción como medida de protección de los derechos de los menores de edad<sup>43</sup>

1. El artículo 5º superior ampara a la familia como institución básica de la sociedad. En el mismo sentido, el artículo 42 determina que la familia es un derecho de todas las personas y reitera la obligación del Estado de protegerla. Además, el artículo 44 consagra el derecho fundamental de los niños y niñas a tener una familia en la que se garanticen sus derechos al cuidado y al amor, y a no ser separados de ella.

Las normas citadas 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 de edad. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos define a la familia como el «elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»<sup>44</sup>. La Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece que el menor de edad debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, en un entorno de afecto y seguridad moral y material<sup>45</sup>. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) sostiene que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad<sup>46</sup>. El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966) señala que la familia se erige como base para el desarrollo de los hijos<sup>47</sup>. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) consagra el derecho a la protección familiar<sup>48</sup>. 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»<sup>49</sup>. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) encuentra 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»<sup>50</sup> y exige a los Estados velar por la protección de los menores de edad cuando vean afectado

su medio familiar<sup>50</sup>.

La Ley 1098 de 2006<sup>51</sup>, desarrolla los derechos fundamentales de los NNA a la familia, al cuidado y al amor, y determina que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella y sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos”<sup>52</sup>.

Todo lo anterior evidencia que las normas que regulan los derechos de los menores de edad parten del supuesto de que su desarrollo armónico e integral depende de que crezcan en un ambiente de amor, 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 niño o niña<sup>53</sup>.

1. En lo que se refiere al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, la jurisprudencia constitucional ha precisado que su garantía posibilita la materialización de otros derechos fundamentales protegidos por la Carta<sup>54</sup>. De manera que, al ser obligación del Estado asegurar el derecho de los NNA, en particular de aquellos que están 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”<sup>55</sup>.

En ese sentido, la garantía que le asiste a todo menor de edad de tener una familia se encamina a propiciar las condiciones para su desarrollo armónico e integral en un entorno de amor y cuidado. Por ende, cuando un NNA no tiene una familia que lo asista, ya sea por el abandono de sus padres 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, su cuidado y su protección<sup>56</sup>.

1. En este escenario, la adopción constituye la institución jurídica por excelencia para

garantizar al menor de edad en situaci3n de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella57. La adopci3n, ha considerado la Corte, persigue el objetivo primordial de garantizar al menor de edad que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un n3cleo familiar58.

Esta instituci3n pretende suplir las relaciones filiales de un menor de edad cuando las ha perdido o nunca las ha tenido, y se encuentra en condi3n jur3dica de adoptabilidad. Esto es, a la espera de ser integrado a un nuevo entorno familiar en el que reciba las condiciones para su plena y adecuada formaci3n. De ah3 que 3la adopci3n se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un ni3o, y no para dar un ni3o a una familiaâ€59.

En virtud de lo anterior, en los procesos de adopci3n ha de primar el beneficio del menor de edad, lo que implica que el Estado tiene la obligaci3n de asegurar que quien o quienes aspiren a conformar una nueva familia re3nan todas y cada una de las exigencias legales y de idoneidad para cumplir su rol de padres.

En s3ntesis, el objetivo central de la adopci3n es garantizar los derechos de los NNA en situaci3n de adoptabilidad. Es decir, la adopci3n no es una garant3a que tengan quienes aspiran a ser padres, sino un instrumento destinado prioritariamente a satisfacer el derecho de los menores de edad a tener una familia. En ese sentido, las normas que regulen esta instituci3n deben apuntar, en toda circunstancia, a garantizar la idoneidad de la familia adoptante. Por esa raz3n, en principio son inconstitucionales las medidas legislativas que restrinjan la adopci3n sin que exista un v3nculo objetivo y razonable con esa comprobaci3n de idoneidad.

Planteada la instituci3n de la adopci3n y las restricciones al ejercicio del Legislador en esta materia, la Corte se referir3 a la Sentencia C-840 de 2010, mediante la cual se declar33 exequible el requisito del periodo m3nimo de convivencia de dos a3os para los compa3eros permanentes que pretenden adoptar.

