Sentencia C-710/12

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL VOCABLO “MORAL” CONTENIDO EN EL ARTICULO 68 DEL CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Cargos carecen de certeza, pues se estructuran a partir de una interpretación subjetiva del precepto demandado y no guardan relación con su contenido

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Requisitos para adoptar

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL VOCABLO “MORAL” CONTENIDO EN EL ARTICULO 68 DEL CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Inhibición para proferir un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda

MORAL PUBLICA Y MORAL SOCIAL-Jurisprudencia constitucional/IDONEIDAD MORAL-Jurisprudencia constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Características que debe reunir el concepto de violación

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia para solicitar modificación de sentencias de constitucionalidad/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No procede para solicitar aclaración de sentencias

CORTE CONSTITUCIONAL-No es competente para conocer sobre la presunta inconstitucionalidad de sus propios fallos cuando es demandada en sede de acción pública de inconstitucionalidad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos carecen de certeza porque se estructuran a partir de una interpretación subjetiva

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos deben cumplirse materialmente

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Pretensión es un pronunciamiento de fondo sobre una discusión ajena al objeto de la demanda y estructuran cargos a partir de una interpretación subjetiva de la expresión acusada/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Argumentación induce a la Corte Constitucional a resolver una controversia que en nada se relaciona con el objeto demandado/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Argumentación induce al error o conducta judici decipiendi intentio

Referencia: expediente D-8916

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 (parcial) de la ley 1098 de 2006 "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia".

Demandantes: Sergio Estrada Vélez y otros.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo -quien la preside, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Adriana María Guillén Arango, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia con fundamento en los siguientes,

1. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Sergio Estrada Vélez, Karen Patricia Ramírez Arcila, María Camila Soto Moreno, David José Hernández Hoyos y Allan David Rodríguez Aristizabal, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandaron la expresión "moral" contenida en el inciso primero del artículo 68 de la ley 1098 de 2006 "Por la cual se expide el Código de la

Infancia y la Adolescencia".

Mediante auto del 1° de febrero de 2012, la demanda fue inadmitida. Los demandantes la corrigieron en tiempo y, por medio de auto del 2 de marzo de 2012, finalmente fue admitida. En consecuencia, se dispuso su fijación en lista para que los ciudadanos pudiesen defenderla o impugnarla; se comunicó a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Congreso de la República, al Ministerio del Interior, al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que participaran en la defensa o impugnación de la disposición acusada; y se invito a las universidades del Rosario, de los Andes, Externado de Colombia, Javeriana (facultades de Ciencias Jurídicas y Sicología), Nacional de Colombia (facultad de Derecho y Escuela de Estudios de Género), Sergio Arboleda, Pontificia Bolivariana sede Montería y del Sinú – Seccional Montería, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la representación en Colombia de la Unicef y a las organizaciones Colombia Diversa, DeJusticia y Women's Link Worldwide, para que si lo estimaban conveniente, participaran en el debate jurídico propiciado. También se dio traslado de la demanda al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su cargo en los términos que le concede la ley.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

1. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada; se destacan la expresión contra la que se dirigen los cargos:

"ARTÍCULO 68. REQUISITOS PARA ADOPTAR. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.

3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.

4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.

5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

PARÁGRAFO 1o. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

PARÁGRAFO 2o Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores."

1. LA DEMANDA

Los demandantes aseguran que la expresión "moral" desconoce el artículo 44 de la Constitución, así como las siguientes disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad: el preámbulo y los artículos 2, 3, 4, 18, 21, 27 y 39 de la Convención sobre los derechos del niño, el artículo 16-3 de la Declaración universal de los derechos humanos, el artículo 10 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el artículo 19 de la Convención americana sobre derechos humanos, el artículo 24 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y el artículo 1° del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Sus argumentos se resumen a continuación:

1. A juicio de los demandantes, no existe cosa juzgada constitucional respecto de la

sentencia C-814 de 2001, sino solamente una cosa juzgada material relativa, ya que aunque es cierto que en la sentencia C-814 de 2001 también se analizó la expresión "moral", (i) han pasado más de 10 años desde que se profirió dicha providencia, tiempo durante el cual se han presentado cambios sociales y culturales que "(…) exigen una revisión de la moral social que debe ser tenida en cuenta en un nuevo control constitucional"; (ii) en la sentencia C-814 de 2001 "(…) no se realizó una interpretación de la norma acusada a la luz de TODAS las normas del ordenamiento jurídico, principalmente, las del bloque de constitucionalidad"; (iii) dicha providencia solamente se basó en los métodos de interpretación histórico y gramatical "(…) pero el uso de otras directivas de interpretación como son la teleológica y sistemática, arrojan un sentido no sólo muy distinto al adoptado en su momento por esa Honorable Corporación, sino más acorde con el deseo de hacer efectivo el derecho fundamental de los niños a tener una familia"; y (iv) el test de proporcionalidad estricto que aplicó la Corporación en ese fallo se centró en la afectación del derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, y no en el derecho de los niños a tener una familia.

1. A continuación, los demandantes aseveran que su demanda se dirige "(…) contra una unidad [normativa] conformada por una disposición y la interpretación que de la misma realizó la Corte Constitucional mediante sentencia interpretativa C-814 de 2001".

Explican que la expresión demandada leída en conjunto con la sentencia C-814 de 2001 vulnera las siguientes disposiciones constitucionales: (i) el artículo 42 superior, ya que "[s]e puede concluir que el giro jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C.577 de 2011, representó la incorporación de una nueva forma de interpretar el artículo 42 de la C.P. que exige el reconocimiento de otros tipos de familia diferentes a la conformada por parejas heterosexuales"; y (ii) el artículo 44 superior, toda vez que "[d]esconocen la prevalencia del derecho fundamental del menor a tener una familia para dar paso a la defensa de su integridad moral" y "(…) determinan que el particular modo de vida homosexual se opone a criterios de moralidad pública y por ello no es posible la adopción por parte de homosexuales", interpretación que no corresponde a los cambios jurisprudenciales ya resaltados.

También indican que dicha lectura conjunta desconoce varias disposiciones del bloque de constitucionalidad, como el Preámbulo y los artículos 2, 3, 4, 18, 21, 27 y 39 de la Convención de los derechos del niño y el artículo 16 de la Declaración universal de los derechos humanos, pues en este instrumento "(…) se impreca por una defensa de los derechos de los niños al margen de los derechos de los padres"; además bajo su amparo, "(…) toda preocupación derivada de la condición homosexual de los padres no debe superarse a través de la subordinación del interés del menor a pautas de moralidad social, sino mediante la adopción de todo tipo de medidas necesarias para evitar la discriminación por causa de la condición de los mismos"; y finalmente, por cuanto "(…) la negación de los menores a tener una familia, así sea de padres homosexuales, en concurrencia con la ausencia de políticas que promuevan la adopción, relega al menor a vivir bajo medidas de protección que no garantizan el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social que sí pueden ser garantizados bajo el núcleo familiar".

Sostienen además que la sentencia C-814 de 2001 presenta varias inconsistencias, puesto que, de un lado, señala que la orientación sexual de quien solicita la adopción no es un limitante que se derive del concepto de moral, pero a continuación sostiene que la familia que protege la Constitución es la monogámica y heterosexual.

Agregan que la sentencia también parte de un problema jurídico erróneo, pues plantea una tensión entre el libre desarrollo de la personalidad de quien solicita la adopción y el derecho de los niños a tener una familia, pero sin ningún tipo de ponderación, resuelve el problema jurídico a favor del segundo interés y solamente con fundamento en una interpretación literal del artículo 44 superior.

Finalmente, alegan que el supuesto juicio de proporcionalidad efectuado en la sentencia citada fue insuficiente, ya que (i) no analizó tres problemas cruciales: "(…) la adopción de los niños por parte de los homosexuales como medida necesaria y útil para proteger el derecho de los menores a tener una familia, la idoneidad de los homosexuales para adoptar, y la definición de las tensiones entre moral social y el interés prevalente del menor a tener una familia a través de la adopción por parte de parejas del mismo sexo o padre o madre homosexuales"; (ii) condicionó el interés prevalente del niño a la noción de moralidad pública; (iii) no indicó los criterios para fijar la moralidad pública que será empleada como parámetro de constitucionalidad; y (iv) la tensión planteada en la sentencia también pudo ser

resuelta a favor del derecho del niño a tener una familia.

1. INTERVENCIONES

1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

Solicita que se declare la existencia de cosa juzgada constitucional o, en su defecto, que la expresión demandada sea declarada exequible, por las siguientes razones:

1. Afirma que en el presente caso existe cosa juzgada material, ya que el artículo 68 de la ley 1098 de 2006 reprodujo textualmente el artículo 89 del decreto 2737 de 1989, cuya expresión "moral" fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-814 de 2001.

Agrega que no ha operado un cambio en el contexto social o jurídico que amerite un nuevo pronunciamiento constitucional, pues "(…) el sentido otorgado por la Corte a la palabra 'moral' en la sentencia C-814 de 2001 no tiene ninguna relación con la orientación sexual de los adoptantes sino con el criterio sostenido y reiterado de la Corporación acerca de la moral social, moral pública o moral general y específicamente con la 'idoneidad moral' –en el sentido antes anotado- que debe tener el adoptante". Explica que, por tanto, el debate no se debe "(…) centrar en la posibilidad de adopción por parejas del mismo sexo, sino en analizar si existen razones poderosas para pensar que el requisito de idoneidad moral en el ordenamiento jurídico interno y conforme a los distintos Tratados Públicos Internacionales sobre Derechos Humanos ya no guarda plena vigencia".

1. De otro lado, indica que en la sentencia C-814 de 2001, la Corte efectivamente se pronunció sobre la posibilidad de que parejas del mismo sexo adopten, pero en virtud de que se había demandado el artículo 90 del antiguo decreto 2737 de 1989, no al examinar la

constitucionalidad del artículo 89. Explica que el texto del artículo 90 ibídem no fue reproducido por el nuevo Código de Infancia y Adolescencia, de modo que no podría ser objeto de una nueva demanda.

También señala que no es acertada la afirmación de los demandantes en el sentido que "(…) una de las principales razones de la declaratoria de Constitucionalidad de la palabra moral en la sentencia C-814 de 2001 haya sido que 'la noción de familia contenida en el texto de la Constitución y en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente no corresponde a la noción actual de familia'." En criterio del ICBF, "(…) las razones expresadas por la Corte sobre el alcance constitucional del término 'familia' en aquella oportunidad tenían relación directa con el análisis de exequibilidad del artículo 90 num 2 y no con la palabra 'moral' que hace referencia específica a una de las calidades que debe tener el adoptante conforme al interés superior del niño".

Además, asevera que no es posible afirmar que la sentencia C-577 de 2011 representa la incorporación de una nueva forma de interpretar el artículo 42 superior, pues a la fecha de presentación de la demanda, aún no se conocía el texto del fallo.

Con base en las anteriores consideraciones, concluye que no hay razones poderosas que hagan pensar en un cambio en el contexto normativo y que habiliten a la Corte para efectuar un nuevo análisis de constitucionalidad.

