## Sentencia C-324/21

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 advirtió que la norma acusada persigue un fin imperioso, porque estarÃa 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 vÃnculos filiales. Sin embargo, evidenció 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 protecci $\tilde{A}^3$ n constitucional de los diferentes tipos/FAMILIA-Protecci $\tilde{A}^3$ n integral

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

SOCIEDAD PATRIMONIAL-DefiniciÃ3n

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 jurÃdicos para determinarlo

ADOPCION-Medida de protecciÃ3n al menor para garantizar su derecho a tener una familia y

suplir las relaciones de filiaciÃ3n

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

En s $\tilde{A}$ ntesis, el objetivo central de la adopci $\tilde{A}^3$ n es garantizar los derechos de los NNA en

situaciÃ<sup>3</sup>n de adoptabilidad. Es decir, la adopciÃ<sup>3</sup>n no es una garantÃa 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

instituciÃ<sup>3</sup>n deben apuntar, en toda circunstancia, a garantizar la idoneidad de la familia

adoptante. Por esa razÃ<sup>3</sup>n, en principio son inconstitucionales las medidas legislativas que

restrinjan la adopción sin que exista un vÃnculo objetivo y razonable con esa comprobación

de idoneidad.

ADOPCION-Requisitos generales

DERECHOS FUNDAMENTALES-Núcleo esencial

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD ESTRICTO-AplicaciÃ3n

Referencia: Expediente D-14.146

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3º (parcial) del artÃculo 68 de

la Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescenciaâ€∏.

Demandante: Pablo Andrés ChacÃ3n Luna

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

BogotÃ;, 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 artÃculo 241 de la Constitución

PolÃtica, cumplidos todos los trÃ; mites 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 artÃculo 241 de la Constitución PolÃtica, el ciudadano Pablo Andrés Chacón Luna presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3º (parcial) del artÃculo 68 de la Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescenciaâ€□.

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 dÃas 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 DefensorÃa del Pueblo, de conformidad con lo dispuesto en el artÃculo 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 artÃculo 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**:

(…)

ARTà CULO 68. REQUISITOS PARA ADOPTAR. PodrÃ; adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años mÃ;s que el adoptable, y garantice idoneidad fÃsica, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirÃ;n a quienes adopten conjuntamente. PodrÃ;n adoptar:

- 1. Las personas solteras.
- 2. Los  $c\tilde{A}^3$ nyuges conjuntamente.
- 3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contarÃ; a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vÃnculo matrimonial anterior.

- 4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administraciÃ<sup>3</sup>n.
- 5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicar $\tilde{A}_i$  en cuanto a la edad en el caso de adopci $\tilde{A}^3$ n por parte del c $\tilde{A}^3$ nyuge o compa $\tilde{A}\pm$ ero permanente respecto del hijo de su c $\tilde{A}^3$ nyuge o compa $\tilde{A}\pm$ ero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

PARÃ☐GRAFO 1o. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

PAR̸GRAFO 2o. Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.â€∏

## I. LA DEMANDA

El demandante considera que el aparte acusado desconoce el artÃculo 44 de la Constitución. En concreto, sostiene que impone una carga innecesaria y desproporcionada que afecta materialmente los derechos de los niños y niñas adoptables porque dificulta el restablecimiento de su derecho a tener una familia.

El actor afirma que, de conformidad con el artÃculo 44 superior, el Estado tiene la obligación de asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Una de las formas de afianzar esta garantÃa es asegurar el restablecimiento oportuno de sus derechos cuando han sido conculcados o amenazados.

En ese orden de ideas, explica que el Legislador previ $\tilde{A}^3$  la adopci $\tilde{A}^3$ n como una instituci $\tilde{A}^3$ n jur $\tilde{A}$ dica orientada a garantizar el restablecimiento de los derechos de los ni $\tilde{A}\pm$ os y las ni $\tilde{A}\pm$ as. A trav $\tilde{A}$ ©s de  $\tilde{A}$ ©sta, se establecen relaciones paternofiliales irrevocables entre personas que por naturaleza no la tienen. Sobre el particular, sostuvo que en los procesos de adopci $\tilde{A}^3$ n

"[e]l criterio hermenéutico principal es el denominado interés superior del niño, niña o adolescente que se encuentra en situación de adoptabilidad (…) 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.â€∏1

Asà 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 artÃculo 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 artÃculo los compañeros permanentes deberán demostrar, además de los requisitos generales de edad, idoneidad fÃsica, mental, moral y social, la convivencia mÃnima 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 vÃnculo matrimonial anterior.

El demandante sostiene que la medida prevista en el aparte acusado es innecesaria y desproporcionada. Para sustentar esta conclusi $\tilde{A}^3$ n, propone un juicio de proporcionalidad, as $\tilde{A}$ :

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 "(…) constituye una prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial y prevalente del niño en situación de adoptabilidadâ€□2. Esto, debido a que el Estado condiciona el reconocimiento de la situación jurÃdica de las personas que desean adoptar a la disolución de un vÃnculo jurÃdico anterior.