La exigencia de un periodo m3nimo de convivencia para los compa3eros permanentes que aspiran a adoptar

1. En la Sentencia C-840 de 2010<sup>60</sup>, esta Corporación estudió la demanda presentada contra la primera parte del inciso 3º del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia que establece el requisito de permanencia de dos años para que los compañeros puedan adoptar. El demandante indicaba que exigir el plazo de convivencia de dos años a los compañeros permanentes para aspirar a adoptar vulneraba el principio de tratamiento paritario, pues el Legislador no exigía el transcurso del tiempo como requisito para los cónyuges adoptantes.

En esa decisión la Corte declaró la exequibilidad del requisito mínimo de dos años de convivencia para que las parejas en unión marital de hecho pudieran postularse para ser adoptantes. Concretamente, señaló que esta condición tenía una relación cierta y verificable con la evaluación sobre la idoneidad de la familia adoptante. En efecto, existen razones constitucionalmente importantes para que el Legislador exigiera un tiempo mínimo de consolidación de la UMH, porque a través de esa medida aseguraba la estabilidad de un vínculo caracterizado por su informalidad. Esta condición, a su turno, se mostraba imprescindible para acreditar un entorno favorable para el hijo adoptivo y, así, garantizaba sus derechos a tener una familia y al desarrollo armónico e integral.

En cuanto a la discriminación alegada, este Tribunal concluyó que, en virtud de las diferencias intrínsecas entre el matrimonio y la UMH, como son el deber de fidelidad, la existencia de un contrato y las consecuencias jurídicas de la disolución, la medida acusada se insertaba razonablemente en el margen de configuración legislativa. De otra parte, determinó que, en ejercicio del mencionado margen, el Legislador podía optar por ese mismo requisito para el caso de los cónyuges.

\* En principio, las medidas dirigidas a garantizar la idoneidad de los futuros padres adoptantes son constitucionales, porque están vinculadas a asegurar el interés superior de los NNA.

\* La exigencia de un lapso mínimo de convivencia de los compañeros que integran la UMH es un requisito compatible con la Constitución, en la medida en que está razonablemente dirigido a asegurar la estabilidad de la UMH y, con ello, su idoneidad como familia de acogida del NNA en condición de adoptabilidad.

\* Esta exigencia no tiene relación con la consolidación de los efectos patrimoniales de la UMH. Se trata de una medida objetiva que busca identificar la persistencia en la voluntad de conformar una unión estable y singular entre compañeros permanentes para garantizar la idoneidad de la familia adoptante.

A continuación, la Sala analizará el cargo formulado por el demandante contra la segunda parte del numeral 3º del artículo 68 del CIA.

El numeral 3º (parcial) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 vulnera el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia

1. El artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé los requisitos para adoptar a un menor de edad. La norma establece unos presupuestos generales de edad, idoneidad física, mental, moral y social. Además, contiene una lista de las personas que pueden adoptar. El numeral 3º establece que: (i) pueden adoptar conjuntamente los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (aparte declarado exequible en la Sentencia C-840 de 2010)<sup>61</sup>, y (ii) ese término será contado 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.

1. El demandante considera que es inconstitucional el requisito para adoptar contenido en la segunda parte del numeral 3º del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, consistente en exigir que la contabilización del plazo de convivencia de los compañeros de hecho con vínculo matrimonial previo se cuente desde la sentencia de divorcio. En concreto,

indica que ese requisito desconoce el derecho de los NNA a tener una familia y el carácter prevalente de sus derechos. Esto ocurre porque impone una condición que: (i) no es requisito para la conformación de la UMH, en tanto que aquella se forma desde el momento en que la pareja decide libre y voluntariamente conformar una familia; el vínculo anterior no es relevante y, (ii) no tiene relación con la comprobación de la idoneidad de los padres adoptantes. Así pues, afirma que se trata de una medida sin justificación que tiene como efecto reducir la cantidad de familias candidatas para adoptar, en detrimento de la protección de los NNA.

1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que, aunque los derechos no son absolutos y puede limitarlos, el Legislador no puede desconocer su núcleo esencial, que es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio<sup>62</sup>. Lo anterior supone que cuando se presente tensión entre ellos, como consecuencia de la limitación de un derecho para obtener un fin constitucionalmente legítimo, es necesario aplicar el juicio de proporcionalidad.