1. De forma subsidiaria, afirma que la expresión acusada no se opone a la Carta y es una exigencia proporcionada, por las siguientes razones:

Aduce que "(…) existe una interpretación frecuente y consistente dada por la Honorable Corte acerca de la palabra 'moral' la cual (…) debe entenderse referida a la 'moral social', 'moral pública' o 'moral general'". Con fundamento en esta exégesis, asegura que la jurisprudencia constitucional ha encontrado justificada la limitación de derechos por razones de moral social o pública, tesis que es reforzada por instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 12, 13, 15, 16 y 22), con mayor razón en los casos en los que está de por medio la protección de los niños.

Indica que no existe un derecho a adoptar sino el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, razón por la cual la adopción es considerada una medida de protección a favor de estos últimos que debe guiarse por el principio de interés superior del niño. En este orden, el ICBF asevera que requisitos para la adopción como la idoneidad moral del adoptante "(…) son lineamientos encaminados a garantizar su interés superior como sujetos de especial protección constitucional" y que se justifican en tanto la adopción es irreversible.

Afirma que "[l]a norma no prevé la orientación sexual como factor a analizar en una solicitud de adopción, lo cual es claro para los profesionales del ICBF que intervienen en el proceso de adopción en sus diferentes etapas". Además, según la resolución 3748 de 2010 –lineamiento técnico del programa de adopción- la idoneidad no se relaciona con la orientación sexual.

Explica que la idoneidad moral es un criterio que debe examinarse junto con otros para establecer si hay lugar a la adopción, "[d]e tal manera que la exigencia de idoneidad moral establecida no puede ser interpretada de manera discriminatoria, como requisito exclusivo para fundamentar la idoneidad de una persona para adoptar un hijo".

Finalmente, asevera que el concepto de idoneidad moral no debe interpretarse de forma aislada sino en el contexto de los instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En particular, cita la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, en que sostiene que la Corte indicó que para determinar el impacto negativo que una persona puede tener en el cuidado y custodia de un niño, "(…) no se puede tener en cuenta especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales así como preferencias culturales respecto a concepciones tradicionales de familia", ni la orientación sexual del solicitante.

1. Ministerio de Justicia y del Derecho

Solicita a la Corte que se inhiba de emitir un pronunciamiento de fondo o, en su defecto, que declare exequible la expresión acusada, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

1. Alega que existe cosa juzgada constitucional, pues en la sentencia C-814 de 2001, la Corte Constitucional ya se ocupó de la constitucionalidad de la expresión censurada. Además, explica que si bien en el Código de Infancia y Adolescencia "(…) se introdujeron algunos cambios en cuanto a la precisión del guardador, compañeros permanentes, personas solteras, lo cierto es que la expresión 'moral' se sigue aplicando de la misma manera como se exigía en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, es decir, que el test de razonabilidad y proporcionalidad que se aplicó en la sentencia C-814 de 2001, continúa siendo un argumento válido para asegurar que no se contraría el ordenamiento constitucional".

1. Por otra parte, con fundamento en la sentencia T-503 de 1994, sostiene que los cargos de la demanda son ineptos, ya que el contenido normativo del término "moral" "(…) no hace referencia a la condición sexual del adoptante". En su sentir, la exigencia de idoneidad moral guarda relación con la moral social o con la moral comúnmente aceptada, no con la orientación sexual.

1. De forma subsidiaria, manifiesta que el contenido del nuevo artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia "(…) no priva a una persona de poder adoptar, por su condición sexual, pero tampoco por su condición sexual, la exime de la idoneidad moral que debe acreditar para poder adoptar".

1. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

Solicita a la Corte que se inhiba de fallar de fondo, con fundamento en las siguientes razones:

1. Explica que en el escrito de corrección presentado por los demandantes después de que la

demanda fuera inadmitida, no se lograron corregir los defectos señalados en el respectivo auto. En su criterio, "[l]as extensas disertaciones de la demanda se encaminan a demostrar cómo la Corte estableció un nexo entre la moral social y el homosexualismo para no autorizar la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo". Sin embargo, a continuación resalta que "(…) una lectura más detenida de la Sentencia C-814 de 2001 permite concluir, como es correcto, que la Corte Constitucional no señaló esa supuesta conexión entre los conceptos de moralidad y homosexualismo, sino que, por el contrario, resaltó que en la determinación de las conductas morales exigidas a los candidatos a padres adoptantes no debía incluirse el componente sexual del aspirante y que incluso si tal vinculación hubiese sido hecha, habría tenido que ser inadmitida por la Corte sobre la base de que se trataría de un contenido regulatorio no expreso en la norma o deducido por el demandante".

1. Además, sostiene que "(…) no existe en la norma acusada en este proceso ningún elemento que permita inferir que para el legislador de la Ley 1098 de 2006, el homosexualismo es una condición contraria a la idoneidad moral del adoptante. De allí que el cargo de la demanda no se estructure sobre la base del contenido normativo de la disposición atacada, sino sobre un contenido inventado por el demandante, que no se desprende directamente del texto legal".

1. Por último, asevera que "(…) pese a que los demandantes pretendan derivar la inconstitucionalidad de la norma de la transformación de la perspectiva constitucional sobre la composición de la familia introducida por la Sentencia C-577 de 2011, es un hecho innegable que esa nueva perspectiva no afecta el contenido normativo acusado o, dicho en dirección contraria, al artículo demandado no le son predicables los argumentos jurídicos que pueden extraerse del reciente fallo de la Corte Constitucional".

1. Ciudadanos Alejandro Badillo Rodríguez, Gilberto Lievano Jiménez y Laura Benavides Ángel

Solicitan a la Corte inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo o, en su defecto, declarar exequible la expresión demandada; sus argumentos se resumen a continuación:

1. Señalan que en el presente caso existe cosa juzgada constitucional, ya que mediante la sentencia C-814 de 2001, la Corte Constitucional se ocupó de la misma norma y, además, no ha operado ningún cambio social que justifique un nuevo pronunciamiento de la Corporación.

1. Aseveran que "(…) al analizarse el artículo 68° de la ley 1098 de 2006 nada se dice sobre una moral heterosexual, como requisito para adoptar", así como tampoco lo hacían los preceptos examinados en la sentencia C-814 de 2001. Agregan que "[e]s equívoco inferir que con la exigencia de un componente moral se está refiriendo a una moral determinada (cristiana, protestante, liberal, heterosexual…) pues lo que busca la ley es que el menor crezca en el seno de una familia que le promueva modos de vida buena".

1. Sostienen que la demanda "(…) fue estructurada sobre el supuesto de regulaciones no contenidas en las disposiciones acusadas, esto en razón de que el accionante debate la exequibilidad de la expresión moral como requisito para adoptar, pero su verdadera pretensión es que con la supresión se permita la adopción de menores a personas con orientaciones sexuales homosexuales". Afirman que si esta es la pretensión de los demandantes, incurren en una falacia argumentativa, "(…) pues no es por la exigencia de cumplimiento de reglas axiológicas de modos de vida buena lo que no permite a personas que eligieron una orientación sexual determinada adoptar menores"; en su criterio, "(…) lo inmoral no depende de la orientación sexual, sino en la forma conductual en que determina la forma de vida que en términos pragmáticos es todo lo que el derecho considere ilegal evitando así poner en riesgo al menor en su integridad física y mental". En este orden, indican que "(…) si la acción pública de inconstitucionalidad busca el reconocimiento por parte del tribunal constitucional para que personas con orientaciones homosexuales puedan adoptar no debieron demandar la expresión moral sino el concepto de familia inserto en el

sistema de derecho".

1. Por último, afirma que "(…) buscar la inexequibilidad de la expresión moral es atribuirle una función impropia a la Corte Constitucional, pues el único que puede fijar los parámetros de autogobierno así como los modos de vida buena es la sociedad" mediante el Congreso.

1. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Por intermedio de Carlos Fradique Méndez, solicita a la Corte declarar la ineptitud de la demanda o, en su defecto, declarar exequible la expresión acusada. Sus argumentos se resumen a continuación:

1. Sostiene que la demanda es inepta, ya que:

"(…) no hay claridad sobre si la pretensión es que se reconozca a las parejas del mismo sexo el derecho a la adopción de menores de edad o el derecho a los menores de edad (se excluye a los mayores de edad) a ser adoptados por parejas homosexuales, o si lo que se pretende es que los adoptantes no se les exija requisito de idoneidad moral o si lo que se pretende es que se declare inconstitucional la expresión moral y al tiempo la de la sentencia C-814 de 2001.

Y debe tenerse en cuenta que no se demandan todas las normas que directa o indirectamente se refieren a la expresión moral y menos al requisito de idoneidad moral para adoptar".

Agrega que "(…) por vía de la acción de inconstitucionalidad no es posible ventilar situaciones jurídicas particulares", como pretenden los demandantes.

Por último, asegura que "[p]retender que haciendo un juicio de constitucionalidad a la expresión moral contenida en el Art. 68 del CIA, puede llegar la Corte a legislar para autorizar

la adopción de parejas del mismo sexo no tiene sentido, porque la restricción legal no la origina la expresión moral, sino las diferentes normas que sólo autorizan la adopción por parejas heterosexuales", normas que no son demandadas.

"Si todos los cambios sociales o políticos en una sociedad fueran causa para pedir nuevos juicios a las normas ya juzgadas constitucionalmente, la COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL dejaría de existir.

Y más, si esos cambios son alegados por quienes tengan intereses específicos en el cambio de interpretación constitucional. Y lo más grave sería que con el paso del tiempo, una norma declarada inconstitucional o constitucionalmente condicionada, podría ser puesta a un nuevo juicio para que se reversara esa decisión. Un país serio no puede estar cada año revisando la constitucionalidad de las normas ya juzgadas".

1. Para respaldar la exequibilidad de la expresión acusada, (i) manifiesta que "[l]a Constitución consagra la moral como fundamento para lograr fines del Estado y de manera puntual para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes". (ii) Agrega que el matrimonio sigue siendo un contrato que solamente se puede celebrar entre hombre y mujer, y que la Corte no ha declarado que las parejas del mismo sexo sean familia. (iii) Indica que aunque eventualmente la convivencia de personas del mismo sexo pueda ser considerada familia, "(…) no obliga a que la ley las autorice para adoptar", pues el derecho a la adopción no es fundamental y su finalidad es brindar protección al menor de 18 años. (iv) Afirma que "[s]i el Estado obliga a la protección de la integridad física y moral de las personas, mal podría declararse contraria a la Constitución la exigencia de la idoneidad moral por parte de los padres como requisito para que cumplan sus roles de progenitores responsables".

1. Finalmente, aduce que en este caso la presunta violación de las disposiciones constitucionales no es evidente. En criterio del interviniente, "[l]o que los demandantes

pretenden es que se legisle, por vía jurisprudencial, para que las parejas del mismo sexo puedan adoptar y además sin que cumplan con el requisito de idoneidad moral", lo cual es competencia del Congreso y no de la Corte Constitucional.

1. Universidad Externado de Colombia

Ingrid Duque Martínez, docente del departamento de Derecho Civil, sostiene que en este caso "(…) opera la COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL material en sentido amplio, (…) por cuanto no existen razones poderosas ni contextos diferentes que den un alcance o efecto diferente a la disposición y que justifique un fallo de fondo diferente al inicialmente pronunciado" (negrilla fuera del texto). Los argumentos con los que respalda esta conclusión son los siguientes:

1. Afirma que si bien es cierto con la sentencia C-577 de 2011 se amplía el concepto de familia, ello no afecta la interpretación sobre idoneidad moral realizada en la sentencia C-814 de 2001 "(…) y no constituye una razón poderosa o suficiente que justifique un cambio de decisión", pues la idoneidad moral no tiene que ver con la "condición sexual".

