

#### ADOPCION-Concepto

La adopción es el procedimiento que establece la relación legal de parentesco paterno o materno filial entre personas que biológicamente no lo tienen.

#### ADOPCION-Incorporación familiar

Las consecuencias inmediatas de la adopción, consisten en establecer la relación de padre o madre a hijo. Pero más allá de ello, es también una forma de incorporar al adoptivo a la familia del adoptante. En efecto, el adoptado entra a formar parte de tal familia, en cuanto la adopción establece el llamado parentesco civil, que se da no sólo en relación con quien adopta, sino también respecto de los parientes consanguíneos y adoptivos suyos. Desde este punto de vista, es decir en cuanto el adoptivo entra a formar parte de la familia del adoptante, la adopción satisface el derecho constitucional reconocido a todos los niños en el artículo 44 superior, de tener una familia y de no ser separado de ella, en aquellos casos en los cuales sus padres biológicos no pueden hacerse cargo de ellos. Y a través de la incorporación del adoptado a la familia del adoptante, se garantiza también todo el plexo de derechos reconocidos al menor de cuya eficacia el primer responsable es el padre. Por eso, la ley define la adopción como una “medida de protección” que se establece en favor del menor.

#### ADOPCION-Finalidad

Es, hoy en día, una institución concebida en beneficio del menor adoptable y para su protección. La adopción si bien permite que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, posibilitándoles a ellos el ejercicio de varios derechos como el conformar una familia, el del libre desarrollo de la personalidad, etc., no persigue prioritariamente este objetivo, sino el de proteger al menor de la manera que mejor convenga a sus intereses, aplicando en ello el artículo 44 de la Carta.

#### INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

MORAL SOCIAL-Alcance

ADOPCION-Idoneidad moral

ADOPCION-Respeto del principio de moralidad

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Razones de moralidad pública

MORAL SOCIAL-Referente para definir situaciones jurídicas

MORAL SOCIAL-Convalidación por tratados internacionales

MORAL SOCIAL-Referente legislativo para definir situaciones jurídicas/MORAL SOCIAL-Referente legislativo para restringir ejercicio de libertades

DERECHO-Influencia de la regla moral

MORAL Y DERECHO-Relación

DERECHOS FUNDAMENTALES-Límites por razones de moralidad pública/MORAL SOCIAL-Objeto jurídico protegido

ADOPCION-Idoneidad moral

La exigencia de idoneidad moral hecha por el artículo 89 del Código del Menor a quienes pretenden adoptar, no desconoce la Constitución, bajo el entendido de que dicha exigencia debe entenderse como referida a la noción de moral social o moral pública, en los términos anteriormente comentados, y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno ético, a los que el juez pudiera estar en libertad de acudir según sus personales convicciones, para definir la suficiencia moral del solicitante.

ESTADO PLURALISTA-Antecedentes personales/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección/ADOPCION-Requisitos de idoneidad

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN LA ADOPCIÓN-Formación moral

ADOPCION-Verificación rigurosa de cumplimiento de requisitos de idoneidad

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE MORALIDAD SOCIAL

ABANDONO DEL MENOR-Requisitos de aptitud moral

ADOPCION-Condición de homosexualidad no indicativa de falta de idoneidad

FAMILIA-Métodos de interpretación para determinar constitución

FAMILIA-Constitución por vínculos naturales o jurídicos

FAMILIA-Naturaleza heterosexual y monogámica

FAMILIA-Fundada por hombre y mujer

ADOPCION CONJUNTA-Convivencia ininterrumpida

SENTENCIA INTEGRADORA POR OMISION LEGISLATIVA DISCRIMINATORIA

ADOPCION CONJUNTA-Concesión/ADOPCION-Imposibilidad del legislador de autorizarla para homosexuales

Referencia: expediente D-3378

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 (parciales) del Decreto Ley 2737 de 1989, "Código del Menor".

Actor: Luis Eduardo Montoya Medina

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, 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

### I. ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina, actuando en nombre propio, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241 numerales 4º y 5º de la Constitución Política, demandó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de la expresión “moral” contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989 “por el cual se expide el Código del Menor”, y el numeral 2º del artículo 90 del mismo estatuto, por considerarlos violatorios de la Carta Fundamental en sus artículos 5, 13, 16, 42, 44, 45 y 67.