En la Sentencia C-345 de 2016<sup>63</sup>, la Corte analizó los criterios que se deben tener en cuenta para determinar el nivel de escrutinio aplicable a cada caso. En particular, indicó que el escrutinio judicial estricto

se traduce en una menor libertad de configuración del Legislador y, por consiguiente, en un juicio de constitucionalidad más riguroso. De esta forma, la Corte Constitucional ha aplicado el escrutinio estricto o fuerte cuando la medida (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; (ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o (iv) crea un privilegio.

1. En el asunto objeto de examen, el demandante considera que el requisito de tener una

sentencia de divorcio para empezar a contabilizar el término de convivencia de dos años entre compañeros permanentes que aspiran a adoptar viola el derecho de los niños y niñas a tener una familia porque reduce la cantidad de padres adoptantes y no necesariamente garantiza la idoneidad de la pareja. Esta acusación se muestra razonable. Efectivamente, el requisito previsto por la norma impide que puedan adoptar quienes: (i) tengan una convivencia de dos años o más y no hayan disuelto una sociedad conyugal anterior o, incluso que tengan separación de bienes, pero no se hubieren divorciado, (ii) hayan disuelto el matrimonio en vigencia de esa nueva unión y aún no hayan cumplido el término de dos años posteriores a la disolución.

Así pues, a pesar de que el ICBF no intervino en el proceso y no existen datos empíricos en los que se diferencien los distintos tipos de parejas adoptantes, el sentido común indica que esta medida reduce el número de compañeros permanentes que podrán culminar un proceso de adopción, porque excluye la posibilidad de que quienes están en las situaciones (i) y (ii) adopten.

1. En primer lugar, es preciso analizar si la medida prevista en la norma acusada persigue un fin imperioso.

1. En la versión original del proyecto de ley que dio origen al Código de la Infancia y la Adolescencia solo se exigía que los compañeros permanentes hubiesen convivido por más de dos años<sup>64</sup>. El requisito consistente en que los dos años de convivencia se cuenten a partir del divorcio fue incluido en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes. En la Gaceta del Congreso 751 de 2005<sup>65</sup>, que contiene la ponencia para primer debate en Cámara, se explican las modificaciones al artículo que fija los requisitos para adoptar en los siguientes términos: «Se amplían los requisitos para adoptar para hacer dar [sic] seguridad a la figura de la adopción».

De la redacción de la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se

evidencia que no hay claridad acerca del propósito específico que tuvo el Legislador para incluir la exigencia de contar la convivencia a partir de la sentencia de divorcio. Esto ocurre por dos razones: primero, porque el sentido literal de “œdar seguridad a la adopci3n”, es tan ambiguo que no permite inferir en qu3 consiste la supuesta seguridad que pretendi3 el Legislador con la contabilizaci3n del tiempo de convivencia a partir de la sentencia de divorcio de un anterior v3nculo.

Segundo, porque esa raz3n intenta justificar todas las adiciones al art3culo. En efecto, en la ponencia se agregaron varios requisitos para adoptar. En concreto, el Congreso incluy3: (i) el requisito de contabilizaci3n del tiempo de convivencia posterior al divorcio, que es objeto de esta demanda; (ii) el requisito de que se apruebe la cuenta de la administraci3n, cuando el adoptante sea el guardador del pupilo; y (iii) la exigencia de convivir ininterrumpidamente por lo menos dos a3os en el supuesto de que el c3nyuge o compa3ero permanente quiera adoptar al hijo de su pareja.

As3 pues, es evidente que la medida no fue expresamente justificada por el Congreso, m3s all3 de señalar que otorgaba seguridad a la adopci3n. Esa motivaci3n es ambigua e insuficiente, m3s a3n si se tiene en cuenta que alude a las tres modificaciones bastante diversas, que tuvo la totalidad de la norma.

Por lo tanto, la Corte no encuentra que haya existido un fin imperioso que justificara limitar el derecho de los NNA a tener una familia. Es muy importante que las normas que impongan l3mites a las medidas de protecci3n de los menores de edad tengan un peso suficiente que las justifiquen. Este deber de motivaci3n proviene del inter3s superior de los NNA y de la primac3a de sus derechos sobre los derechos de los dem3s.