1. Asegura que no es cierto que deba hacerse un nuevo juicio de proporcionalidad en el que se tengan en cuenta aspectos como "(…) la adopción de niños por homosexuales como medida necesaria para proteger el derecho de los menores a tener una familia, la idoneidad de los homosexuales para adoptar, y la tensión entre la moral social y el interés prevalente de los menores a tener una familia por parejas homosexuales". En su sentir, no existe un enfrentamiento entre los derechos de los niños a la integridad moral o física y a tener una familia, ya que la idoneidad moral para adoptar "(…) no se refiere exclusivamente a la condición sexual de los adoptantes, sino que envuelve aspectos más amplios". Agrega que en caso de que se efectuara un nuevo escrutinio, "(…) la conclusión a la que llegan los actores de privilegiar el derecho a tener una familia por encima de la integridad de los menores no sería correcta, por cuanto la integridad de los menores da lugar en la mayoría de

los casos y según el grado de lesión física y moral, a privilegiar este último, por cuanto daría lugar incluso al retiro o privación del medio familiar agresor como medida de protección y restablecimiento de derechos". En este orden, concluye que el requisito de idoneidad moral para adoptar no se opone al derecho de los menores de 18 años a tener una familia; por el contrario, garantiza que los niños tengan las mejores familias posibles.

1. Organización Colombia Diversa

Solicita que se declare la inconstitucionalidad del aparte acusado, "(…) pues con base en él los operadores jurídicos impiden que las parejas del mismo sexo puedan adoptar niños en Colombia lo cual afecta los derechos fundamentales de los niños y de las personas con orientación sexual o identidades de género diversas". Sus argumentos son los siguientes:

1. Para comenzar, asegura que el artículo 68 de la ley 1098 "(…) es interpretado por los operadores jurídicos estatales en el sentido que tal impide que las parejas del mismo sexo tengan la posibilidad de adoptar niños en Colombia". Afirma que "[l]os operadores jurídicos hacen uso del término idoneidad moral para significar la falta de la misma en las personas con orientación sexual diversa". En respaldo, cita la intervención del ICBF en el proceso que dio lugar a la sentencia C-802 de 2009, el concepto jurídico 18006 de 2011 elaborado por una funcionaria de la entidad y el comunicado de prensa expedido por la Procuraduría con ocasión de la sentencia C-577 de 2011.

1. Luego señala que desde la expedición de la sentencia C-814 de 2001 "(…) ha habido un cambio en el contexto normativo, tanto legislativo como jurisprudencial, a nivela nacional e internacional, en asuntos que transitan por la idoneidad moral de las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas para adoptar", lo que justifica un cambio del precedente. En concreto, cita los siguientes cambios:

A nivel jurisprudencial, trae a colación las sentencias C-075 de 2007, en la que asegura la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo conforman una unión marital de hecho;

C-811 de 2007 y T-856 de 2007, en las que indica se reconocen derechos en materia de seguridad social; C-336 de 2008, por medio de la cual afirma "(…) se otorgó a la pareja del mismo sexo el derecho a acceder a la sustitución pensional del compañero permanente fallecido"; C-789 de 2008, mediante la que explica "(…) se determinó que el tipo penal de inasistencia alimentaria también se aplica cuando la relación de alimentos incumplida vincula a dos compañeros permanentes del mismo sexo"; C-029 de 2009, en al que afirma "(…) se declaró al exequibilidad condicionada de un amplio grupo de disposiciones normativas bajo el entendido que su régimen de protección jurídico aplicaba también para las parejas del mismo sexo"; C-577 de 2011, con la que asevera comienza un nuevo hito en el proceso de reconocimiento de ciudadanía plena a las personas LGBT, por cuanto la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo pueden constituir una familia; y C-238 de 2011, por media de la cual estima se reconoció el derecho de los compañeros permanentes del mismo sexo a heredar los bienes de su pareja.

A nivel de legislación y políticas públicas, cita, entre otros, la ley 1448 en la que se cobija bajo la definición de víctimas a las parejas del mismo sexo; las leyes 1257 y 1482 en la que se penaliza la discriminación por razones de orientación sexual; la ley 1475, estatutaria de partidos y movimientos políticos; y los acuerdos 371 de 2009 del Consejo de Bogotá y 08 de 2011 del Concejo de Medellín, por medio de los cuales se adopta una política pública para la garantía de las personas LGBT.

A nivel de derecho internacional, resalta, entre otras, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, en la que se condenó al estado chileno por dar un trato discriminatorio a una madre lesbiana y a sus hijas, y las siguientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: S.L. v. Austria, Karner v. Austria, Schalk y Kopf v. Austria, y E.B. v. Francia. También cita la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género adoptada por la Asamblea General de las Naciones unidas en 2008.

1. A continuación, somete el artículo 68 de la ley 1098 a un juicio estricto de proporcionalidad y concluye que (i) si bien la medida supera el examen de importancia de la finalidad –la protección del interés superior de los niños, (ii) no se vale de un medio adecuado para el

efecto, pues "[m]últiples conceptos y estudios psicológicos y psiquiátricos de renombradas entidades, tanto nacionales como extranjeras han señalado que la orientación de los padres, por sí sola, no afecta el normal desarrollo de los menores bajo su cuidado. Es por ello que la exclusión que se hace de las parejas del mismo sexo de la figura de adopción no resulta adecuada para conseguir que se logre en mayor medida el interés superior del menor"; (iii) no es necesaria, ya que "(…) si lo que se busca es que los adoptantes tengan (…) idoneidad moral para dar un buen ambiente de desarrollo a los menores adoptados, esto puede lograrse por medio de los controles que hacen de las solicitudes y los procesos de adopción"; y (iv) no es proporcionada en estricto sentido, puesto que "(…) el efecto de la exclusión de las parejas del mismo sexo del ámbito de la adopción lo que termina por hacer es sacrificar la posibilidad de que muchos niños y niñas encuentren una familia adecuada al ser dados en adopción a una pareja del mismo sexo".

1. Para terminar, concluye: "(…) es necesario recalcar que el principio de interés superior del menor es un macro principio que engloba además el derecho del niño a crecer en una sociedad tolerante y respetuosa de la diferencia, por lo que negar la posibilidad de adoptar sólo con base en la orientación sexual del solicitante es vulnerar por esta vía este principio constitucional y de derechos (sic) internacional de los derechos humanos".

1. Universidad del Rosario

La Universidad del Rosario solicita se declarare la existencia de cosa juzgada constitucional absoluta o, en su defecto, que la expresión demandada sea declarada exequible, aduciendo lo siguiente:

1. Afirma que la expresión demandada del artículo 68 de la ley 1098 de 2006, ya fue declarada exequible mediante la sentencia C-814 de 2001 y, por tanto, la Corte debe aplicar el artículo 243 de la Carta que dispone que los fallos que dicta la Corporación hacen tránsito a cosa juzgada.

1. Agrega que a pesar que los demandantes invocan la sentencia C-393 de 2011 para sustentar que “no existe cosa juzgada material en sentido estricto”, en su opinión, “las manifestaciones realizadas por los accionantes para solicitar un nuevo control constitucional del artículo 68 y especialmente sobre la palabra ‘moral’ y su retiro de la normatividad, no da a lugar”.

1. El interviniente cita apartes de la sentencia C-814 de 2001, en la que la Corte consideró que la noción de “moral” contenida en el artículo 89 del anterior Código del Menor, se refiere a la moral pública, y no a una particular e individual. Sostiene que la Corporación no fundamentó su decisión en determinar si los homosexuales son moralmente aptos, y por el contrario, “no se viola el artículo 44 de la Constitución Nacional y las demás normas del bloque de Constitucionalidad”

1. Por último, se refiere a la sentencia C-224 del 1994, en la cual la Corporación dijo no era posible negar la relación entre la moral y el derecho “y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico”. Finalmente, se pregunta qué pasaría si se eliminara la exigencia de la idoneidad moral del adoptante, concluyendo que ¿Todas las personas podrían adoptar independientemente que hayan sido objeto de un hecho ilegal o inmoral debidamente comprobado? ¿Qué pasa si el guardador decide adoptar a un menor pero no cumple con los requisitos exigidos para los guardadores y se comprueba una conducta inmoral?

1. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo o, en su defecto, estarse a lo resuelto en la sentencia C-814 de 2001.

1. En concepto de la Vista Fiscal, en el asunto puesto a consideración de la Sala, tal y como se advirtió en el auto inadmisorio, no cumple con los requisitos exigidos por el decreto 2067 de 1991, pues (i) "(…) los cargos formulados 'no se dirigen contra la expresión 'moral' del artículo 68 de la Ley 1098, sino contra la Sentencia C-814 de 2001"; (ii) "(…) los actores formulan varios argumentos de conveniencia y no de constitucionalidad, como los relacionados con los altos índices de orfandad derivados del conflicto armado"; (iii) los cargos no son claros en razón a que no es posible establecer cuál son su contenido y sus fundamentos; y (iv) tampoco son específicos, ya que recaen sobre proposiciones jurídicas subjetivas, deducidas de manera injustificada por los actores tanto de las normas constitucionales invocadas como de la norma demandada, como por ejemplo, pretender que el legislador tiene una obligación constitucional de otorgar la adopción a las parejas del mismo sexo.

De igual manera, aduce que aunque los actores dicen demandar la expresión "moral" del artículo 68 del C.I.A., pero "(…) su inconformidad en realidad no es con la expresión demandada sino con la interpretación que de la misma hizo esta Corporación en la Sentencia C-841 de 2001 –que en un primer momento dicen que no constituye cosa juzgada pero que posteriormente reconocen, al final de la corrección de su demanda, que es una 'sentencia interpretativa' que constituye una 'cosa juzgada […que] ampara el aparte demandado'– y, al mismo tiempo, al final de su escrito sorpresivamente solicitan no una nueva interpretación de la expresión demandada que se materialice a través de una sentencia de exequibilidad condicionada, sino una sentencia de 'inexequibilidad diferida o exhortativa' pues consideran: (i) que existe 'una laguna en el ordenamiento jurídico que impone la creación de una nueva norma o conjunto de normas', es decir, una omisión legislativa absoluta y (ii) que el órgano competente para resolver esta omisión en realidad es el Congreso de la República."

1. Sobre los alcances de la cosa juzgada, la Procuraduría trae a colación el concepto emitido en la sentencia C-577 de 2011. Allí se consideró que "(…) la existencia de cosa juzgada constitucional es un fenómeno objetivo que […] no depende de la voluntad del actor ni del paso del tiempo o del cambio de los jueces constitucionales". Por esta razón, así como la cosa juzgada constitucional "(a) 'no está supeditada a que la norma analizada se reproduzca en un mismo cuerpo normativo' –como los mismos actores lo reconocen cuando señalan que,

a la luz de la misma jurisprudencia constitucional 'resultaría fácil arribar a la conclusión de que si la ley [1098] reproduce textualmente el contenido del decreto [2737 de 1897, respecto del que se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-814 de 2001], entonces la cosa juzgada operaría de manera clara' –; así tampoco puede decirse que la misma (b) no opera cuando el actor constitucional considere que ésta deba 'modificarse', como lo exigen los accionantes al final de la corrección de su demanda, o (c) que 'desaparezca' por el simple paso del tiempo o por un 'cambio de contexto social' determinado por la mera expedición de una nueva sentencia de constitucionalidad, como es el caso de la Sentencia C-577 de 2011 (cuyo objeto no fue la norma demandada, el Código de la Infancia o la Adolescencia o ni siquiera el tema de la adopción y de la que, en todo caso, hasta la fecha no se conoce más que un comunicado de prensa)."