Segundo. Indica que la medida es innecesaria porque el parágrafo del artÃculo 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 mÃnimo 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 vÃnculo matrimonialâ€∏3.

Cuarto. Considera que la medida no persigue una finalidad constitucionalmente  $v\tilde{A}_i$ lida porque  $\hat{a} \in \omega(\hat{a} \in |\cdot|)$  la existencia de  $v\tilde{A}$ nculos matrimoniales de los pretensos padres no pone en entredicho sus capacidades parentales ni su idoneidad f $\tilde{A}$ sica, mental, moral o social $\hat{a} \in \omega(\hat{a} \in |\cdot|)$  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 â $\in$ œ(â $\in$ ‡) 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 idóneoâ $\in$ □5.

Por lo tanto, solicita que la expresión "[e]ste 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 vÃnculo matrimonial anteriorâ€□, contenida en el numeral 3º del artÃculo 68 del CIA, sea declarada inexequible por vulnerar el artÃculo 44 de la Constitución PolÃtica.

#### I. INTERVENCIONES6

# 1. DefensorÃa del Pueblo

La DefensorÃa 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 civilâ€□7.

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 2106, en la que la Corte declar $\tilde{A}^3$  que la norma que supeditaba la contabilizaci $\tilde{A}^3$ n de los dos a $\tilde{A}\pm$ os para la conformaci $\tilde{A}^3$ n a la uni $\tilde{A}^3$ n marital de hecho al paso de un a $\tilde{A}\pm$ o desde la liquidaci $\tilde{A}^3$ n de la  $\tilde{A}^0$ ltima uni $\tilde{A}^3$ n era inexequible.

En cuarto lugar, la DefensorÃa 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 artÃculo 44 de la Constitución.

#### 1. Universidad Externado de Colombia

La Universidad Externado de Colombia8, solicita a la Corte declarar INEXEQUIBLE la expresión "este término se contará a partir de la sentencia de divorcioâ€□. 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 admitirÃa 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)â€∏9.

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 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 vÃnculo matrimonial sobre las decisiones de quienes conforman la UMH. Además, resalta que es pacÃfico 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 vÃnculo 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 asà porque: (i) diversas decisiones judiciales han admitido la existencia de la UMH al margen de la existencia de vÃnculo matrimonial previo, y (ii) la seriedad de la convivencia puede acreditarse a través de diversos medios probatorios contemplados por el artÃculo 124 del CIA.

# 1. Harold Eduardo Sua Montaña

El ciudadano Sua Montaña considera que la norma puede tener como objetivo impedir confusiones sobre la conformación de la familia adoptante. Sin embargo, advierte que el aparte acusado es ambiguo, por lo que estima que la Corte deberá interpretarlo 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) años de convivencia ininterrumpida al momento de quedar en firme la sentencia de divorcio del compañero(a) que estaba casado con otra persona distinta a aquella con la cual va a adoptarâ€□10. Considera que esta comprensión 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 PROCURADUR̸A 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 adopción como un mecanismo de protección de los derechos de los NNA, que debe atender al carácter prevalente de tales derechos. En particular, explica que a través de esa institución 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 compañeros 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 estableció que el requisito consistente en que la UMH tenga una duración mÃnima de dos aÃ $\pm$ os para que la pareja pueda adoptar, es válido y razonable en la medida en que está vinculado a la estabilidad y vocación de permanencia de la familia y, de esta manera, a la idoneidad de los futuros padres. Además, se trata de un término â $\pm$ œ(â $\pm$ १) objetivo, razonable y no discriminatorio, porque se encuentra justificado en la necesidad de rodear de seguridad las relaciones que se establecen frente a la adopción, dada su naturaleza irrevocableâ $\pm$  $\mp$ 11.

En tercer lugar, diferencia los efectos patrimoniales de la UMH con su conformaci $\tilde{A}^3$ n. En concreto, indica que la fijaci $\tilde{A}^3$ n del t $\tilde{A}$ ©rmino de dos a $\tilde{A}\pm$ os luego de la disoluci $\tilde{A}^3$ n del v $\tilde{A}$ nculo matrimonial anterior es un asunto que tiene relevancia para la faceta patrimonial de la UMH. La exigencia de la necesidad de terminaci $\tilde{A}^3$ n del v $\tilde{A}$ nculo matrimonial tiene como prop $\tilde{A}^3$ sito  $\hat{a}$ € $\hat{c}$ ( $\hat{a}$ ) 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 $\tilde{A}^3$ n de la sociedad patrimonial de hecho $\hat{a}$ € $\Pi$ 12.