1. Ahora bien, los intervinientes y el Ministerio P3blico afirmaron que la norma podr3a perseguir fines imperiosos, dirigidos a garantizar la idoneidad de la familia adoptante. En concreto, la medida podr3a estar motivada en la permanencia de la pareja, en la necesidad de garantizar la estabilidad econ3mica de la familia o en la certeza de los v3nculos de filiaci3n. De acuerdo con la posici3n de los intervinientes y en aplicaci3n del principio de conservaci3n del derecho, la Sala Plena entender3 que la finalidad de dar “œseguridad” a la adopci3n, a la que hizo alusi3n el Legislador cuando incluy3 el

aparte acusado, se refiere a garantizar la idoneidad de la familia adoptante. En ese orden de ideas, existirían tres posibles fines para adoptar esta medida, a saber: el primero, garantizar la permanencia de la pareja; el segundo, la seguridad económica del menor de edad, y el tercero, la certeza sobre los vínculos de filiación. Aquellos objetivos serían importantes e imperiosos, porque estarían fundados en la necesidad de garantizar la estabilidad de los derechos de los NNA en situación de adoptabilidad. Por lo tanto, la Sala Plena pasaría a analizar las demás etapas del test.

1. En segundo lugar, el medio escogido no es conducente para conseguir los fines propuestos.

En cuanto a la permanencia de la pareja: la estabilidad de la familia es un criterio relevante para definir su idoneidad. En efecto, la Sentencia C-840 de 2010 declaró<sup>3</sup> exequible el requisito de dos años de convivencia de los compañeros permanentes para adoptar porque consideró<sup>3</sup> que el transcurso del tiempo era un criterio válido para evaluar la estabilidad de la familia y su consecuente idoneidad.

No obstante, el aparte normativo ahora analizado es distinto y, de conformidad con las reglas jurisprudenciales antes explicadas, la existencia de una sociedad conyugal vigente por parte de uno de los compañeros permanentes no inhibe la conformación de la UMH como modalidad de familia. En efecto, el matrimonio previo no disuelto no impide que la pareja se una para construir una vida en común, protegida por la Constitución. Por lo tanto, la singularidad y estabilidad de la unión libre es una realidad comprobable al margen de la existencia de un vínculo matrimonial anterior no disuelto jurídicamente. Se insiste en que la evaluación sobre la idoneidad de la familia que pretende adoptar es, ante todo, una comprobación material sobre su capacidad y no una calificación sobre la vigencia y naturaleza jurídica de sus relaciones patrimoniales. Por lo tanto, la exigencia de contabilización de los dos años de cohabitación sólo después de una sentencia de divorcio no es conducente para garantizar la estabilidad de la unión entre compañeros.

En cuanto a la seguridad económica: las relaciones patrimoniales entre cónyuges o compañeros no inciden en los derechos de los futuros hijos, entre ellos los adoptivos. Al margen del estado civil de sus padres o de la vigencia de sus uniones, las obligaciones

derivadas de la filiación y el ejercicio de la patria potestad permanecen inalteradas. En ese sentido, la aparente confusión de dos patrimonios es un asunto ajeno a las obligaciones derivadas de la filiación entre el hijo adoptivo de padre o madre con sociedad conyugal anterior. Ahora bien, es pertinente aclarar que la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial no pueden coexistir y, en esa medida, las sociedades patrimoniales no se confundirán.

De otra parte, la existencia de una sociedad conyugal previa tampoco afectará los derechos sucesorales de los hijos. En el caso del fallecimiento de uno de los padres adoptantes, si no se ha disuelto y liquidado la sociedad conyugal anterior, ésta se disolverá con su muerte. Así, el haber social se dividirá entre el cónyuge, de una parte, y los herederos, de otra. Esto quiere decir que la sociedad conyugal no comporta un riesgo para los derechos sucesorales del hijo, pues el cónyuge anterior no concurre como heredero.

En cuanto a la certeza sobre los vínculos filiales: de acuerdo con el artículo 64 del CIA, un efecto jurídico de la adopción es «[establecer] el 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». Lo anterior implica que, cuando una pareja de compañeros permanentes adopta a un NNA, éste adquiere un vínculo filial que funciona igual al que tendrá con los padres biológicos. Así pues, la sentencia judicial establece un vínculo filial claro y, por esa razón, no cabe duda de que quienes conforman la UMH son los padres del NNA adoptado. Entonces, la exigencia de que exista una sentencia de divorcio para que los compañeros permanentes adopten no se dirige a garantizar la certeza de la filiación, pues la sentencia judicial define la identidad de los padres. La existencia de un matrimonio previo vigente no pone en duda la declaratoria judicial de la relación filial.