### II. NORMAS DEMANDADAS

Se transcribe a continuación el texto de las disposiciones acusadas, con la advertencia de que se subraya lo demandado:

#### “DECRETO 2737 DE 1989

Por el cual se expide el Código del Menor

“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.

El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad, en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el artículo 91 del presente código.”

“1. Los cónyuges

“2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia

ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior.”

### III. LA DEMANDA

#### 1. Cargos contra el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989

Para el impugnante resulta inconstitucional el hecho de que en el artículo demandado se exija, como requisito para conceder a un menor en adopción, que los aspirantes a padres adoptantes demuestren idoneidad “moral” suficiente. Ello constituye una violación al espíritu pluralista y liberal de la Carta Política de 1991, el cual no impone ningún tipo de moral para los habitantes de Colombia.

Así, sostiene que en ejercicio del derecho a la adopción, 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 -dice-, no hay razón plausible que obligue a quien tramita una solicitud de adopción, a optar o inclinarse por una moral especial, pero mucho menos por la del funcionario encargado de tramitar la adopción.

Sostiene así mismo, que impedirle a una persona por razón de su conducta moral que adelante un proceso de adopción, es formular un reproche en contra de su opción de vida, lo cual resulta discriminatorio frente a los padres biológicos, a quienes jamás se les impone ningún requisito moral para procrear.

#### 2. Cargos contra el artículo 90 del Decreto 2737 de 1989

El impugnante considera que el numeral 2º del artículo 90 acusado es inconstitucional porque establece una discriminación en contra de las parejas homosexuales, al prohibirles adelantar procesos de adopción. Esta prohibición quebranta el derecho que tienen los homosexuales a ser tratados de manera similar que los heterosexuales.

Sobre este particular, agrega que la opción sexual hace parte del espectro de la dignidad de la persona, dignidad que se desconoce con la interpretación del artículo 42 de la Carta según la cual, las relaciones matrimoniales y maritales sólo se configuran con personas de diferente sexo.

Sostiene que la posición jurisprudencial de admitir los derechos homosexuales de manera individual y de negarlos en cuanto a la vida de pareja, debería modularse para permitirle la adopción a las parejas homosexuales, en aras de evitar el tratamiento discriminatorio.

Señala que tanto en la legislación nacional como en la internacional, los derechos de los niños tienen primacía sobre los derechos de los demás, y que la normatividad tiene previsto un gran número de normas destinadas a proteger esos derechos frente a posibles agresiones. Al respecto, asegura que no se ve la razón por la cual se impida a priori ejercer la adopción por parte de las parejas homosexuales si se encuentra comprobado que tales agresiones también provienen de padres heterosexuales. Para el demandante, esta posición legal constituye un prejujuamiento a partir de premisas equivocadas, peligrosas y subjetivas, que desconocen la igualdad de tratamiento para las parejas homosexuales.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. Intervención del grupo “Rostros y Huellas”.

En representación del equipo pedagógico denominado “Rostros y Huellas”, intervino en el proceso el ciudadano Buen Erges Vargas Chaparro para solicitar a la Corte que declare contraria a la Carta la prohibición de adopción para las parejas homosexuales, al sostener que la orientación sexual hace parte del libre desarrollo de la personalidad, que no puede ser calificada jurídicamente desde el punto de vista moral y que no indica, por sí misma, una falta de idoneidad en el desarrollo de la paternidad o de la maternidad, frente a la posibilidad con que cuentan las parejas homosexuales para adoptar menores.

##### 2. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

Representado por el ciudadano José Camilo Guzmán Santos, el Ministerio de la referencia solicitó a la Corte, declarar exequibles las normas demandadas. A juicio del interviniente, el artículo 89 del Decreto 2737 se ajusta a los preceptos de la Constitución Política porque, aunque la Carta fundamental del 91 promueve principios de pluralismo y de respeto por la dignidad humana, también establece la necesidad de incorporar criterios dependientes de la moral social, como mecanismos necesarios para garantizar una convivencia libre, digna y respetuosa.