De otro lado, cita la Sentencia C-193 de 2016, en la que la Corte declaró inexequible el requisito de liquidación de la sociedad conyugal anterior porque se trataba de una medida desproporcionada que desconocÃa el mandato constitucional de protección igualitaria de las diferentes modalidades de familia. En ese orden de ideas, resalta que, de acuerdo con el ordenamiento jurÃdico aplicable, la UMH es una forma constitutiva de familia que obtiene ese reconocimiento desde el momento en que se adopta la decisión 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 $\tilde{A}^3$ mica. No existe un t $\tilde{A}$ ©rmino constitucional para que se entienda conformada la familia por v $\tilde{A}$ nculos naturales, es posible que en algunos casos coexistan en el tiempo los efectos personales del v $\tilde{A}$ nculo matrimonial anterior sin disolver y la uni $\tilde{A}^3$ 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  $\hat{a}$ € $\hat{c}$ ( $\hat{a}$ ) que coexistan en el tiempo las universalidades patrimoniales propias de la sociedad conyugal anterior y la presunci $\tilde{A}^3$ n de existencia de la sociedad patrimonial de hecho, en

tanto aparejarÃa una confusión de los patrimonios socialesâ€□13.

En cuarto lugar, la ProcuradurÃa 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 jurÃdica a la institución de la adopción y, por lo tanto, es una finalidad legÃtima, 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 vÃnculo 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 artÃculo 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 podrÃan 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 vÃnculos naturales o de hechoâ€∏.

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 cumplirÃan 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 vÃnculos naturales.

#### I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artÃculo 241, numeral 4° de la Carta PolÃtica, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del numeral 3º (parcial) del artÃculo 68 de la Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescenciaâ€□, 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 jurÃdico

1. El demandante considera que el requisito para adoptar contenido en el numeral 3º del artÃculo 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 vÃnculo 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. Asà 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 DefensorÃa del Pueblo, la Universidad Externado de Colombia y el Ministerio Público piden a la Corte declarar inexequible 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 vÃnculo 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 ciudadano14 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 exequible 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 convivenciaŝ€∏.
- 1. Conforme a la demanda, las intervenciones y el concepto del Ministerio Público, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurÃdico:

¿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 vÃnculo

matrimonial anterior vulnera el derecho de los  $ni\tilde{A}\pm os$ ,  $ni\tilde{A}\pm as$  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 jurÃdica de la adopción como medida de protección de los derechos de los NNA; (iv) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la exigencia de un periodo mÃnimo de convivencia para los compañeros permanentes que aspiran a ser padres adoptantes, y (v) realizará el análisis de constitucionalidad de la norma acusada.

La uni $\tilde{A}^3$ n marital de hecho como tipo de conformaci $\tilde{A}^3$ n de la familia y su distinci $\tilde{A}^3$ n con la sociedad patrimonial15

1. Esta Corte16 ha definido la familia como una comunidad de personas unidas por vÃnculos naturales o jurÃdicos, fundada en el amor, el respeto y la solidaridad, caracterizada por la unidad de vida que liga Ãntimamente 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 plenamente17 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 miembros18. 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 PolÃtica "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 familiarâ€□19. Tales requisitos sólo pueden ser creados e interpretados de conformidad con la reiterada jurisprudencia constitucional20 que ha sostenido de manera constante que la familia es la institución básica de la sociedad, y "merece por sà 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 vÃnculo jurÃdico sobre aquélla que ha tenido origen en lazos naturalesâ€□21. En ese sentido, la protección a los diferentes tipos de familia proscribe cualquier distinción injustificada entre ellos.

1. Asimismo, esta Corporación22 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 201123 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 artÃculo 42 superior.

El mandato constitucional de protección integral a la familia se complementa con otras garantÃas previstas por el constituyente, como son la igualdad de derechos entre los miembros de la pareja, el amparo a su patrimonio, la primacÃa de los derechos de los niños, niñas y la protección especial a los adolescentes y a las personas de la tercera edad24.

- 1. Ahora bien, pueden existir diferencias leg $\tilde{A}$ timas en las formas de protecci $\tilde{A}$ 3n de ciertos efectos derivados de los distintos tipos de conformaci $\tilde{A}$ 3n de las familias. Para el an $\tilde{A}$ 3 lisis del asunto objeto de debate es relevante estudiar la uni $\tilde{A}$ 3n 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 artÃculo 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 permanentesâ€□. El parágrafo del artÃ-culo 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, sà 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 compañeros permanentes, se haya consolidado un â€~patrimonio o capital' comúnâ€□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  $v\tilde{A}_i$ lidas siempre y cuando sean razonables, es decir, est $\tilde{A}$ on sustentadas en una raz $\tilde{A}$ 3n objetiva28.
- 1. Por ejemplo, la Sentencia C-1035 de 200829 resaltó 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 jurÃdica con derechos y deberes para las partes que se extinguen por divorcio, nulidad o fallecimiento, mientras que en el segundo

la relaci $\tilde{A}^3$ n nace del solo hecho de la convivencia. Por ende, las partes son libres de culminar su relaci $\tilde{A}^3$ n con la misma informalidad con la que la iniciaron30.