Por lo tanto, la exigencia de contar la convivencia a partir de una sentencia de divorcio no es conducente para garantizar la idoneidad del padre adoptante debido a que: (i) no tiene relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la filiación y el ejercicio de la patria potestad, (ii) no afecta los derechos sucesorales del hijo, y (iii) no apunta a tener certeza sobre los vínculos de filiación.

1. En tercer lugar, la medida es innecesaria.

En cuanto a la permanencia de la pareja: la medida no es necesaria para conseguir el fin propuesto por tres razones. Primero, porque la sentencia de divorcio es irrelevante para probar la permanencia de la relación entre compañeros permanentes. Esto ocurre porque la UMH se forma con la voluntad libre de las partes de construir una vida común, independientemente de que exista un vínculo matrimonial previo sin disolver.

Segundo, porque el ordenamiento jurídico prevé otras formas para demostrar la estabilidad de la unión, que resultan menos lesivas para los derechos de los NNA adoptables. En concreto, el parágrafo del artículo 124 del CIA, en su redacción original<sup>66</sup>, estableció tres medios distintos, no concurrentes, a través de los cuales la pareja podía comprobar la convivencia extramatrimonial para adoptar<sup>67</sup>.

Específicamente, la norma original establecía que, para los fines de la adopción, la convivencia extramatrimonial podía probarse por cualquiera de los siguientes medios: (i) la inscripción del compañero o compañera permanente en los registros de las Cajas de Compensación Familiar o de las instituciones de seguridad o previsión social; (ii) la inscripción de la declaración de convivencia que haga la pareja en la notaría del lugar de su domicilio, con antelación no menor de dos años, y (iii) el registro civil de nacimiento de los hijos de la pareja.

El texto del artículo 124 fue adicionado y actualmente prevé dos numerales adicionales a los que contemplaba el texto original. En estos se establece que la unión marital de hecho se puede demostrar a través de «[l]os otros mecanismos previstos en la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005» y, cuando se trate de compañeros permanentes residentes en el exterior, con la legislación del país de residencia de los solicitantes.

Tercero, porque el primer inciso del artículo 68 del CIA prevé unos requisitos especiales de idoneidad física, mental, moral y social de quienes pretenden convertirse en adoptantes. Estas condiciones son verificadas por el ICBF y el juez de familia que profiere la sentencia de adopción. Se trata de una comprobación estricta, que tiene como propósito asegurar a los niños, niñas y adolescentes que esa familia garantizará su integridad física, salud, cuidado y amor, educación, desarrollo armónico e integral y el correcto desempeño del ejercicio de la patria potestad y la autoridad paterna.

Por consiguiente, la exigencia de contabilización posterior a una sentencia de divorcio no tiene ninguna utilidad para garantizar la idoneidad de los padres y la estabilidad de la relación de la pareja, y no es necesaria para probar la convivencia, pues existen múltiples medios para demostrarla.

En cuanto a la seguridad económica: en caso de que la medida se dirija a proteger los derechos patrimoniales que le podrán corresponder al menor de edad adoptivo, el medio escogido es innecesario. Tal y como lo señaló el Ministerio Público en su intervención, existen alternativas distintas a una sentencia de divorcio para tener claridad sobre el surgimiento de la sociedad patrimonial. En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano prevé mecanismos para definir y reclamarlas judicialmente. Por ejemplo, disolver por separado la sociedad conyugal anterior para que pasados los dos años que exige el artículo 2° de la Ley 54 de 1990, opere la presunción de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Además, en la Sentencia del 14 de septiembre de 2016, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó su jurisprudencia sobre este tema y estableció que la sentencia judicial que disuelve el matrimonio por la separación judicial o de hecho, reconoce la terminación de la comunidad de bienes de forma retroactiva. En concreto, indicó que «la sentencia de divorcio de los matrimonios civiles o de cesación de efectos civiles de los religiosos, edificada en la causal de separación judicial o de hecho de los cónyuges por más de dos años, tienen efecto retroactivo a la fecha de suceder la separación definitiva, inclusive en el campo personal». El carácter declarativo de la sentencia de divorcio recientemente reconocido por la Corte Suprema de Justicia demuestra que no es necesario contar con esa decisión judicial para que se constituya la sociedad patrimonial y, en esa medida, la Corte encuentra que la sentencia de divorcio no es necesaria para garantizar la estabilidad económica de la familia.