Así, la exigencia de cierta idoneidad moral de los padres para proceder a conceder en adopción a un menor no constituye la imposición de un particular criterio moral, sino del seguimiento de patrones acordes con la moral social o, lo que es lo mismo, con la moral comúnmente aceptada.

No obstante, dice el interviniente, cuando el reproche moral de quien tramita la adopción se deriva de la condición sexual del pretendiente adoptante, se incurre en una discriminación por sexo que resulta contraria a la Constitución, en cuanto aquella no implica una contravención a la moral social. En efecto, según el Ministerio del Interior, la opción homosexual se encuentra amparada por la Constitución y la jurisprudencia como una expresión legítima del libre desarrollo de la personalidad que no podría ser contraria, per se, a los criterios de moral social. Para el interviniente, sin embargo, este asunto se desprende, no del texto del artículo acusado, sino de sus posibles consecuencias prácticas.

En cuanto a la constitucionalidad del artículo 90 demandado, el ministerio sostiene que el debate en torno a si es conveniente para un menor, ser adoptado por una pareja homosexual o por una heterosexual, no corresponde a una disertación meramente constitucional como quiera que el asunto tiene repercusiones sociales, psicológicas y antropológicas que deben ser tratadas por expertos. Con base en estas consideraciones, el interviniente señala la necesidad de conservar la norma demandada en el ordenamiento jurídico para que, paralela a su vigencia, se promueva un debate democrático en torno a la posibilidad de conceder este derecho a las parejas de un mismo sexo y no se tome la decisión en una sentencia judicial.

### 3. Intervención de la sociedad G & M. De Colombia Abogados

En representación de la sociedad de la referencia, intervino en el proceso el señor Germán Humberto Rincón Prefetti para solicitar la inconstitucionalidad de las normas demandadas.

El coadyuvante de la demanda sostiene: que la opción sexual de los padres no determina la de lo hijos; que la realidad demuestra una mayor responsabilidad frente a los hijos por parte de los padres homosexuales frente a la de los heterosexuales; que la condición sexual no interfiere ni afecta la calidad moral del individuo; que existen muchos padres biológicos homosexuales; que los criterios para adoptar deben atender a otras circunstancias importantes para la vida del menor, pero no al de la sexualidad de los padres, y que las parejas heterosexuales no son, necesariamente, mejores padres que las de los

homosexuales, así como quienes optan por la conducta homosexual no lo hacen como manifestación de una psicopatología, tal como lo han reconocido ampliamente los organismos internacionales que clasifican los desórdenes mentales y las enfermedades humanas.

El interviniente manifiesta que la decisión de la Corte debe estar encaminada a proteger el derecho a la libre expresión sexual de quienes escogieron la opción de la homosexualidad, ya que la misma es una condición humana normal que genera derechos, entre ellos, el de tener una pareja y poder adoptar. La discriminación por razón de la sexualidad, en su sentir, genera procesos de violencia y de marginación que afectan a quienes ostentan la condición de homosexual.

Arguye que las familias de homosexuales existen en la medida en que la Constitución las reconoce como el fruto de una decisión responsable entre dos personas de vivir juntas. Desde el punto de vista social, el interviniente adjunta el concepto de un especialista en el tema quien consigna argumentos en defensa de la constitucionalidad de las familias homosexuales, así como un concepto del ICBF en el que se da cuenta de los diferentes tipos de familia catalogados en la sociedad colombiana. El interviniente incluye una extensa bibliografía sobre el tema.

#### 4. Intervención de la Asociación Trenza

En representación de la referida asociación, el ciudadano Deymir Álvaro Hernández Muñoz intervino en el proceso para coadyuvar los argumentos de la demanda. Al parecer del interviniente, el panorama jurídico colombiano ha venido evolucionando hacia el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales, lo cual ha permitido incluso la formación de matrimonios civiles entre individuos del mismo género. Ello, en concepto de la entidad, conduce a la revalidación del modelo familiar obsoleto que consideraba a ese núcleo social como el integrado únicamente por un hombre y una mujer.