- 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 200831. En esa decisión, la Corte estableció que los tratamientos diferenciales deben tener algún sentido, de lo contrario, se transgredirÃa el mandato constitucional que proscribe la discriminación por razones de origen familiar. De hecho, y como obiter dictum32, 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 legÃtima.
- 1. Posteriormente, en Sentencia C-283 de 201133 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:

â€æ(…) 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.â€∏

1. En la Sentencia C-257 de 201534, la Corte se pronunció sobre la expresión "por un lapso no inferior a dos añosâ€☐ contenida en la parte inicial del artÃculo 2º literal b) de la Ley 54 de 1990, modificado por el artÃculo 1º de la Ley 979 de 2005. En concreto, estudió la presunta violación de los artÃculos 5º, 13 y 42 de la Constitución porque, según los actores, la norma impedÃa que la sociedad de bienes naciera de forma inmediata y, por lo tanto, no garantizaba la protección a la familia constituida por vÃnculos 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 legÃtimo 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 sà 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 jurÃdicamente 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 que esta exigencia no tenÃa un fin legÃtimo y desconocÃa 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 vÃ-nculo matrimonial anterior ya disuelto y aquellas que lo disolvieran mientras estaban en la nueva unión. Para los primeros, el término de dos años se contabilizarÃa a partir de la UMH, mientras que, para los segundos, ese lapso se contabilizarÃa un año después de la disolución. Asà pues, el término de un año previsto fue declarado inexequible por carecer de finalidad, "al punto de generar un trato desigual entre los miembros de las parejas que conforman las familias naturalesâ€□.

1. Por último, en la Sentencia C-131 de 2018, la Corte analizó la demanda presentada contra la norma que establecÃa que la contabilización del término de 180 dÃas para presumir la paternidad de los hijos nacidos durante la unión marital de hecho, requerÃa 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 artÃculo 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 jurÃdica), 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 dÃas debe contarse desde cuando se acredite el inicio de la convivencia entre los padres.

1. De este apartado resultan relevantes las siguientes conclusiones:

- \* La protecci $\tilde{A}^3$ n a la familia como instituci $\tilde{A}^3$ n b $\tilde{A}_i$ sica de la sociedad implica el respeto y la protecci $\tilde{A}^3$ n de la voluntad de quienes han optado por una de los diversos tipos de conformaci $\tilde{A}^3$ n de familia. Esto implica prevenir que se imponga una forma  $\tilde{A}^0$ nica de darle origen.
- \* El Legislador est $\tilde{A}_i$  habilitado para disponer tratamientos diferenciados a la uni $\tilde{A}^3$ n marital de hecho, pues se trata de una instituci $\tilde{A}^3$ n jur $\tilde{A}$ dica 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  $v\tilde{A}_i$ lidamente limitados con fundamento  $\tilde{A}^{\underline{o}}$ nicamente en el tipo de uni $\tilde{A}^3$ n 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, sà requiere un tiempo mÃnimo 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 est $\tilde{A}_i$  vinculada, de manera general, con sus efectos patrimoniales. En ese sentido, el prop $\tilde{A}^3$ sito de requisitos de ese car $\tilde{A}_i$ cter 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.

As $\tilde{A}$ , planteada la diferencia que existe entre la conformaci $\tilde{A}$ <sup>3</sup>n de la uni $\tilde{A}$ <sup>3</sup>n marital de hecho y el surgimiento de la sociedad patrimonial, la Corte se referir $\tilde{A}$ <sub>i</sub> a la naturaleza y alcance del inter $\tilde{A}$ ©s superior del ni $\tilde{A}$ ±o.

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

1. El artÃculo 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 artÃculo 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 interdependientesâ€∏.

1. En el mismo sentido, la Convención sobre Derechos del Niño37 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. EspecÃficamente, el artÃculo 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.â€□

En la Observación General No. 14 del 29 de mayo de 2013, el Comité de los Derechos del Niño38 interpretó el párrafo 1º del artÃculo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el instrumento mencionado, el Comit $\tilde{A}$ © determin $\tilde{A}$ ³ que el inter $\tilde{A}$ ©s superior del ni $\tilde{A}$ ±o abarca tres dimensiones, a saber: (i) como derecho sustantivo a que el inter $\tilde{A}$ ©s superior del

menor de edad sea una consideración primordial que se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses, cuando se deba tomar una decisión sobre una cuestión debatida; (ii) como principio jurÃdico interpretativo fundamental, conforme al cual, cuando una disposición jurÃdica admita más de una interpretación, se debe elegir aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de los niños y las niñas; y (iii) como norma de procedimiento, según la cual siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a uno o más niños, se deberá incluir una evaluación de las posibles repercusiones de la decisión en el o los menores de edad involucrados y dejar de presente explÃcitamente que se tuvo en cuenta ese derecho39.