1. De otro lado, aduce el Ministerio Público que el actor no explica las razones por las cuales se desconoce la Constitución al exigirse idoneidad moral para conceder o permitir adoptar. En efecto, el hecho que la moral y el derecho tengan objetos distintos, ello no obsta para que el legislador acuda a ciertos conceptos para regular las conductas. Sobre el particular aduce que "(…) no es extraño, novedoso ni mucho menos problemático que detrás de las normas jurídicas el Legislador y, en nuestro ordenamiento político, el Congreso de la República como constituyente derivado, plasme los principios o valores morales de la sociedad, ya sea como los valores o principios de las mayorías, en atención al principio democrático o, por lo menos, como aquellos valores o principios que tanto las mayorías como las minorías entienden como los mínimos necesarios para hacer posible la convivencia social en lo que se ha denominado un Estado Social y Democrático de Derecho. Por el contrario […] lo esencial es que el ordenamiento jurídico positivo, aun cuando incluya valores morales, lo haga atendiendo a criterios racionales".

Sostiene que en el caso de los niños, el artículo 44 de la Constitución señala que los niños deben verse libres de toda forma de violencia moral. Ello persigue proteger a los ciudadanos más débiles e indefensos, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes. Esta misma protección se otorga en la Ley de Infancia y Adolescencia en donde se establece que es obligación del Estado, de los establecimientos educativos, proteger la integridad moral de los niños, niñas y adolescentes, cuyo desarrollo moral incluso también se reconoce como un

derecho en sí mismo (artículo 24).

No obstante todo lo anteriormente expuesto, la Vista Fiscal señala que si se "(…) admitiese la postura sui generis de los actores de acuerdo con la cual es posible demandar la 'unidad normativa' que configura una norma legal y la sentencia de constitucionalidad interpretativa que la cobija –lo que llevaría a permitir que toda norma sobre la que se pronuncie la Corte Constitucional en el ejercicio del control constitucional pueda ser nuevamente objeto de una demanda de constitucionalidad– es claro que en la demanda sub examine se hace una interpretación equivocada de los artículos 42 y 44 constitucionales, en donde en ningún momento se dice absolutamente nada sobre la adopción por parte de las parejas homosexuales e incluso se reproduce la expresión demandada cuando se señala expresamente que los niños deben ser protegidos "contra toda forma de violencia […] moral" (artículo 44 constitucional)."

Agrega que avalar la interpretación del actor sería casi como admitir que los niños, niñas y adolescentes deben ser dados en adopción sin hacer reparo alguno de las condiciones personales de los adoptantes, en consecuencia, no sólo el requisito acusado serían inconstitucional sino también lo sería "(…) todos los requisitos exigidos para la adopción por el artículo 68 del C.I.A., y no sólo la idoneidad moral, serían inconstitucionales en la medida en que vulnerarían el derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes en condiciones de adoptabilidad, lo que carece totalmente de sentido."

1. De otro lado, señala que no existe ninguna norma del bloque de constitucionalidad invocadas por los accionantes, que ordene al estado colombiano a consagrar el derecho a adoptar o el derecho a adoptar de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, así como tampoco el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser adoptados por cualquier persona o "modelo de familia", incluidas las "familias" conformadas por parejas conformadas por personas del mismo sexo. Ello ni siquiera ha sido interpretado por los tribunales internacionales de Derechos Humanos en relación con el matrimonio. Sobre el particular el Procurador cita el caso "Kopf y Shalk v. Austria y, más recientemente, en el caso Gas y Dubois v. Francia: "la Convención Europea de Derechos Humanos no exige a los Gobiernos de los Estados miembros conceder a las parejas del mismo sexo [ni siquiera] acceso al

matrimonio. Si un Estado elige proveer a las parejas del mismo sexo un medio alternativo de reconocimiento, goza de un cierto margen de apreciación con respecto al status exacto conferido" (Comunicado de Prensa ECH 108 (2012), 15.03.2012, traducción libre)."

En estos mismos términos, señala la sentencia C-577 de 2011 no se estableció ninguna orden en relación con la adopción y, por el contrario, "declaró exequible las definiciones legal contenida en el artículo 113 del Código Civil de matrimonio, se declaró inhibida para pronunciarse sobre el artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y de la ley 1361 de 2009 y exhortó al Congreso "para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas", tal y como ya lo había hecho en la Sentencia C-823 de 2011, cuando le exhortó "para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo".

Agrega además que lo planteado por los actores se traduciría, en gracia de discusión, en una omisión legislativa absoluta, frente a la cual no existe competencia por parte de la Corte Constitucional. De igual manera señala que no existe ningún derecho constitucional "es claro que ni la Constitución ni la Ley permiten la adopción por parte de parejas homosexuales y mucho menos contemplan la posibilidad, como pretenden los accionantes, de que alguna autoridad pública intente, aplicando la teoría del mal menor, o simplemente experimentando con los niños, las niñas y adolescentes en condición de adoptabilidad, conceder la adopción a la adopción de los mismos a estas parejas con el único fundamento de que no se encuentra probado que esto pueda perjudicarles y de que existe un nuevo concepto de familia, distinto al acordado por el constituyente primario." En este mismo orden de ideas, tampoco podría "la Corte Constitucional abrogarse la competencia para evaluar si la adopción por parte de parejas homosexuales representa un riesgo para los niños, las niñas y los adolescentes pues, como se demuestra con las intervenciones que se han hecho en el transcurso del presente proceso [(Demandas D-8367 y D-8376, acumuladas y resueltas en la Sentencia C-577 de 2011)], a este asunto no sólo se han dado distintas respuestas y desde muy diferentes perspectivas, sino que incluso, como los mismos accionantes lo sostienen, existen 'estudios científicos acerca de los efectos que puede ocasionar en un menor el hecho de ser criado en un ambiente homoparental [que] coinciden en que no se evidencia una afectación negativa del desarrollo del menor […] como estudios que discrepan de la posición mayoritaria', es

decir, que ‘existe controversia científica respecto de la materia’” (Concepto 5110 de 2011).”

1. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de una ley de la República.

1. PROBLEMA JURÍDICO

1. En primer lugar, los demandantes reconocen que la expresión acusada en el contexto del artículo 89 del antiguo Código del Menor -disposición cuyo texto es reproducido por el artículo 68 de la ley 1098, fue declarada exequible en la sentencia C-814 de 2001, frente a cargos similares a los que formulan. No obstante, aseguran que no existe cosa juzgada constitucional y que es necesario un nuevo pronunciamiento de la Corporación, por las siguientes razones: (i) ha cambiado el contexto social y político de aplicación de la exigencia a la que hace referencia la expresión acusada; (ii) en la referida providencia, la expresión demandada no se estudió a la luz de todas las normas pertinentes del ordenamiento constitucional, principalmente del bloque de constitucionalidad; (iii) en la sentencia C-814 de 2001 solamente se emplearon los métodos de interpretación histórico y gramatical, y no los métodos sistemático y teleológico, los cuales –aseguran- podrían llevar a otra conclusión; (iv) no se fijaron los criterios para entender qué es moralidad pública; (v) en el juicio de proporcionalidad que se efectuó (a) no se ponderó el derecho de los niños a tener una familia, y (b) no se resolvieron los siguientes problemas: “(…) la adopción de los niños por parte de los homosexuales como medida necesaria y útil para proteger el derecho de los menores a tener una familia, la idoneidad de los homosexuales para adoptar, y la definición de las tensiones entre moral social y el interés prevalente del menor a tener una familia a

través de la adopción por parte de parejas del mismo sexo o padre o madre homosexuales".

En segundo lugar, sostienen que la "unidad" conformada por la expresión "moral" y "la interpretación que de la misma realizó la Corte Constitucional mediante sentencia interpretativa C-814 de 2001", según la cual "(…) el particular modo de vida homosexual se opone a criterios de moralidad pública y por ello no es posible la adopción por parte de homosexuales", desconoce el artículo 44 de la Constitución, así como las siguientes disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad: el preámbulo y los artículos 2, 3, 4, 18, 21, 27 y 39 de la Convención sobre los derechos del niño, el artículo 16-3 de la Declaración universal de los derechos humanos, el artículo 10 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el artículo 19 de la Convención americana sobre derechos humanos, el artículo 24 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y el artículo 1° del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. En síntesis, los demandantes aseguran que dicha "unidad": (i) contiene una visión restringida de la familia, concepto que la Corte reconoció en la sentencia C-577 de 2011 se extiende más allá de las parejas heterosexuales; (ii) se opone al interés superior de niño en tener una familia, especialmente en ausencia de políticas que promuevan la adopción de los niños abandonados, lo cual "relega al menor a vivir bajo medidas de protección que no garantizan el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social que sí pueden ser garantizados bajo el núcleo familiar"; y (iii) subordina el interés superior del niño a pautas de moralidad social.

1. El Ministerio de Justicia, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y los ciudadanos Alejandro Badillo Rodríguez, Gilberto Lievano Jiménez y Laura Benavides Ángel solicitan que la Corte se inhiba por ineptitud sustantiva de la demanda, pues aseguran que (i) la interpretación que hacen los demandantes es errada, ya que la idoneidad moral no se relaciona con la orientación sexual; (ii) no es cierto que en la sentencia C-814 de 2001 se haya establecido un nexo entre moralidad y homosexualismo; (iii) el precepto demandado no prevé la consecuencia que cuestionan los demandantes: la imposibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar; y (iv) si la pretensión de los demandantes es que las parejas del mismo sexo puedan

adoptar, debieron demandar otras disposiciones, como las que definen la familia.

La Procuraduría también solicita la inhibición, pero por considerar que (i) las demandas de inconstitucionalidad no pueden versar sobre sentencias de la Corte Constitucional –en este caso la sentencia C-814 de 2001, como pretenden los actores; (ii) los argumentos formulados en la demanda son de conveniencia; (iii) los cargos no son claros en razón a que no es posible establecer cuál son su contenido y sus fundamentos; y (iv) los cargos tampoco son específicos, ya que recaen sobre proposiciones jurídicas subjetivas, deducidas de manera injustificada por los actores tanto de las normas constitucionales invocadas como de la disposición demandada.

Colombia Diversa, por el contrario, asegura que la interpretación que señalan los demandantes es la que le atribuyen los operadores jurídicos al artículo 68 de la ley 1098. Aduce que con fundamento en tal exégesis, se niega a las parejas del mimo sexo la posibilidad de adoptar; en otras palabras, alega que el cargo sí recae sobre una interpretación posible del precepto, de modo que sí cumple el requisito de certeza.