Agrega que la estructura heterosexual de la familia tampoco garantiza, per se, la correcta educación de los hijos y que, en cambio, la formación integral del menor, la disciplina que se le imparta y el amor que se le dé, deberían ser valorados independientemente de la tendencia sexual de los padres adoptantes. Añade que “como consecuencia, va contra todo principio de igualdad medir la moralidad a una persona o a una pareja por su orientación

sexual, por cuanto su orientación sexual corresponde a su libre determinación y/u opción de vida, que ha decidido tomar; la moralidad recordemos, se mide de acuerdo con las experiencias individuales; por ende carece de toda objetividad.”

#### 5. Intervención del ciudadano Luis Alejandro Fernández

Actuando en nombre propio, el ciudadano de la referencia intervino también en el proceso para solicitar que se declaren inconformes con los principios constitucionales, las normas demandadas por el impugnante.

Para el coadyuvante, las normas atacadas constituyen medidas de segregación y marginación en contra de un grupo poblacional que merece el mismo tratamiento que los demás habitantes del territorio. Sostiene que el amor, base del proceso educativo y de la formación de un niño, no es una expresión que provenga exclusivamente de las parejas heterosexuales y que por lo tanto, las medidas presentes, que pretenden restringir la capacidad de adopción a las parejas homosexuales, no consultan la verdadera idoneidad de los padres adoptantes.

#### 6. Intervención de otros ciudadanos

Se adiciona a los memoriales presentados en este proceso, uno suscrito por más de 90 firmantes y encabezado por el ciudadano Rubén Darío Gómez, en el que se consignan algunas reflexiones que pretenden colaborar con los argumentos de la demanda.

Para los firmantes, su condición de personas íntegras, dotadas de calidades morales, éticas y sociales suficientes para realizar actividades de cualquier orden dentro de la sociedad, que no han hecho pública su condición sexual por no considerarlo necesario para el desempeño de sus funciones y el cumplimiento de sus deberes con el Estado, no los convierte en elementos nocivos para la sociedad. Aseguran que el desarrollo de sus potencialidades humanas no depende de su genitalidad, por lo que su dignidad como personas debe anteponerse a su condición sexual, a la hora de definir la constitucionalidad de las normas demandadas.

### V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, solicitó a esta Corporación

declarar la exequibilidad de las normas acusadas, con fundamento en las siguientes consideraciones.

La Vista Fiscal sostiene, en primer lugar, que la condición de moralidad exigida para los padres adoptantes por el artículo 89 demandado no debería ser objeto de reparo constitucional, en tanto la misma se encamina a la protección de los menores y busca garantizar la observancia de principios morales que presuntamente tienen el carácter de universales.

Sobre este punto, señala que la moral adoptada por la Constitución de 1991 se refiere a una moral social o administrativa, pero en manera alguna a un determinado tipo de valoración de los comportamientos que se derive de una concepción ideológica específica o de una tendencia religiosa determinada. Ello se aviene con la circunstancia que el constituyente de 1991 estableció el respeto por la multireligiosidad y suprimió la orientación católica que había sido impuesta por la Carta del 86.

“No hay pues invocada, en la Constitución de 1991, ninguna forma de moralidad religiosa, razón por la cual la referencia que se haya en la ley a la moral, no puede ser hecha en el marco del nuevo ordenamiento constitucional, en nombre de religión alguna, so pena de constituirse dicha referencia en una discriminación en contra de los demás credos o confesiones religiosas.”

De allí que el término moral, dice el Procurador, deba ser interpretado despojado de sus connotaciones ideológicas y en el marco de la concepción pluricultural de un Estado laico. Por ello, continua, la idoneidad moral exigida por el artículo 89 debe ser entendida en relación con la moral pública, de la cual son principios fundantes la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la justicia.

En lo que tiene que ver con la discusión sobre la constitucionalidad del artículo 90 demandado, el señor procurador sostiene que la norma no es discriminatoria de las parejas homosexuales porque apenas se restringe a reconocer el derecho de adopción de las parejas constituidas por un hombre y una mujer que conforman una unión marital de hecho de más de 3 años de duración.

El Ministerio Público advierte que conforme a lo establecido por el artículo 42 de la Carta

Política, la familia se define como la unión jurídica o de hecho entre un hombre y una mujer y que el artículo demandado constituye una reproducción de esta disposición, enfocada desde el punto de vista del derecho de adopción. Por ello, agrega, “mal puede entonces el legislador regular a la pareja, en lo que concierne a la institución familiar, introduciendo otro modelo de pareja como la homosexual, sin desconocer este marco insoslayable trazado por el mismo constituyente”.