1. Para efectos de analizar cómo opera el interés superior de los NNA, en la Sentencia T-510 de 200340 esta Corporación fijó unos estándares de satisfacción de este principio y los clasificó como fácticos y jurÃdicos. Los primeros exigen que se analicen Ãntegramente las circunstancias especÃficas del caso, mientras que los segundos se refieren a "parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurÃdico para promover el bienestar infantilâ€□41, especialmente en razón al riesgo que genera la discrecionalidad que se requiere para hacer este tipo de valoraciones.

Según la sentencia referida, son criterios jurÃdicos para determinar el interés superior de los NNA en un caso particular: (i) la garantÃa del desarrollo integral del menor de edad, (ii) la garantÃa de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, (iii) la protección frente a riesgos prohibidos, (iv) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares (si ese equilibrio se altera, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los NNA), (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo, (vi) la necesidad de justificar con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones familiares, y (vii) la evasión de cambios desfavorables en las condiciones de los involucrados42.

1. En conclusión, siempre que se adopte una decisión de la que puedan resultar afectados los derechos de un menor de edad, se deberá aplicar el principio de primacÃa de su interés superior. Lo anterior implica acudir a los criterios fácticos y jurÃdicos fijados por la

jurisprudencia constitucional para establecer  $cu\tilde{A}_i$ les son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos.

La adopciÃ<sup>3</sup>n como medida de protecciÃ<sup>3</sup>n de los derechos de los menores de edad43

1. El artÃculo 5º superior ampara a la familia como institución básica de la sociedad. En el mismo sentido, el artÃculo 42 determina que la familia es un derecho de todas las personas y reitera la obligación del Estado de protegerla. Además, el artÃculo 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 armonÃa con los estÃ;ndares 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 protecciÂ<sup>3</sup>n de la sociedad y del Estadoâ€∏44. 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 material45. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y PolAticos (1966) sostiene que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad46. El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966) señala que la familia se erige como base para el desarrollo de los hijos47. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) consagra el derecho a la protección familiar48. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y JurÃdicos Relativos a la ProtecciÃ<sup>3</sup>n y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda (1986), indica que los Estados deberÃ; n conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil, y que "el bienestar del niño depende del bienestar de la familiaâ€∏49. 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 comunidadâ€∏ y exige a los Estados velar por la protecciÃ3n de los menores de edad cuando vean afectado su medio familiar50.

La Ley 1098 de 200651, 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 derechosâ€∏52.

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 niña53.

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 garantÃa posibilita la materialización de otros derechos fundamentales protegidos por la Carta54. 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 vitalesâ€∏55.

En ese sentido, la garantÃa 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 protección56.

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

garantizar al menor de edad en situación de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella57. La adopción, 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 núcleo familiar58.

Esta institución pretende suplir las relaciones filiales de un menor de edad cuando las ha perdido o nunca las ha tenido, y se encuentra en condición jurÃdica 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 formación. De ahà que "la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familiaâ€□59.

En virtud de lo anterior, en los procesos de adopci $\tilde{A}$ <sup>3</sup>n ha de primar el beneficio del menor de edad, lo que implica que el Estado tiene la obligaci $\tilde{A}$ <sup>3</sup>n de asegurar que quien o quienes aspiren a conformar una nueva familia re $\tilde{A}$ <sup>o</sup>nan todas y cada una de las exigencias legales y de idoneidad para cumplir su rol de padres.

En sÃntesis, el objetivo central de la adopción es garantizar los derechos de los NNA en situación de adoptabilidad. Es decir, la adopción no es una garantÃa 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 vÃnculo objetivo y razonable con esa comprobación de idoneidad.

Planteada la institución de la adopción y las restricciones al ejercicio del Legislador en esta materia, la Corte se referirá a la Sentencia C-840 de 2010, mediante la cual se declaró exequible el requisito del periodo mÃnimo de convivencia de dos años para los compañeros permanentes que pretenden adoptar.

La exigencia de un periodo mÃnimo de convivencia para los compañeros permanentes que aspiran a adoptar

1. En la Sentencia C-840 de 201060, esta Corporación estudió la demanda presentada contra la primera parte del inciso 3º del artÃculo 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 exigÃa el transcurso del tiempo como requisito para los cónyuges adoptantes.

En esa decisión la Corte declaró la exequibilidad del requisito mÃnimo de dos años de convivencia para que las parejas en unión marital de hecho pudieran postularse para ser adoptantes. Concretamente, señaló que esta condición tenÃa 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 mÃnimo de consolidación de la UMH, porque a través de esa medida aseguraba la estabilidad de un vÃnculo caracterizado por su informalidad. Esta condición, a su turno, se mostraba imprescindible para acreditar un entorno favorable para el hijo adoptivo y, asÃ, 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 intrÃnsecas entre el matrimonio y la UMH, como son el deber de fidelidad, la existencia de un contrato y las consecuencias jurÃdicas 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 podÃa 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 mÃnimo de convivencia de los compañeros que integran la UMH es un requisito compatible con la Constitución, en la medida en que estÃ; 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 artÃculo 68 del CIA.