De otra parte, en cuanto a los derechos sucesorales del hijo, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que los herederos ejerzan las acciones que tenía su antecesor en las mismas condiciones que éste podría hacerlo si viviera (como por ejemplo la simulación o la rescisión de contratos)<sup>70</sup>. De este modo, existen otras instituciones jurídicas que garantizan los derechos sucesorales del hijo, distintas de la exigencia de contar con una sentencia de divorcio.

En cuanto a la certeza sobre los vínculos filiales: en razón a que la sentencia de adopción establece un vínculo filial claro y, por esa razón, no cabe duda de que quienes conforman la UMH son los padres del NNA adoptado, no es necesario contar con una decisión de divorcio respecto del cónyuge para tener claridad sobre la relación filial entre los compañeros y el hijo.

1. En cuarto lugar, la medida no es proporcional en sentido estricto. De los pasos anteriores se evidencia que el requisito previsto por el numeral 3º del artículo 68 del CIA no reporta ningún beneficio para la defensa de los derechos de los NNA, pues no es conducente ni necesario para conseguir los fines propuestos. Así pues, la norma acusada previene una barrera formal que afecta de forma desproporcionada el derecho de los NNA en situación de adoptabilidad a tener una familia. En concreto, impide que adopten los compañeros que tengan un vínculo conyugal anterior vigente y, así, reduce el número de parejas que podrán adoptarlos con fundamento en un criterio que resulta arbitrario porque no garantiza la idoneidad de la familia adoptante.

1. Por consiguiente, la expresión «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», contenida en el numeral 3º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, «Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia» desconoce el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a tener una familia.

## Conclusiones

1. Del análisis realizado, se derivan las siguientes conclusiones:

i. La Sala estudió una demanda presentada contra la segunda parte del numeral 3º del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia que exige como requisito para que

los compañeros permanentes adopten, que la contabilización del plazo de convivencia, cuando estos tienen un vínculo matrimonial previo, se cuente desde la sentencia de divorcio.

i. El demandante indicó que esa exigencia desconocía el derecho de los NNA a tener una familia y el carácter prevalente de sus derechos, debido a que se trataba de una condición que: (a) no era requisito para la conformación de la UMH, y (b) no tenía relación con la comprobación de la idoneidad de los padres adoptantes. Así pues, explicó que se trataba de una medida sin justificación que tenía como efecto reducir la cantidad de familias candidatas para adoptar, en detrimento de la protección de los niños y las niñas.

i. El problema jurídico consistió en determinar si la disposición legal que exige que la contabilización del plazo de dos años de convivencia de los compañeros permanentes que aspiran a ser padres adoptantes se efectúe a partir de la sentencia de divorcio cuando uno de ellos hubiese tenido vínculo matrimonial anterior, vulnera el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia.

i. Para dar solución a la cuestión planteada, la Sala primero, aludió a la unión marital de hecho como tipo de conformación de la familia y su distinción con la sociedad patrimonial; segundo, estudió la naturaleza y alcance del interés superior de los NNA; tercero se refirió a la institución jurídica de la adopción como medida de protección de los derechos de los NNA, y cuarto, reiteró la jurisprudencia constitucional sobre la exigencia de un periodo mínimo de convivencia para los compañeros permanentes que aspiran a ser padres adoptantes.

i. Posteriormente, estudió el cargo formulado por el demandante. Para el efecto, la Sala desarrolló el juicio de proporcionalidad para determinar si la medida limitaba el derecho de los niños a tener una familia de forma desproporcionada. En este caso, aplicó un juicio de

proporcionalidad estricto porque están de por medio los derechos de las niñas y los niños, que por expreso mandato constitucional priman sobre los derechos de los demás.