1. De otro lado, el ICBF, el Ministerio de Justicia, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Universidad Externado, la Universidad del Rosario y los ciudadanos Alejandro Badillo Rodríguez, Gilberto Lievano Jiménez y Laura Benavides Ángel aseguran que existe cosa juzgada, ya que el artículo 68 de la ley 1098 reprodujo textualmente el artículo 89 del decreto 2737 de 1989, cuya expresión “moral” fue declarada exequible en la sentencia C-814 de 2001. Precisan que en ese fallo la Corte interpretó que el término “moral” no tiene ninguna relación con la orientación sexual de quienes solicitan una adopción, sino que relaciona con la moral social, pública o general. Explican que no se ha producido ningún cambio en el contexto social o jurídico, ni existen razones poderosas de otra naturaleza que justifiquen apartarse del precedente.

La Procuraduría también asegura que existe cosa juzgada y agrega que ésta no puede ser desconocida por voluntad de los demandantes ni por el simple paso del tiempo.

Por el contrario, Colombia Diversa asegura que sí se han producido cambios de tipo jurídico y político que justifican un cambio de la jurisprudencia. Entre otros, citan fallos de la Corte

Constitucional que han reconocido derechos a las parejas del mismo sexo como las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, T-856 de 2007, C-336 de 2008, C-029 de 2009, C-238 de 2011 y C-577 de 2011, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, y las leyes 1448, 1257 y 1482 que penalizan la discriminación por razones de orientación sexual y reconocen la calidad de víctimas del conflicto a las parejas del mismo sexo de las víctimas directas.

1. De forma subsidiaria, el ICBF y la Academia Colombiana de Jurisprudencia solicitan que la expresión acusada sea declarada exequible. La primera entidad argumenta que (i) es razonable la limitación de derechos por razones de moral social o pública, con mayor razón en los casos en los que está de por medio la protección de los niños; (ii) el requisito de idoneidad moral para adoptar busca garantizar el interés superior del niño, especialmente teniendo en cuenta que la adopción es irreversible; (iii) la idoneidad moral del candidato no se relaciona con su orientación sexual, como se puede apreciar en la resolución 3748 de 2010 –lineamiento técnico del programa de adopciones.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia agrega que (a) la jurisprudencia constitucional no ha declarado que las parejas del mismo sean familia, (b) incluso si se consideraran familia, ello no significa que la ley les deba autorizar adoptar, pues debe prevalecer el interés superior del niño.

La Procuraduría también solicita que la expresión se declare exequible, pero por estimar que (i) nada obsta en la Constitución para que el legislador acuda al concepto de moral para permitir o negar la adopción; (ii) no hay ninguna disposición del bloque de constitucionalidad que ordene a Colombia permitir la adopción por parejas del mismo sexo o que cree un derecho de los niños a ser adoptados por cualquier persona o por cualquier modelo de familia; (iii) en la sentencia C-577 de 2011 no se emitió ninguna orden relacionada con la adopción por parejas del mismo sexo; y (iv) lo que resaltan los demandantes es una omisión legislativa absoluta respecto de la cual la Corte no tiene competencia.

Por el contrario, Colombia Diversa asegura que la expresión es inconstitucional, toda vez que la diferenciación que conlleva -basada en un criterio sospechoso como la orientación sexual- no supera el juicio estricto de proporcionalidad al que debe ser sometida. En su criterio, la

medida persigue una finalidad importante -la garantía del interés superior del niño, pero no es adecuada, necesaria ni proporcionada en estricto sentido.

1. En este orden de ideas, corresponde a la Sala determinar (i) si la demanda reúne los exigidos por el decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional para dar lugar a un pronunciamiento de fondo de esta Corporación; (ii) en caso de la demanda sea apta, si efectivamente existe cosa juzgada constitucional derivada de la sentencia C-814 de 2001, y (iii) en caso de que no sea así, si la expresión acusada, específicamente el requisito de idoneidad moral para poder adoptar, desconoce, de un lado, los derechos de los niños a tener una familia y a la igualdad, y de otro lado, los derechos de las personas homosexuales a la igualdad y a conformar una familia por medio de la adopción.

1. EXAMEN DE LA APTITUD DE LA DEMANDA

1. Requisitos que deben reunir las demandas de inconstitucionalidad

1. El artículo 2° del decreto 2067 de 1991 señala los elementos indispensables que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad1. Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición determinada debe indicar con precisión el objeto demandado, el concepto de violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. Estos tres elementos, cuyos contenidos son desarrollados en el texto del artículo 2 del decreto 2067 de 1991 y por la Corte en sus decisiones, hacen posible un pronunciamiento de fondo.

1. En la sentencia C-1052 de 2001, la Corte señaló las características que debe reunir el concepto de violación formulado por el demandante. De acuerdo con este fallo, las razones

presentadas por el actor deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

La claridad se refiere a la existencia de un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

El requisito de certeza exige al actor formular cargos contra una proposición jurídica real y existente, y no simplemente contra una deducida por él sin conexión con el texto de la disposición acusada.

La especificidad demanda que el actor formule por lo menos un cargo constitucional concreto. Argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan, impiden que la Corte lleve a cabo un juicio de constitucionalidad.

La pertinencia se relaciona con la existencia de reproches de naturaleza constitucional, es decir, fundados en la confrontación del contenido de una norma superior con el del precepto demandado. Un juicio de constitucionalidad no puede basarse en argumentos de orden puramente legal o doctrinario, ni en puntos de vista subjetivos del actor o consideraciones sobre la conveniencia de las disposiciones demandadas.

Finalmente, la suficiencia guarda relación, de un lado, con la exposición de todos los elementos de juicio -argumentativos y probatorios- necesarios para iniciar un estudio de constitucionalidad; y de otro, con el alcance persuasivo de la demanda, esto es, el empleo de argumentos que despierten una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

1. Esta Corporación es incompetente para conocer de uno de los objetos de la demanda

"(…) es importante señalar que los requisitos de certeza, especificidad y pertinencia, permitió a los suscritos accionantes advertir la existencia de un error en la formulación del objeto sobre el cual se pretende el control constitucional (…): no aclaramos de manera suficiente. Por simple presuposición, que la demanda estaba dirigida no sólo contra una

disposición normativa sino contra una unidad conformada por una disposición y una interpretación que de la misma realizó la Corte Constitucional mediante la sentencia interpretativa C-814 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra" (negrilla fuera del texto).

El objeto de la demanda es, por tanto, la unidad normativa que, a juicio de los demandantes, se conforma entre (i) la expresión "moral" contenida en el artículo 68 de la ley 1098 y (ii) la interpretación que le dio la Corte Constitucional a la misma expresión contenida en el artículo 89 del Código del Menor -el cual los actores afirman reprodujo el enunciado normativo del artículo 68 de la ley 1098- en la sentencia C-814 de 2001.

Para la Sala, la Corporación no tiene competencia para conocer del segundo objeto sobre el que recae la demanda, es decir, la interpretación que la Corte hizo en la sentencia C-814 de 2001, por las siguientes razones:

1. El artículo 241 de la Constitución le confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, para lo cual fija a continuación sus funciones y competencias. A partir de esta disposición, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la Corte Constitucional solamente es competente para examinar la constitucionalidad de disposiciones con rango de ley. Claramente dentro de las atribuciones de la Corte Constitucional no está la de examinar la constitucionalidad de sus propias providencias.

1. La jurisprudencia constitucional también ha señalado que la acción pública de inconstitucionalidad no procede para solicitar ni la modificación ni la aclaración de sentencias de constitucionalidad. Cabe recordar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 49 del decreto 2067 de 1991, contra las decisiones de la Corte no procede recurso alguno, en virtud del principio del cosa juzgada constitucional y del carácter de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional que radica en esta Corte. Por ejemplo, esta posición fue asumida por la Corporación en la sentencia C-620 de 19982, en la cual el ciudadano solicitaba, a través de la acción pública de inconstitucionalidad, la aclaración de sentencia C-310 de 1995, motivada "en la supuesta contradicción e incongruencia en que incurrió dicha providencia al

permitir que los miembros de la Fuerzas Militares sean juzgados disciplinariamente conforme al procedimiento general contenido en el C.D.U.”. En dicha providencia la Corte señaló expresamente:

“Por lo demás, frente a la petición subsidiaria del actor, referida a la solicitud de aclaración o nulidad de la Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997, debe la Corte precisar que la misma es del todo improcedente, por cuanto la acción pública de inconstitucionalidad no es la vía idónea para solicitar la aclaración de las providencias dictadas por la Corporación y, menos aún, el escenario para iniciar incidentes de nulidad en contra de aquellas. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad tiene como único propósito el ejercicio del control constitucional sobre las normas que han sido formalmente acusadas por los ciudadanos y, en manera alguna, puede ser utilizada como trampolín para controvertir decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional en los términos del artículo 243 de la Constitución Política.”

1. Adicionalmente, si bien la normativa ha previsto la posibilidad de la nulidad de los procesos que se surten ante la Corte, esta posibilidad sólo procede con carácter excepcional y extraordinario, cuando se alegue la violación del debido proceso por causales específicas y restrictivas previstas en los decretos 2067 y 2591 de 19913. De modo que, por regla general, el incidente de nulidad en los procesos que se adelantan ante la Corte Constitucional es improcedente.4

1. Por tanto, la Corte Constitucional no es competente para conocer sobre la presunta inconstitucionalidad de sus propios fallos cuando es demandada en sede de acción pública de inconstitucionalidad. La Corte solamente es competente para ocuparse de disposiciones con rango legal.

1. Los cargos carecen de certeza. Se estructuran a partir de una interpretación subjetiva del precepto demandado

Los demandantes acusan la expresión moral del artículo 68 de la ley 1098 porque consideran que, tal como fue interpretada en la sentencia C-814 de 2001, desconoce los artículos 42 y 44 de la Constitución y varios instrumentos del bloque de constitucionalidad sobre los derechos a la igualdad, a la familia y a la protección del interés superior del niño. Los cargos se estructuran a partir de la siguiente exégesis que los actores le atribuyen a la expresión a partir de la sentencia C-814 de 2001:

"1. La imposibilidad de la adopción de menores por parejas del mismo sexo en virtud de la no correspondencia de un modelo de vida homosexual con la moral social. Para el caso de la sentencia C-814 de 2001, el sentido conferido a la expresión 'moral' contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, fue el de moral social o pública. Allí no hay problema alguno en la medida en que la Corte Constitucional ha aceptado criterios de moralidad social en la realización de juicios de constitucionalidad. Para el presente caso, el problema surge en el momento en el que la Corte Constitucional se da la tarea de dar respuesta a la pregunta acerca de la posibilidad o no de que los homosexuales adopten.

En esa sentencia, la Corte Constitucional señaló que personas con modelo de vida individual que no son compatibles con una moralidad social o pública, no pueden cumplir con el requisito de idoneidad moral al momento de adoptar"5 (negrilla fuera del texto).

Como se puede apreciar, la demanda se fundamenta en la siguiente interpretación: la idoneidad moral que exige el precepto demandado para adoptar, de la mano de la sentencia C-814 de 2001, no es compatible con el "modelo de vida homosexual", por esta razón, las personas homosexuales, específicamente las parejas del mismo sexo, no cumplen el requisito de idoneidad moral y no pueden adoptar.

La Sala considera que se trata de una interpretación subjetiva de los actores; ciertamente ni del texto del artículo 68 de la ley 1098, ni de la sentencia C-814 de 2001 es posible deducir tal exégesis, como a continuación se explica:

1. La condición de certeza del cargo implica la necesidad de acusar un precepto legal del cual se extrae la regla que al compararse con la Constitución, puede resultar contraria a ella; es decir, el reproche formulado debe predicarse directamente de la disposición atacada. Dicho

en otros términos, el cargo de inconstitucionalidad es cierto cuando la acusación que formula el demandante recae sobre una norma jurídica o un precepto legal que "tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto"6 y cuando las razones de inconstitucionalidad se predican del texto normativo acusado.