El numeral  $3\hat{A}^{\circ}$  (parcial) del art $\tilde{A}$ culo 68 de la Ley 1098 de 2006 vulnera el derecho de los ni $\tilde{A}$ ±os, ni $\tilde{A}$ ±as y adolescentes a tener una familia

- 1. El artÃculo 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 fÃsica, 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)61, 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 vÃnculo matrimonial anterior.
- 1. El demandante considera que es inconstitucional el requisito para adoptar contenido en la segunda parte del numeral 3º del artÃculo 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 vÃnculo 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 vÃnculo anterior no es relevante y, (ii) no tiene relación con la comprobación de la idoneidad de los padres adoptantes. Asà 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 legÃtimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicioâ€□62. Lo anterior supone que cuando se presente tensión entre ellos, como consecuencia de la limitación de un derecho para obtener un fin constitucionalmente legÃtimo, es necesario aplicar el juicio de proporcionalidad.

En la Sentencia C-345 de 201963, 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 1° del artÃ-culo 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.â€□

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.

Asà pues, a pesar de que el ICBF no intervino en el proceso y no existen datos empÃricos 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 podrÃan 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 exigÃa que los compañeros permanentes hubiesen convivido por más de dos años64. 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 200565, que contiene la ponencia para primer debate en Cámara, se explican las modificaciones al artÃculo que fija los requisitos para adoptar en los siguientes términos: "[s]e amplÃan los requisitos para adoptar para hacer dar [sic] seguridad a la figura de la adopciónâ€∏.

De la redacci $\tilde{A}^3$ n de la ponencia para primer debate en la  $C\tilde{A}_i$ mara de Representantes se

evidencia que no hay claridad acerca del propósito especÃfico 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 "dar seguridad a la adopciónâ€□, es tan ambiguo que no permite inferir en qué consiste la supuesta seguridad que pretendió el Legislador con la contabilización del tiempo de convivencia a partir de la sentencia de divorcio de un anterior vÃnculo.

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

Asà pues, es evidente que la medida no fue expresamente justificada por el Congreso,  $m\tilde{A}_i$ s allÃ; de señalar que otorgaba seguridad a la adopción. Esa motivación es ambigua e insuficiente,  $m\tilde{A}_i$ s aún 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 lÃ-mites a las medidas de protección de los menores de edad tengan un peso suficiente que las justifiquen. Este deber de motivación proviene del interés superior de los NNA y de la primacÃa de sus derechos sobre los derechos de los demás.

1. Ahora bien, los intervinientes y el Ministerio Público afirmaron que la norma podrÃa perseguir fines imperiosos, dirigidos a garantizar la idoneidad de la familia adoptante. En concreto, la medida podrÃa estar motivada en la permanencia de la pareja, en la necesidad de garantizar la estabilidad económica de la familia o en la certeza de los vÃnculos de filiación. De acuerdo con la posición de los intervinientes y en aplicación del principio de conservación del derecho, la Sala Plena entenderá que la finalidad de dar "seguridadâ€∏ a la adopción, a la que hizo alusión el Legislador cuando incluyó el

aparte acusado, se refiere a garantizar la idoneidad de la familia adoptante. En ese orden de ideas, existirÃan 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 vÃnculos de filiación. Aquellos objetivos serÃan importantes e imperiosos, porque estarÃan fundados en la necesidad de garantizar la estabilidad de los derechos de los NNA en situación de adoptabilidad. Por lo tanto, la Sala Plena pasará 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 exequible el requisito de dos años de convivencia de los compañeros permanentes para adoptar porque consideró 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 vÃnculo matrimonial anterior no disuelto jurÃdicamente. 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 jurÃdica 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 afectar $\tilde{A}_i$  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,  $\tilde{A}$ ©sta se disolver $\tilde{A}_i$  con su muerte. As $\tilde{A}$ , el haber social se dividir $\tilde{A}_i$  entre el c $\tilde{A}^3$ nyuge, 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 c $\tilde{A}^3$ nyuge anterior no concurre como heredero.

En cuanto a la certeza sobre los vÃnculos filiales: de acuerdo con el artÃculo 64 del CIA, un efecto jurÃdico de la adopción es "[establecer] el parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las lÃneas y grados a los consanguÃneos, adoptivos o afines de estosâ€□. Lo anterior implica que, cuando una pareja de compañeros permanentes adopta a un NNA, éste adquiere un vÃnculo filial que funciona igual al que tendrÃa con los padres biológicos. Asà pues, la sentencia judicial establece un vÃnculo 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 vÃnculos 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 relaci $\tilde{A}^3$ n entre compa $\tilde{A}\pm$ eros permanentes. Esto ocurre porque la UMH se forma con la voluntad libre de las partes de construir una vida com $\tilde{A}^0$ n, independientemente de que exista un v $\tilde{A}$ nculo matrimonial previo sin disolver.