Ahora bien -continúa-, el reproche podría configurarse a partir de una supuesta violación al derecho a la igualdad por omisión de la norma, al no incluir a las parejas homosexuales en la regulación de la adopción. No obstante, dice el Procurador, la disposición en comento constituye una reivindicación en favor de quienes, unidos mediante una relación marital de hecho, no se les había reconocido el derecho a la adopción. Por ello no se encuentra justificado que dicho favorecimiento desaparezca por reconocer el derecho de otro tipo de uniones igualmente válidas en la perspectiva de la diversidad cultural, sin que con ello se obtenga lo que pretenden estas últimas.

La expedición de un fallo modulativo que conceda a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar menores, no es permitido en cuanto a que la norma no presenta dificultades interpretativas, pero además implicaría la usurpación de funciones legislativas por parte del tribunal constitucional y el quebrantamiento de las normas superiores sobre la organización del Estado democrático.

## I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### Competencia

1. Por dirigirse la demanda contra normas que forman parte de un Decreto dictado por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, al tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 241 de la Carta, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad.

El problema jurídico que se plantea en la demanda.

2. Respecto de la demanda dirigida en contra del artículo 89 del Código del Menor, el actor aduce que el requisito de “idoneidad moral” del adoptante contenido en dicha norma, es inconstitucional por cuanto en un Estado pluralista y liberal como el que propone la Constitución que nos rige, cada persona tiene el derecho de escoger el tipo de moral que estime conveniente y de comportarse de conformidad con tal opción de vida. Además, aprecia que dicha exigencia de idoneidad moral no se hace a las parejas que van a contraer matrimonio o a procrear un hijo, por lo cual no encuentra que sea legítimo formularla respecto de quienes pretenden adoptar. Sobre este punto, la intervención oficial y la vista fiscal sostienen que la exigencia de idoneidad moral no es per se inconstitucional, toda vez que a pesar de que la Constitución Política es pluralista, no excluye la incorporación jurídica de los preceptos que emanan de la moral social.

Aunque el actor no relaciona la exigencia de idoneidad moral con la condición sexual del adoptante, varios de los intervinientes lo hacen, señalando que al establecer el requisito de moralidad, la ley produce una segregación y una marginación de la población homosexual, la cual sería discriminada no pudiendo llegar a ejercer el derecho a la adopción. En este sentido insinúan que el reproche de falta de idoneidad moral por la condición de homosexual del adoptante resulta inconstitucional, por cuanto esta opción de vida forma parte del espectro de garantías derivadas del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Respecto del artículo 90 del Código del Menor la demanda estima que la regulación de la adopción sólo para parejas formadas por hombre y mujer, es discriminatoria de las parejas homosexuales, las cuales tienen derecho a ser tratadas en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales. Algunas de las intervenciones que coadyuvan la demanda aducen, además, que no está probado que la familia heterosexual sea mayor garantía para los derechos del niño que la familia homosexual. El Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio Público, afirman que la posibilidad de conceder a parejas homosexuales el derecho de adoptar, debe ser definida dentro del contexto de un debate democrático surtido en el Congreso de la República y no a través de un fallo modulativo.

De conformidad con lo expuesto, corresponde a la Corte definir si el legislador puede o no establecer exigencias de carácter moral para efectos de que se conceda un niño en adopción, y si resulta conforme con la Constitución la adopción por parte de homosexuales.

La adopción en la Constitución Política y en el sistema legal colombiano.

3. La adopción es el procedimiento que establece la relación legal de parentesco paterno o materno filial entre personas que biológicamente no lo tienen. Como práctica social universal se conoce desde los tiempos antiguos<sup>1</sup>, y de ella dan cuenta los textos sagrados de varias religiones.<sup>2</sup> La Constitución Política hace referencia expresa a ella en el artículo 42, cuando afirma que “(l)os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, con lo cual puede afirmarse que legitima esta forma de establecer la mencionada relación.