1. El texto del precepto demandado es el siguiente en lo pertinente:

"ARTÍCULO 68. REQUISITOS PARA ADOPTAR. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente."

Como se puede apreciar, el texto no hace referencia a la orientación sexual de los candidatos a adoptar. Simplemente exige que los solicitantes tengan idoneidad física, mental, moral y social para suministrar una familia adecuada y estable al niño. El precepto no define qué es idoneidad moral, qué es idoneidad social, ni qué es una familia adecuada y estable.

1. No es cierto que en la sentencia C-814 de 2001, la Corte haya establecido un nexo entre falta de idoneidad moral y homosexualidad, es decir, la Corporación no propuso la interpretación que indican los demandantes.

En la sentencia C-814 de 2001, la Corte analizó la constitucionalidad de los artículos 89 y 90 del anterior Código del Menor. El inciso primero del artículo 89 tenía una redacción muy similar a la del artículo 68 de la ley 1098, como se puede ver a continuación:

"Artículo. 89. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuado y estable al menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente" (negrilla fuera del texto).

El demandante alegaba que la expresión "moral", específicamente la exigencia de idoneidad

moral, transgredía al espíritu pluralista y liberal de la Carta Política de 1991, pues ésta no impone ningún tipo de moral a los habitantes de Colombia. A juicio del actor, la condición moral de una persona no puede ser un criterio válido de restricción, como no lo es tampoco para contraer matrimonio, formar una familia o procrear un hijo. Además -decía- no hay razón plausible que obligue a quien tramita una solicitud de adopción, a optar o inclinarse por una moral especial, mucho menos por la del funcionario encargado de tramitar la adopción. Finalmente, alegaba, junto con algunos intervinientes, que el requisito excluiría a las personas con opción sexual diversa.

Para resolver estos cargos, junto con los formulados contra el artículo 90, la Corporación hizo un recuento histórico de la figura de la adopción y concluyó que no constituye un mecanismo para satisfacer los derechos de quienes desean adoptar, sino una medida de protección de los niños de la manera que mejor convenga a sus intereses, en desarrollo del artículo 44 de la Carta.

En concreto, respecto de los cargos formulados contra el artículo 89, la Corporación consideró que la incorporación legal de criterios morales para definir situaciones jurídicas es ajustada al ordenamiento constitucional, en razón de que no supone acoger una concepción moral particular sino que hace referencia a la noción de “moral social”.

La sentencia C-814 de 2001 acudió a varios pronunciamientos proferidos en sede de constitucionalidad, en los que la Corporación ha sostenido que el legislador puede acudir a criterios provenientes de la moral social o moral pública a efectos de emplearlos como referentes a los cuales debe acudir el operador jurídico. Entre ellos, resaltó las sentencias C-224 de 19947 y C-404 de 1998, en las que se explicó que “la Constitución se refiere a la moral social en su artículo 34, y consagra la moralidad como uno de los principios fundamentales de la función administrativa, en el 209”. Indicó además que no es posible “negar la relación entre la moral y el derecho” y menos “desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico.”

Luego señaló que la jurisprudencia de revisión de tutela también ha convalidado los criterios morales como referentes a los cuales puede acudir el legislador y el juez constitucional. Específicamente, refirió los casos en los que la Corporación había avalado el requisito de

idoneidad moral como presupuesto para optar a la adopción, sin que ello hubiese implicado análisis de la opción sexual de los aspirantes. En particular, trajo a colación la sentencia T-290 de 1990 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la que la Corte Constitucional negó el amparo solicitado por una persona con opción sexual diversa que alegaba que por esta circunstancia se le había negado la solicitud de adopción de una niña que residía en su hogar. La Corporación resaltó que en dicha providencia, la Sala de Revisión encontró que las razones del ICBF para no dar por cumplido el requisito de idoneidad moral no se relacionaban con la orientación sexual del demandante, sino con el ambiente socio cultural en que vivía, específicamente, una zona de tolerancia.8 En igual sentido, la Corporación citó la providencia T-587 de 1998, en la que se indicó que "todo sistema de adopciones, tanto en su diseño como en su implementación, deberá respetar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y someterse integralmente a los principios constitucionales que defienden el interés superior del menor…" Señaló también que en otros ámbitos, tales como la privación de la patria potestad, se tienen en cuenta criterios de naturaleza moral para tomar decisiones respecto a los niños.

Aseguró que no solamente la jurisprudencia ha convalidado la inclusión del concepto de moral social o moral pública como referente al cual el legislador puede acudir para definir situaciones jurídicas, sino que también los tratados públicos internacionales sobre derechos humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo hacen. Por ejemplo, citó el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos9, que en su artículo 1210 permite restringir el derecho de libre circulación cuando la restricción se halle prevista en la ley y sea necesaria para proteger la seguridad nacional, "el orden público, la salud o la moral públicas…". Agregó que la Declaración de los Derechos del Niño indica que el niño gozará siempre de una "protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño." Indicó que de igual manera lo hace el Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño11.

Con fundamento en estas consideraciones, la Sala Plena interpretó que la disposición demandada hacía referencia a la noción de moral social, la cual consideró había sido bien definida en la sentencia C-404 de 1998, en la que se señaló que es aquella "que prevalece en

cada pueblo en su propia circunstancia", añadiendo que "entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social."12

Entendida de esta forma la expresión "moral", la Corte la declaró ajustada a la Carta, por las siguientes razones: (i) la disposición no impuso ningún sistema moral particular sino que se refería a la moral social o moral pública; (ii) el interés superior del niño debe presidir todo el proceso de adopción, y por tanto, resulta no sólo admisible sino necesario que el Estado verifique la idoneidad moral de quien pretenda adoptar en aras de garantizar a los niños las mayores garantías en cuanto a su desarrollo armónico; (iii) por el contrario, "la entrega del menor a quien desenvuelve su proyecto vital en condiciones morales socialmente repudiadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etc, pone al niño en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica y armónica dentro del entorno socio-cultural en el cual está insertad;, (iv) en el marco de los procesos de adopción, los jueces y las autoridades administrativas deben verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89 del Código de Menor, no desde la perspectiva de sus personales convicciones éticas o religiosas, sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social, en los términos expuestos; (v) el requisito de idoneidad moral garantiza que los padres pueden cumplir a cabalidad con las obligaciones, deberes y derechos impuestos por el ordenamiento; (vi) a pesar de que se presenta una restricción del derecho a la personalidad de quien desea adoptar cuando aquél no comparte esa moralidad pública, los derechos de los niños prevalecen por expresa disposición constitucional; y (vii) incluso a los padres biológicos se les exige cumplir con el requisito de idoneidad moral, por cuanto, según la normativa vigente, un niño puede ser declarado en situación de abandono o de peligro, entre otros eventos, cuando "fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia." (Código del Menor, artículo 31 numeral 5).

En cuanto al cargo del actor y los intervinientes referente a que el requisito de idoneidad moral impedía a las personas con opción sexual diversa adoptar, la Corte señaló en la sentencia C-814 de 2001 que carecería de certeza, por las siguientes razones:

“12. Finalmente, en lo que concierne al requisito de idoneidad moral exigido por la norma sub examine a quienes pretendan adoptar, la Corte encuentra que la disposición no se refiere de manera explícita a la condición de homosexual del solicitante, para indicar que tal condición sea indicativa de la falta de dicha idoneidad. Ésta es una interpretación contraria a su tenor literal, que ha sido hecha por algunos de los intervinientes dentro del presente proceso y no por el demandante. Por lo cual la Corte no entra a analizar el punto, dado que no (sic) éste no ha sido el cargo de la demanda, y que incluso si lo hubiera sido, una demanda estructurada sobre el supuesto de regulaciones no contenidas en las disposiciones acusadas debe ser rechazada por ineptitud sustancial, conforme reiterada jurisprudencia lo ha señalado con anterioridad, indicando que ello equivale a demandar un contenido regulatorio implícito en la norma o deducido por el actor, respecto del cual se pretende demostrar su inconformidad con la Constitución” (énfasis fuera del texto).

1. Esta interpretación es reforzada por la Resolución 3748 del 6 de septiembre de 2010 “Por la cual se expide el Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia”, la cual define el requisito de idoneidad moral y enumera los casos en que éste no se encuentra comprobado, en los siguientes términos:

“Idoneidad Moral. Está referida a la noción de moral social o moral pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética. Esta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio (País) y es aceptada como norma ética de convivencia.

Al Estado pluralista no le son indiferentes los antecedentes de comportamiento de quien pretende hacerse cargo de un niño, niña o adolescente, en calidad de padre o madre del mismo. El principio del interés superior que preside todo proceso en el que estén involucrados los niños, niñas o adolescente, impone al legislador asumir medidas que garanticen la efectividad de dicho principio.

La ley, a través de estas exigencias, pretende lograr que quien adopta sea en realidad alguien que esté en posibilidad de ofrecer al niño, niña y adolescente las mayores garantías en cuanto a su desarrollo armónico, y en este sentido, una persona que presenta antecedentes de un comportamiento acorde con la moral social, asegura al Estado en mejor

forma que la educación del niño, niña y adolescente se llevará a cabo de conformidad con dichos criterios éticos, lo cual, sin duda, redundará en la adaptabilidad del niño, niña y adolescente al entorno social y en la posibilidad de llevar un proyecto de vida armónico con el de los demás. Por el contrario, la adopción de un niño, niña y adolescente a quien desenvuelve su proyecto vital en condiciones morales socialmente cuestionadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etc., pone al niño, niña y adolescente en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica y armónica dentro del entorno socio-cultural en el cual está insertado.

Por consiguiente, la evaluación sobre la idoneidad moral de quien pretende adoptar, no puede ser hecha desde la perspectiva de sus personales convicciones éticas o religiosas, sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social.

Por tanto, no hay idoneidad moral en los siguientes casos:

– La persona/cónyuges/compañeros permanentes que tenga(n) problemas de alcoholismo o drogadicción.

– La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tales como: acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de 14 años o incapaz.

– La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad individual tales como: inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, estimulo a la prostitución de menores, pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, trata de personas.

– La persona/cónyuges/compañeros permanentes no provea(n) alimentos a sus hijos biológicos y/o adoptivos.

– La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes de violencia intrafamiliar.

– La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes penales y, habiendo

cumplido la condena, se establezca que puedan implicar riesgo para el adoptable.

– La persona/cónyuges/compañeros permanentes que hayan incurrido en la vulneración de los derechos de protección los niños, niñas y adolescentes, previstos en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.

Esta idoneidad se establece con el estudio de las condiciones psicosociales y el certificado de antecedentes judiciales (penales) y con otro tipo de certificaciones como historia de contravenciones o infracciones menores."

1. Falta de certeza, por cuanto las pretensiones de los demandantes no guardan relación con el precepto demandado

Además de que los cargos se estructuran a partir de una interpretación subjetiva que los demandantes hacen de la expresión acusada, la Sala observa que sus pretensiones –declarar que es inconstitucional que las parejas del mismo sexo no puedan adoptar- no se lograrían con la declaración de inexequibilidad de la expresión "moral", sino que versan sobre otras expresiones y preceptos diferentes no censurados en esta oportunidad, lo cual confirma la falta de certeza de los argumentos.