Segundo, porque el ordenamiento jurÃdico previó 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 artÃculo 124 del CIA, en su redacción original66, estableció tres medios distintos, no concurrentes, a través de los cuales la pareja podÃa comprobar la convivencia extramatrimonial para adoptar67.

EspecĂficamente, la norma original establecÃa que, para los fines de la adopción, la convivencia extramatrimonial podÃa 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 notarÃa 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 artÃculo 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 2005â€□ y, cuando se trate de compañeros permanentes residentes en el exterior, con la legislación del paÃs de residencia de los solicitantes.

Tercero, porque el primer inciso del artÃculo 68 del CIA prevé unos requisitos especiales de idoneidad fÃsica 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 garantizarÃ; su integridad fÃsica, 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 podrÃan 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 jurÃdico colombiano prevé mecanismos para definirlas y reclamarlas judicialmente. Por ejemplo, disolver por separado la sociedad conyugal anterior para que pasados los dos años que exige el artÃ-culo 2° de la Ley 54 de 199068, opere la presunción de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Además, en la Sentencia del 14 de septiembre de 202169, 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 personalâ€□. 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 jurÃdico prevé la posibilidad de que los herederos ejerzan las acciones que tenÃa su antecesor en las mismas condiciones que éste podrÃa hacerlo si viviera (como por ejemplo la simulación o la rescisión de contratos)70. De este modo, existen otras instituciones jurÃdicas 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 vÃnculos filiales: en razón a que la sentencia de adopción establece un vÃnculo 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 artÃculo 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. Asà pues, la norma acusada prevé 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 vÃnculo conyugal anterior vigente y, asÃ, reduce el número de parejas que podrÃan adoptarlos con fundamento en un criterio que resulta arbitrario porque no garantiza la idoneidad de la familia adoptante.
- 1. Por consiguiente, la expresión "[e]ste 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 vÃnculo matrimonial anteriorâ€□, contenida en el numeral 3º del artÃculo 68 de la Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescenciaâ€□ 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 estudi $\tilde{A}^3$  una demanda presentada contra la segunda parte del numeral  $3\hat{A}^{\circ}$  del art $\tilde{A}$ culo 68 del  $C\tilde{A}^3$ digo 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 vÃnculo matrimonial previo, se cuente desde la sentencia de divorcio.

- i. El demandante indicó que esa exigencia desconocÃa 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 tenÃa relación con la comprobación de la idoneidad de los padres adoptantes. Asà pues, explicó que se trataba de una medida sin justificación que tenÃa como efecto reducir la cantidad de familias candidatas para adoptar, en detrimento de la protección de los niños y las niñas.
- i. El problema jurÃdico consistió en determinar si la disposición legal que exige que la contabilización del plazo de dos aÃ $\pm$ os de convivencia de los compaÃ $\pm$ eros permanentes que aspiran a ser padres adoptantes se efectÃ $^{\circ}$ e a partir de la sentencia de divorcio cuando uno de ellos hubiese tenido vÃnculo matrimonial anterior, vulnera el derecho de los niÃ $\pm$ os, niÃ $\pm$ as 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 jurÃdica 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 mÃnimo de convivencia para los compañeros permanentes que aspiran a ser padres adoptantes.
- i. Posteriormente, estudi $\tilde{A}^3$  el cargo formulado por el demandante. Para el efecto, la Sala desarroll $\tilde{A}^3$  el juicio de proporcionalidad para determinar si la medida limitaba el derecho de los ni $\tilde{A}\pm$ os a tener una familia de forma desproporcionada. En este caso, aplic $\tilde{A}^3$  un juicio de

proporcionalidad estricto porque est $\tilde{A}_i$ n de por medio los derechos de las ni $\tilde{A}\pm$ as y los ni $\tilde{A}\pm$ os, que por expreso mandato constitucional priman sobre los derechos de los dem $\tilde{A}_i$ s.

i. La Sala advirtió que la norma acusada persigue un fin imperioso, porque estarÃa 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 vÃnculos filiales. Sin embrago, evidenció 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