Las consecuencias inmediatas de la adopción, consisten entonces en establecer la relación de padre o madre a hijo. Pero más allá de ello, es también una forma de incorporar al adoptivo a la familia del adoptante.<sup>3</sup> En efecto, el adoptado entra a formar parte de tal familia, en cuanto la adopción establece el llamado parentesco civil, que se da no sólo en relación con quien adopta, sino también respecto de los parientes consanguíneos y adoptivos suyos.<sup>4</sup> Justamente, para garantizar la estabilidad de esta incorporación familiar, el régimen legal colombiano prescribe la irrevocabilidad de la adopción<sup>5</sup>.

Desde este punto de vista, es decir en cuanto el adoptivo entra a formar parte de la familia del adoptante, la adopción satisface el derecho constitucional reconocido a todos los niños en el artículo 44 superior, de tener una familia y de no ser separado de ella, en aquellos casos en los cuales sus padres biológicos no pueden hacerse cargo de ellos. Y a través de la incorporación del adoptado a la familia del adoptante, se garantiza también todo el plexo de derechos reconocidos al menor de cuya eficacia el primer responsable es el padre.<sup>6</sup> Por eso, la ley define la adopción como una “medida de protección” que se establece en favor del menor.<sup>7</sup>

3. Las referencias precedentes a la institución de la adopción, y el estudio de su evolución histórica permiten concluir que ante todo ella es, hoy en día, una institución concebida en beneficio del menor adoptable y para su protección. Dicha historia evidencia como, en su orígenes, la institución buscó garantizar la continuidad del culto a los antepasados en las sociedades primitivas; posteriormente se usó para dotar de heredero al padre adoptante, como sucedía en la legislación española inspiradora del sistema de nuestro Código Civil, en donde se la llamó prohijamiento. Pero en la concepción actual, se entiende que la adopción

es, primordialmente, una medida de protección del menor que no puede ser atendido por sus padres. 8 Por ello, la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera son insistentes y concordes en afirmar que el principio del “interés superior del menor” gobierna todo el proceso mediante el cual el Estado permite su adopción. Este principio, acogido por el Código del Menor en su artículo 20, indica que en dicho proceso, los intereses del menor son los que deben guiar la decisión del juez, quien debe hacer prevalentes tales intereses frente a los de quienes pretenden adoptar.

La Corte se ha encargado de precisar el contenido de este principio, que emana del artículo 44 de la Constitución Política cuando indica que “(l)os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. En efecto, sobre lo que ha de entenderse por el principio del interés superior del menor, ha dicho lo siguiente:

“El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

“Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.

“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio

arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”<sup>9</sup>

En el ámbito del Derecho Internacional Público, la Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, indica en su artículo 3° que “(e)n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” Por su parte, el “Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, aprobado mediante la Ley 265 de enero 25 de 1996, recoge también en forma expresa el principio del interés superior del menor. En el artículo primero de dicho Convenio, se señala como objetivo del mismo, el “establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideraciones al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional.”

La adopción entonces, si bien permite que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, posibilitándoles a ellos el ejercicio de varios derechos como el conformar una familia, el del libre desarrollo de la personalidad, etc., no persigue prioritariamente este objetivo, sino el de proteger al menor de la manera que mejor convenga a sus intereses, aplicando en ello el artículo 44 de la Carta. Por ello, en relación con el principio del interés superior del menor, la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha afirmado que una decisión judicial que se aparte del mismo, resulta ser inconstitucional.<sup>10</sup> Igualmente la jurisprudencia extranjera acoge este principio rector de todos los procesos en los cuales se hacen presentes los intereses de menores, entre ellos los procesos de adopción. <sup>11</sup>

A partir de los anteriores criterios, la Corte examinará los cargos aducidos en la demanda.

El requisito de idoneidad moral exigido a quien pretenda adoptar.

4. El artículo 89 del Código del Menor, exige a quien pretenda adoptar, que “garantice

idoneidad física, mental, moral y social suficiente para administrar hogar adecuado y estable a un menor". Estas mismas calidades se exigen "a quienes adopten conjuntamente".