1. La Corte ha sido enfática en señalar que el demandante debe atacar el aparte de la disposición de la cual se deriva la supuesta inconstitucionalidad y no otra diferente, por cuanto el control por vía de acción pública de inconstitucionalidad no es oficioso. Por esta razón, el artículo 6 del decreto 2067 de 1991 ordena que las demandas deben ser inadmitidas, entre otras razones, cuando el magistrado sustanciador considere que "no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en si mismo no sea inocuo".

En este sentido, en la sentencia C-447 de 199713, se manifestó: "(…) no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido

demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra una norma legal (…)".

Con fundamento en estas consideraciones, la Corporación se ha declarado inhibida o ha confirmado el rechazo de una demanda cuando se pretende atacar una presunta consecuencia inconstitucional que no se deduce del contenido normativo atacado sino que proviene de una disposición no censurada en el escrito de la demanda.

Por ejemplo, en el auto 107 de 200514, la Sala confirmó el rechazo de una demanda de inconstitucionalidad por cuanto el demandante deducía efectos que en realidad provenían de una disposición no demandada, relacionada con la facultad de las empresas sociales del Estado de contratar con terceros. Consideró la Sala:

"Ello significa que es una norma distinta de la acusada la que puede facultar a las empresas sociales del Estado del nivel territorial para cumplir sus funciones a través de contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o mediante operadores externos, y que, por tanto, la que se examina, por no contemplar dicha facultad, no tiene los efectos inconstitucionales que le atribuye el demandante en relación con el empleo y la carrera administrativa.

Por consiguiente, el contenido normativo impugnado por el demandante no es real o cierto, y sólo es una deducción subjetiva de aquel, defecto éste que por no haber sido corregido en el escrito de corrección de la demanda genera el rechazo de la misma."(Resaltado fuera del texto)

Luego en la sentencia C-922 de 200715, la Corporación se declaró inhibida, por falta de certeza, frente a ciertos cargos presentados contra el artículo 17, numeral 2°, de la ley 797 de 2003 respecto de la supuesta falta de precisión en el otorgamiento de las facultades extraordinarias al Presidente de la República, en razón a que de esta disposición no se desprendía la inconstitucionalidad alegada. Dijo la Corporación:

"En cuanto a la certeza, los cargos gozarán de ésta siempre y cuando se realicen sobre una proposición jurídica presente en el ordenamiento jurídico, que ataquen la norma acusada y no otra no mencionada en la demanda; así entonces, los cargos no pueden inferir

consecuencias subjetivas de las disposiciones demandadas, ni extraer de éstas efectos que ellas no contemplan objetivamente. En últimas, los cargos serán ciertos si las proposiciones jurídicas acusadas devienen objetivamente del "texto normativo". (Resaltado fuera del texto)

En igual sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-1084 de 200816. En aquella oportunidad, la Corporación se declaró inhibida frente a una demanda presentada contra el artículo 53 (parcial) de la ley 1151 de 2007, debido a que los argumentos deducidos por el actor relacionadas con la integración del transporte masivo, no se desprendían de la disposición cuestionada sino de las definiciones de la ley 1151 de 2007, no atacadas por vía de la acción pública. Señaló la Sala:

"Por el contrario, el cargo no cumple el requisito de certeza cuando el actor deduce una proposición que no ha sido expresamente suministrada o no surge de la intención del legislador al regular determinados supuestos, pues no sólo resultaría absurdo ejercer el control sobre una norma inexistente, sino que desnaturalizaría el carácter rogado de la acción, el hecho de que la Corte decida 'reemplazar su contenido y fundamentos o extenderla más allá de lo que exige una integración normativa razonable y necesaria'17 o que, para iniciar el control de constitucionalidad, el juez le haga decir a la norma algo que no lo dice.

Así las cosas, es claro que el cuestionamiento sobre la existencia de empresas privadas que prestan el servicio colectivo y la manera como se integran al sistema de transporte masivo no se deriva de los textos acusados sino de la definición que el artículo 53 de la Ley de Plan Nacional de Desarrollo (segundo inciso) hace del subsistema de transporte complementario, lo cual, como se evidencia en los antecedentes de esta providencia, no fue objeto de demanda. Luego, es evidente que el supuesto del cual parten las acusaciones formuladas por el demandante no recae sobre el texto normativo acusado sino sobre otra disposición que no fue impugnada." (Resaltado fuera del texto)

1. Estas referencias muestran que en el presente caso, la demanda no cumple con el requisito de certeza por una razón adicional, como lo señaló el Procurador: la pretensión de los demandantes, ésta es, que la Corte declare la inconstitucionalidad de la imposibilidad de

que las parejas del mismo sexo puedan adoptar, no se lograría con la inexequibilidad de la expresión “moral” del artículo 68 de la ley 1098 de 2006, sino que requiere el examen de otras disposiciones e incluso apartes del mismo precepto que los accionantes debieron atacar y no lo hicieron.

RESUELVE

ÚNICO: INHIBIRSE para proferir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de la expresión “moral” contenida en el inciso primero del artículo 68 de la ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con aclaración de voto

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

Magistrado (E)

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Aclaración de voto de la Magistrada

María Victoria Calle Correa

a la Sentencia C-710/12

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMA SOBRE ADOPCION EN EL CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Procedencia de la inhibición frente a regla no prevista en el texto legal demandado (Aclaración de voto)/IDONEIDAD MORAL COMO REQUISITO PARA ADOPTAR-Orientación sexual de adoptante no constituye criterio para definirla (Aclaración de voto)/ORIENTACION SEXUAL-No constituye criterio aceptable para justificar tratos diferentes (Aclaración de voto)

Comparto la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-710 de 2012, en la que resolvió inhibirse de pronunciarse de fondo sobre la acción de inconstitucionalidad presentada contra parte del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, en que se formulaba un cuestionamiento en contra de una regla jurídica que no se encontraba contenida en el texto legal demandado, y en la cual reiteró que ninguna orientación sexual, en sí misma considerada, es un criterio para definir la idoneidad moral para adoptar o no. A la luz de la jurisprudencia constitucional, es evidente que ninguna norma legal vigente establece que el requisito de la idoneidad moral de una persona para adoptar, se puede establecer con base en su orientación sexual; en otras palabras, la idoneidad moral para adoptar no depende de la orientación sexual de la persona.

ORIENTACION SEXUAL E IDONEIDAD MORAL-Conceptos independientes (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-8916

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Demandantes: Sergio Estrada Vélez y otros.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Comparto la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-710 de 2012, en la cual se reiteró que ninguna orientación sexual, en sí misma considerada, es un criterio para definir la idoneidad moral para adoptar o no. Cada caso concreto requiere ser estudiado y considerado de forma particular. En tal medida, una acción de inconstitucionalidad que acusa a la ley civil de obstaculizar a las personas de cierta orientación sexual la posibilidad

de adoptar a un menor, al exigir el requisito de idoneidad moral, delata un contenido normativo supuesto, no una regla jurídica que exista dentro del ordenamiento vigente. Por ello, comparto la decisión unánime de la Sala Plena, que resolvió inhibirse de pronunciarse de fondo sobre la acción de inconstitucionalidad presentada contra parte del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, "por la cual se expide le Código de la Infancia y la Adolescencia". Tal como se sostuvo, se presentó un cuestionamiento constitucional en contra de una regla jurídica que no se encuentra contenida en el texto legal demandado. A continuación explico en detalle mi posición.

1. La sentencia C-710 de 2012, que acompaño, reconoce que la ley civil contempla obstáculos a la adopción por parte de parejas de personas del mismo sexo. Pero a la vez, reconoce que estos obstáculos no se derivan de la exigencia legal de 'idoneidad moral' suficiente para asegurar una familia adecuada y estable al menor (art. 68 de la Ley 1098 de 2006). Tales obstáculos normativos no se encuentran pues, contemplados en la norma legal acusada.

2. Como lo indica la Sala Plena en la sentencia (C-710 de 2102), desde el inicio de la jurisprudencia constitucional se ha decidido que el requisito de idoneidad moral como presupuesto para optar a la adopción no es una medida discriminatoria por razones de sexo, pues de ninguna manera, la idoneidad moral implica establecer la orientación sexual de los aspirantes.

2.1. Como lo resalta la mayoría de la Sala de la Corporación, la sentencia T-290 de 1995 es la decisión judicial que ha definido la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional sobre la cuestión.19 En esa ocasión, se decidió que la Administración (el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) no había violado el derecho a la igualdad del accionante, por cuanto la decisión de negarle la solicitud de adopción que había presentado no se fundó en su orientación sexual (en el caso, homosexual), como él lo había reclamado y denunciado en su acción de tutela. La Sala de Revisión de la Corte, unánimemente, consideró en aquella ocasión que la decisión de la Administración de negar la solicitud de adopción se había fundado en criterios objetivos y razonables, y en un estudio y análisis de las condiciones específicas del hogar del accionante.20

2.2. La decisión de la sentencia T-290 de 1995 coincidía con el precedente que en tal sentido

había establecido otra Sala de Revisión de la Corte Constitucional el año anterior. En la sentencia T-539 de 199421 se había decidido que retirar de la programación de la televisión de señal abierta, un comercial con la imagen de dos hombres besándose, no supone una restricción a la libertad de expresión ni un trato discriminatorio por razones de orientación sexual, si se hace con base en razones objetivas y razonables [definiendo condiciones de modo, tiempo y lugar]. La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, confirmó la decisión de los jueces de instancia de negar las acciones de tutela analizadas, por considerar que la administración, a través del Consejo Nacional de Televisión había tomado una decisión razonable. Se había considerado, entre otras razones, los derechos de los menores que estarían frente al televisor dada la hora, los cuales podrían verse afectados ante el alto contenido erótico de la publicidad presentada. Se indicó que "[no] se requiere ser sicólogo ni tampoco experto en publicidad para apreciar que se trata de una sucesión de imágenes de carácter marcadamente erótico, y por ende muy cuestionables para ser presentadas a un público heterogéneo, como es el público televidente, entre el que se cuentan, en alta proporción, niños y adolescentes." Para la Sala de Revisión los criterios objetivos en los que se fundó la decisión no se fundaban en la orientación sexual de manera definitiva.

No obstante, en aquella oportunidad (T-539 de 1994) la jurisprudencia constitucional dejó en claro que si una decisión de la Administración tiene como fundamento para dar un trato diferente a las personas de cierta orientación sexual, únicamente esta condición, se trata de una medida fundada en un criterio sospechoso de establecer un trato discriminatorio. Dijo la Corte al respecto: "[…] los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia. Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. Si los homosexuales adoptan una conducta diferente, a la de los heterosexuales no por ello jurídicamente carecen de legitimidad. En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual."22 Los Magistrados que acompañaron con su voto la sentencia,

aclararon que los tratos diferentes a las personas con base en su orientación sexual no son aceptables bajo el orden constitucional vigente. Advirtieron además que ninguna afirmación de la sentencia T-539 de 1994 puede dar a entender que es constitucionalmente aceptable tratar a las personas homosexuales como seres distintos a la generalidad del resto de seres humanos.23 Tal supuesto está proscrito del orden constitucional vigente.