i. La Sala advierte que la norma acusada persigue un fin imperioso, porque está fundada en comprobar la idoneidad de la familia adoptante al garantizar la permanencia de la pareja, asegurar estabilidad económica al menor de edad y la certeza de los vínculos filiales. Sin embargo, evidencia que la medida: (a) no es conducente para conseguir el fin propuesto, pues la UMH surge con la decisión de la pareja de conformar una familia independientemente de la existencia de una sociedad conyugal previa, la seguridad económica del menor de edad no está en riesgo con la existencia de aquella sociedad y la sentencia de adopción da plena certeza sobre las relaciones filiales; (b) tampoco es necesaria, debido a que existen otros medios menos lesivos para los derechos de los menores de edad, para lograr los fines propuestos, y (c) no es proporcional en sentido estricto, porque sacrifica los derechos de las niñas y los niños a través de una medida que no reporta ninguna utilidad.

## I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE la expresión “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”, contenida en el numeral 3º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁNCHEZ MENDOZA

Secretaria General

1 Expediente digital. Demanda. Folio 6.

2 Ídem.

3 Ídem.

4 Ídem.

5 Ídem. Folio 7.

6 Se recibieron dos intervenciones extemporáneas: (i) del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, que presentó su escrito el 30 de abril de 2021, y (ii) de la ciudadana María Valentina Arango Niño, que presentó su escrito el 18 de mayo de 2021. De acuerdo con el informe secretarial del 27 de mayo de 2021, que reposa en el expediente virtual, el término de fijación en lista venció el 29 de abril del mismo año, razón por la cual ambas intervenciones no serán tenidas en cuenta.

7 Intervención de la Defensora del Pueblo. Folio 5.

8 La intervención es suscrita por la profesora Natalia Rueda, del departamento de Derecho Civil y las investigadoras Sofía Catalina Huertas Romero y Gabriela Malkum Maya, del Seminario de Derecho de Familia de la Universidad Externado de Colombia.

9 Intervención de la Universidad Externado de Colombia. Folio 3.

10 Intervención del ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña. Folio 2.

11 Concepto del Ministerio Público. Folio 9.

12 Ídem. Folio 11.

13 Ídem. Folio 12.

14 Se trata del señor Harold Eduardo Sua Montaña. Las intervenciones extemporáneas no son tenidas en cuenta, tal y como se señalaba en el resumen de las intervenciones.

15 En este acápite se retoman parcialmente consideraciones de las sentencias C-257 de 2015 y C-131 de 2018, ambas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

16 Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Esta sentencia se ocupó de la demanda contra las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear” contenidas en el artículo 113 del Código Civil, y contra la frase “de un hombre y una mujer” contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009. La Corte declaró exequible el primer fragmento, y se declaró inhibida para estudiar de fondo los otros dos.

17 Sentencia C-875 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

18 Sentencia C-660 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Paráfrasis tomada de la Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

19 Cfr. Sentencia C-875 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Citada por la Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

21 T-553 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

22 Sentencia C-278 de 2014, M.P. Mauricio González.

23 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

24 Sentencia C-560 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Citada por la sentencia C-577 de 2011.

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Radicado 23001-3110-002-2001-00011-01.

26 Sentencia C-310 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, citada por la sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

27 Sentencia C-238 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Esta se ocupó de las diferencias entre el matrimonio y la unión libre en el marco del análisis de la vocación hereditaria del compañero o compañera supueste en uniones de hecho integradas por heterosexuales y por personas del mismo sexo.

28 Sentencia C-014 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

29 M.P. Jaime Cárdena Triviño.

30 Sentencia C-533 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, citada por la Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

31 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

32 En la Sentencia C-755 de 2008, esta Corporación declaró exequible de manera condicionada el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, conforme al cual, en tiempo de paz, se exime de la prestación del servicio militar a los casados que hagan vida conyugal. En particular, la Corte señaló que la exención se extiende a las personas que convivan en unión marital de hecho, en virtud del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, pues la unión de hecho o la familia conformada por vínculos naturales, también está protegida por el artículo 42 Superior.

33 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

34 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

35 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

36 Sentencia T-767 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

37 Este instrumento hace parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, conforma el ordenamiento interno, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución Política.

38 La función interpretativa de este órgano es ejercida a través de observaciones generales, las cuales, aunque no forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, sí forman parte del bloque como fuente interpretativa, conforme al artículo 93, inciso 2, de la Constitución Política.