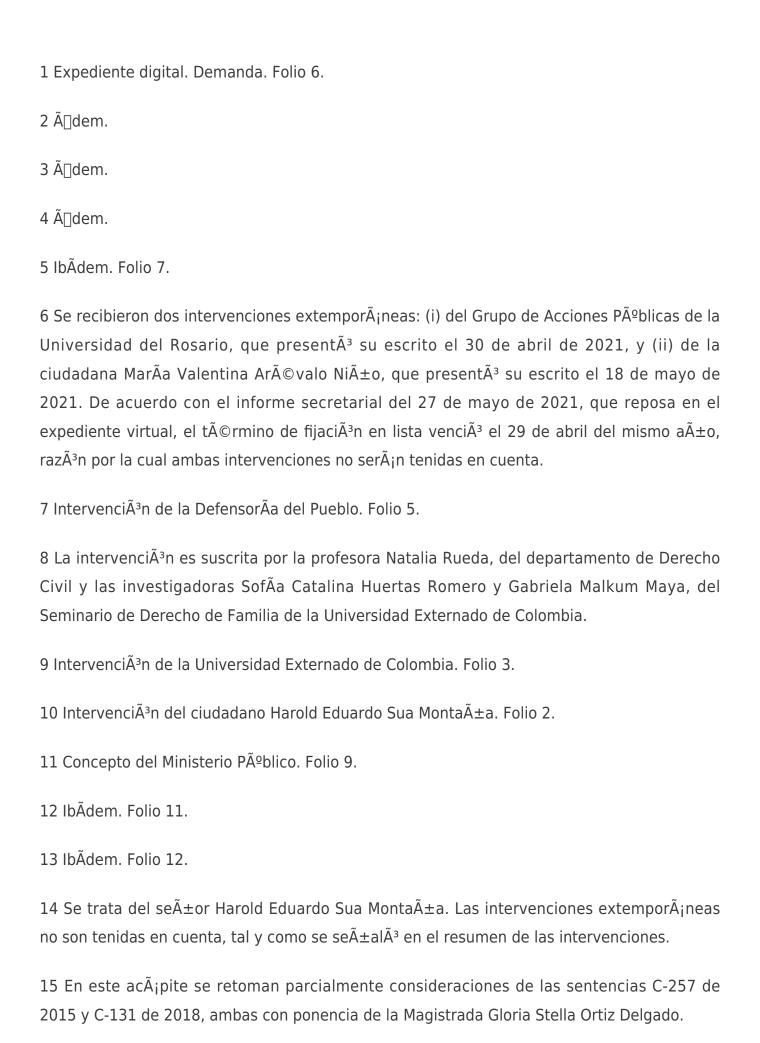
En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución,

## **RESUELVE:**

Declarar INEXEQUIBLE la expresión "[e]ste 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 vÃnculo matrimonial anteriorâ€□, contenida en el numeral 3º del artÃculo 68 de la Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescenciaâ€□.

Notif $\tilde{A}$ quese, comun $\tilde{A}$ quese y c $\tilde{A}^{o}$ mplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Presidente
DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada
JORGE ENRIQUE IBÃ∏ÑEZ 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 R̸OS
Magistrado
MARTHA VICTORIA SÃ□CHICA MÉNDEZ
Secretaria General



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 mujerâ€□ y "de procrearâ€□ contenidas en el artÃculo 113 del Código Civil, y contra la frase "de un hombre y una mujerâ€□ contenida en los artÃculos 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.

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

18Sentencia C-660 de 2000, M.P. Ã□lvaro 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 RodrÃguez. Radicado 23001-3110-002-2001-00011-01.

26Sentencia 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 supérstite 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 Córdoba 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 artÃculo 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 artÃculo 13 de la Constitución, pues la unión de hecho o la familia conformada por vÃnculos naturales, también estÃ; protegida por el artÃculo 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 artÃculo 93 de la Constitución PolÃtica.
- 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, sà forman parte del bloque como fuente interpretativa, conforme al artÃculo 93, inciso 2, de la Constitución PolÃtica.
- 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"ARTÃ□CULO 16.- 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estadoâ€□.

45"PRINCIPIO VI.- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y compresión. 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 materialâ€∏.

46"ARTÃ□CULO 23.- 1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estadoâ€□.

47"ARTÃ□CULO 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 cónyugesâ€□.

48"ARTÃ□CULO 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€[].

49 RESOLUCIÓN 41/85 de 1986.- "A.- Bienestar general de la familia y del niño. ArtÃ-culo 1º. Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño. // ArtÃculo 2º. El bienestar del niño depende del bienestar de la familiaâ€□.

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

51"Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescenciaâ€□.

52 ArtÂculo 22 de la Ley 1098 de 2006.

53Sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

54 Cfr. Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel Jos $\tilde{A} \, {\mathbb C}$  Cepeda Espinosa.

55 Sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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 Pérez, C-071 de 2015, M.P. Jorge Iván 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.

61Tal y como se estableció en los fundamentos jurÃdicos 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 artÃculo 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 vÃnculo matrimonial anterior. Por lo tanto, la Corte descarta que haya operado el fenómeno de cosa juzgada, pues es claro que no se ha analizó 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 artÃculo 124 del CIA fue modificado por el artÃculo 10 de la Ley 1878 de 2018. En la nueva redacción, el artÃculo 124 permite probar la convivencia extramatrimonial a través de cinco medios de prueba distintos.
- 67 ArtÃculo 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.(‡) // PARÃ□GRAFO. 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 NotarÃa 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.â€□
- 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.