2.3. Años después, la jurisprudencia constitucional reiteró en la sentencia C-814 de 2001,24 que toda persona puede tener idoneidad moral para adoptar, sin importar cuál sea su orientación sexual. Como lo reconoce ahora la Corporación (sentencia C-710 de 201225), "no es cierto que en la sentencia C-814 de 2001, la Corte haya establecido un nexo entre falta de idoneidad moral y homosexualidad […]". Por el contrario, el texto de la sentencia evidencia que para la Corporación ningún tipo de orientación sexual, por sí sola, puede servir para establecer o determinar la idoneidad moral de una persona para adoptar. La mera lectura de la norma vigente en aquel momento, sostuvo la Corte, evidenciaba que la norma acusada no hacía referencia a la orientación sexual de las personas.26

2.4. Esta posición jurisprudencial a la que se ha hecho referencia ['toda persona puede tener idoneidad moral para adoptar, sin importar cuál sea su orientación sexual'] ha sido reiterada recientemente de forma unánime y pacífica, por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional. En la sentencia T-276 de 2012 –cuyo Magistrado ponente, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub es el mismo ponente del proceso de constitucionalidad de la referencia–, se decidió que la Administración pública (el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) viola los derechos fundamentales de un menor, en especial, su derecho a no ser separado de su familia, cuando lo aleja de la persona que lo adoptó únicamente en razón a su orientación sexual diversa (ser homosexual, en este caso), y lo ubica en un hogar sustituto.27 Adicionalmente, consideró que tal acto viola los derechos de la persona adoptante a no ser separada de su familia.

La protección que dio la sentencia T-276 de 2012 al derecho a no ser separados de su grupo familiar, adquiere especial relevancia luego de lo establecido unánimemente por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, según la cual, los grupos familiares constituidos por personas de orientación sexual diversa, como los son las parejas de personas del mismo sexo, son familias en sentido constitucional y, por tanto, merecen igual respeto, protección y garantía de sus derechos.28 En la sentencia T-276 de 2012 se

protegió el derecho de una familia conformada por un hombre y sus dos hijos adoptados, a no ser separada. La orientación sexual diversa no es, de forma autónoma, un criterio que permita determinar la idoneidad moral de una persona para adoptar. En especial, cuando la Administración adelantó adecuadamente un proceso de evaluación de la idoneidad moral de una persona para adoptar, y había concluido que sí cumplía dicho requisito. Adicionalmente, en el caso concreto no se había tenido en cuenta la opinión de los menores respectivos, los cuales querían seguir conviviendo en familia, con su padre adoptivo.

En síntesis, de acuerdo con la sentencia T-276 de 2012, la Administración (el ICBF) no puede separar una familia por considerar que una persona carece de idoneidad moral para adoptar (i) fundándose únicamente en su orientación sexual –un criterio sospechoso de clasificación– y (ii) sin respetar el debido proceso que se ha de adelantar para llegar a tal conclusión, en especial, el requisito de tener en cuenta la posición y la voluntad de los menores.

3. La sentencia C-710 de 2012 retoma entonces, una posición jurisprudencial fijada desde el año 1995 y reiterada en varias ocasiones, siendo la más reciente de éste mismo año (la sentencia T-276 de 2012). En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia constitucional, es evidente que ninguna norma legal vigente establece que el requisito de la idoneidad moral de una persona para adoptar, se puede establecer con base en su orientación sexual. Basta una interpretación textual de la normatividad legal vigente, como dice la Sala Plena, para concluir que la idoneidad moral para adoptar no depende de la orientación sexual de la persona. Es tal la evidencia de esta conclusión, que la Sala Plena consideró que frente al cargo, debía declararse incompetente para abordar de fondo la cuestión, ya que la regla legal acusada no existe, es tan sólo supuesto.

Coincido con la sentencia C-710 de 2012, cuando advierte que los obstáculos que existen en la ley para que las parejas de personas del mismo sexo puedan adoptar, no se derivan del requisito de idoneidad moral. Por supuesto que la falta de idoneidad moral es un criterio para no dar un menor en adopción, sin importar la orientación sexual de la persona que lo solicite.

En tal sentido aclaro el voto con el cual acompaño la decisión adoptada por esta Corporación en la sentencia C-710 de 2012.

Fecha ut supra.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

1 Dice la citada norma: “Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.”

2 Vladimiro Naranjo Mesa

4 De forma excepcional, y a partir de la jurisprudencia constitucional y con base en un análisis armónico de la legislación aplicable, ha admitido la posibilidad de solicitar la nulidad de las sentencias proferidas por la Corte, incluso con posterioridad al fallo o de manera oficiosa. Ha sustentado esta posibilidad en que las decisiones judiciales que adopta esta Corporación, en tanto expresiones del poder de administrar justicia y, de manera más amplia, de la actividad del Estado, deben contar con mecanismos judiciales de control en los casos excepcionales en que contradigan los postulados propios del derecho al debido proceso. Ver autos 050 de 2000 y 062 de 2000.

5 Fol. 57.

6 Sentencia C-871 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

7 M.P Jorge Arango Mejía.

8 Dentro de las consideraciones que la Corte tuvo en cuenta para denegar la solicitud de amparo del pretendiente adoptante, vale la pena resaltar las siguientes que a continuación se transcriben: “Derecho del actor a la igualdad: José Gerardo Córdoba asegura que fue su

homosexualidad el único factor que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tuvo en cuenta para declarar a la niña en estado de peligro y asignar su custodia a terceros. Sin embargo, ello resulta contraevidente según los hechos antes reseñados y las pruebas testimoniales aportadas, de los cuales se deducen datos como los siguientes:

– El lugar de residencia habitual del actor, que sería el medio social en el que crecería la menor viviendo a su lado, se circunscribe a la zona de tolerancia de la ciudad de Pasto. La Comandante de la Policía de Menores, Teniente Yolanda Arteaga Arévalo, declaró que "esta zona donde residía la menor es una de las zonas rojas del Municipio y, tal vez, una de las más graves ya que allí se presentan toda clase de delitos; …". Respecto de la residencia donde inicialmente fue encontrada la menor, sostuvo que "…esta residencia había sido sellada, sin embargo estaba funcionando, al parecer la sellaron por el mal estado en que se encontraba porque eran unas condiciones infrahumanas para que viviera cualquier persona".

– La vivienda de la menor consistía en un cuarto de tamaño mínimo, desaseado y oscuro, donde convivían hacinados el actor, su madre y la menor. En el mismo cocinaban con una estufa de petróleo.

– Existen serios motivos para creer que el amigo o compañero del actor se embriaga con frecuencia. Esto constituye un mal ejemplo para la menor, por parte de una persona que, por tener una relación estable con el actor desde hace muchos años y por contribuir en la crianza y manutención de xx, también hacía parte de su ambiente familiar."

9 Aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968

10 Artículo 12. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él. Y a escoger libremente en él su residencia. …3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden publico, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos n el presente Pacto.

11 Aprobada mediante la Ley 12 de 1991.

12 En esta ocasión la norma demandada era el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, que

dispone: ” La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. La Corte declaró la constitucionalidad de esta disposición bajo el entendido que la expresión “moral cristiana” significa “moral general” o “moral social”.

13 M.P. Alejandro Martínez Caballero

14 M.P. Jaime Araujo Rentería

15 M.P. Jaime Araujo Rentería

16 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

17 Sentencia C-422 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis

18 Inducir al juez al error.

19 Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz; AV Carlos Gaviria Díaz). En su aclaración de voto, el Magistrado ponente quiso insistir en que “[…] el comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño.”

20 Para la Sala de Revisión, a partir del expediente, era evidente que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no se había fundado en la orientación sexual del accionante, indicó que “[…] el I.C.B.F. tuvo razones objetivas suficientes para decretar las medidas de protección que consideró necesarias en favor de la menor xx, y que su actuación no fue arbitraria ni se debió a prejuicio de sus funcionarios respecto de la sexualidad del señor Córdoba”

21 MP. Vladimiro Naranjo Mesa, (AV. Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell).

22 Corte Constitucional, sentencia T-539 de 1994 (MP Vladimiro Naranjo Mesa, AV Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell). La Sentencia puntualizó “[…] la Corte reitera que el espíritu de la Constitución es de armonía y de respeto por todas las manifestaciones de la cultura. Es cierto que el rechazo que existe hacia los homosexuales es injustificado bajo el marco de una filosofía de comprensión y tolerancia, como la que inspira la Carta de 1991. Los

dogmatismos están proscritos, y en su remplazo hay un respeto absoluto por las posturas minoritarias, mientras éstas no afecten el orden jurídico y los derechos de los demás. En la sociedad contemporánea se ha abierto espacio a la tolerancia y la comprensión hacia las posturas contrarias. De ahí que, como se ha dicho, los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo (Art. 13 C.P.) y que el derecho a la intimidad esté protegido y tutelado por nuestro Estado social de derecho (Art. 15 C.P.).”

23 Dos de los tres Magistrados que apoyaron la sentencia T-539 de 1994 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), los Magistrados Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell, aclararon su voto, indicando que acompañaron la decisión, bajo el entendido de que en modo alguno la orientación sexual ‘homosexual’ pueda ser un motivo en sí mismo para establecer tratos diferentes. Dijeron al respecto: “La condición de homosexual no desvirtúa la calidad de ser humano, dotado de dignidad. Todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución son aplicables a la persona humana, independientemente de su conducta sexual. || En consecuencia, toda consideración basada en la conducta sexual como factor de desigualdad, lleva en sí el germen de la discriminación. La Corte, por este motivo, no debe hacer análisis que partan del supuesto de tratar a los homosexuales como seres distintos a la generalidad de los humanos. || Por lo dicho, resultan extrañas al fallo todas las motivaciones diferentes a la improcedencia de la acción de tutela, por tratarse de un acto administrativo, en relación con el cual hay un medio judicial alternativo de defensa. Bastaba esta razón para denegar la tutela demandada. Todo lo demás era impertinente.”

24 Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra, SV Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett.).

25 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, (AV. María Victoria Calle Correa).

26 En la sentencia C-814 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, SV. Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett), se resolvió, entre otras cosas, “declarar EXEQUIBLE la palabra ‘moral’ contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.” La Corte

consideró al respecto: “Finalmente, en lo que concierne al requisito de idoneidad moral exigido por la norma sub examine a quienes pretendan adoptar, la Corte encuentra que la disposición no se refiere de manera explícita a la condición de homosexual del solicitante, para indicar que tal condición sea indicativa de la falta de dicha idoneidad. Esta es una interpretación contraria a su tenor literal, […]”.

27 Corte Constitucional, sentencia T-276 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, AV Luis Ernesto Vargas Silva); se resolvió, entre otras cosa: “DEJAR SIN EFECTO todas las resoluciones dictadas en el marco del proceso de restablecimiento de derechos adelantado por el ICBF en relación con los niños AAA y BBB, y ORDENAR la entrega definitiva de la custodia de los niños AAA y BBB, a XXX, su padre adoptivo”. El Magistrado Vargas Silva aclaró su voto para presentar argumentos adicionales que, a su juicio han debido ser incluidos en la sentencia, como analizar con mayor detalle la violación de los derechos del padre adoptivo.

28 Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva; SPV María Victoria Calle Correa). Dijo la Corte al respecto: “Así las cosas, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que, además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituya familia. || Los lazos del afecto están presentes en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia y que, existiendo entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación de permanencia, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado.”