39 Ver la Sentencia T-387 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, que reitera la Sentencia T-767 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

40 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

41 Sentencia T-510 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

42 Esta regla fue formulada en las sentencias T-397 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda y T-572 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.

43 En este apartado se reiteran las sentencias T-387 de 2016 y T-119 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

44 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.

45 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.

46 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.

47 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.

48 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

mismoâ€º.

49 RESOLUCIÃ“N 41/85 de 1986.- â€œA.- Bienestar general de la familia y del niÃ±o. ArtÃculo 1Âº. Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niÃ±o. // ArtÃculo 2Âº. El bienestar del niÃ±o depende del bienestar de la familiaâ€º.

50 â€œARTICULO 20. - 1. Los niÃ±os temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interÃ©s exija que no permanezcan en ese medio, tendrÃ¡n derecho a la protecciÃ³n y asistencia especiales del Estado. // 2. Los Estados Partes garantizarÃ¡n, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niÃ±os. // 3. Entre esos cuidados figurarÃ¡n, entre otras cosas, la colocaciÃ³n en hogares de guarda, la kafala del derecho islÃ¡mico, la adopciÃ³n o de ser necesario, la colocaciÃ³n en instituciones adecuadas de protecciÃ³n de menores. Al considerar las soluciones, se prestarÃ¡ particular atenciÃ³n a la conveniencia de que haya continuidad en la educaciÃ³n del niÃ±o y a su origen Ã©tnico, religioso, cultural y lingÃ¼Ãstico.

51â€œPor la cual se expide el CÃ³digo de la Infancia y la Adolescenciaâ€º.

52 ArtÃculo 22 de la Ley 1098 de 2006.

53 Sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz.

54 Cfr. Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa.

55 Sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz.

56 Sentencia C-477 de 1999, M.P. Carlos Gaviria DÃaz.

57 Sentencias C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-276 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SU-617 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero PÃrez, C-071 de 2015, M.P. Jorge IvÃ¡n Palacio Palacio, entre otras.

58 Sentencia T-587 de 1998, ya citada.

59 Sentencia T-510 de 2003, anteriormente referida.

60 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

61 Tal y como se estableció en los fundamentos jurídicos 27 a 28 de esta providencia, en la Sentencia C-840 de 2010 la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de la primera parte del numeral 3º del artículo 68 del CIA, según la cual pueden adoptar conjuntamente los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años. En esa ocasión, esta Corporación declaró exequible la primera parte del numeral 3º y no se pronunció sobre la constitucionalidad de la segunda parte, esto es, del requisito consistente en que el término de dos años se cuente a partir de la sentencia de divorcio cuando alguno de los compañeros haya tenido vínculo matrimonial anterior. Por lo tanto, la Corte descarta que haya operado el fenómeno de cosa juzgada, pues es claro que no se ha analizado la constitucionalidad del requisito que ahora se demanda.

62 Sentencia T-426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

64 Gaceta del Congreso 551 de 2005. Cámara de Representantes.

65 Ponencia para Primer Debate a los Proyectos de Ley acumulados 085 de 2005 Cámara y 096 de 2005 Cámara.

66 El artículo 124 del CIA fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1878 de 2018. En la nueva redacción, el artículo 124 permite probar la convivencia extramatrimonial a través de cinco medios de prueba distintos.

67 Artículo 124. “Es competente para conocer el proceso de adopción en primera instancia el juez de familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentre el niño, niña o adolescente. La demanda sólo podrá ser formulada por los interesados en ser declarados adoptantes, mediante apoderado.” // PARAGRAFO. Para los fines de la adopción, la convivencia extramatrimonial podrá probarse por cualquiera de los medios siguientes: // 1. Inscripción del compañero o compañera permanente en los registros de las Cajas de Compensación Familiar o de las instituciones de seguridad o previsión social. // 2. Inscripción de la declaración de convivencia que haga la pareja, en la Notaría del lugar del domicilio de la misma, con antelación no menor de dos años. // 3. El Registro Civil de Nacimiento de los hijos habidos por la pareja.”

68 Modificada por la Ley 979 de 2005.

69 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de septiembre de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación: 11001-31-03-037-2008-00141-01.

70 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de agosto de 2016. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Radicación: 63001-31-03-003-2001-00443-01.