La incorporación legal de criterios morales para definir situaciones jurídicas, ha sido objeto de examen en varias ocasiones por parte de esta Corporación, tanto en sede de constitucionalidad como en sede de tutela. De manera general, del repaso hecho sobre dicha jurisprudencia puede concluirse que si bien la Corte ha desechado la adopción jurídica de sistemas morales particulares, ha convalidado en cambio la noción de "moral social", como criterio al cual puede acudir el juez constitucional para determinar la conformidad con la Carta de las normas que persiguen la defensa de un principio de moralidad.

Así, la Corporación ha hecho ver que la Constitución no excluye la adopción legal de criterios provenientes de la moral social o moral pública a efectos de considerarlos como referentes a los cuales debe acudir el operador jurídico: En la Sentencia C-224 de 1994<sup>12</sup>, la Corte puso de presente 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". Sostuvo, además, que 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."

El fallo en comento definió el concepto de moral social como "la 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."<sup>13</sup>

Esta misma tendencia respecto de la validez de la inclusión de referentes morales en la legislación, fue acogida en la Sentencia C-404 de 1998.<sup>14</sup> En este fallo la Corte sostuvo:

"A juicio de la Corte, la adecuación del orden jurídico a los mandatos constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales - dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva - en las que pretende operar el ordenamiento. Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas - legales o constitucionales - es

incurrir en la falacia teórica que originó una de las más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social. Justamente, como respuesta a dicha crisis, nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirige. En este sentido, puede afirmarse que el reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad, no sólo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, tal como será estudiado adelante, indagar por el substrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial.

“La Constitución expresamente señala que los derechos de los demás y el orden jurídico limitan el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En tales condiciones, no puede negarse al legislador la atribución de dictar reglas necesarias a fin de preservar el orden público, uno de cuyos componentes esenciales, fuente legítima de restricciones a la libertad y autonomía de los individuos, es precisamente la moral pública. Así, por ejemplo, el legislador está autorizado para restringir, en nombre de ciertos principios de moralidad pública, la libertad negocial de los individuos o impedir o desestimular la realización pública de ciertos comportamientos que, en virtud de tales principios, se consideran privados.<sup>15</sup>

“...toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad. En consecuencia, sólo si la finalidad corresponde verdaderamente a un principio de moralidad pública – en el sentido que se precisa más adelante – y, si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad podrá resultar ajustada a la Constitución.

“...La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional.”<sup>16</sup>

5. La jurisprudencia sentada en sede de tutela, también ha convalidado los criterios morales como referentes a los cuales puede acudir el legislador y el juez de amparo. En lo que

concierno concretamente al requisito de idoneidad moral exigido a las personas que hacen solicitudes de adopción de menores, la Corte, en la Sentencia T-290 de 1995,<sup>17</sup> rechazó la solicitud de amparo incoada por un homosexual quien solicitaba autorización para adoptar a una menor abandonada a quien había cuidado personalmente no obstante no ser su padre. Consideró entonces esta Corporación que el pretendiente adoptante no reunía el requisito de idoneidad moral mencionado. Sin embargo, en esa ocasión no fue la condición de homosexual la que llevó a esa conclusión, sino el ambiente socio cultural en que dicha persona vivía, estimado como inconveniente desde el punto de vista moral, de cara al principio del interés superior menor . Dijo entonces la Corte:

“Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, que en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado Colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos naturales o afectivos. Sin embargo, no es menos cierto que los niños tienen derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, y que a falta de los padres o de las personas legalmente obligadas a dispensarle al menor esta asistencia -como ocurre en este caso con xx- es el Estado el obligado a asumir directamente su cuidado o a confiarlo, mediante la adopción, a personas cuya idoneidad ha de calificar según criterios axiológicos ajustados al orden constitucional. Así se deduce del principio de primacía que la Carta Política dispone en favor de los derechos de los niños (art. 44), y se ha desarrollado legalmente en materia de protección al menor (arts. 3 y 6 del Decreto 2737 de 1989).

“...La Defensora de Familia que actualmente tiene el caso a su cargo expresa que últimamente “se han realizado seguimientos socio-familiares a la residencia y lugar de trabajo de José Gerardo Córdoba y Fidel Martínez (amigo del primero), en donde (sic) sus condiciones de vida económica y morales ... no son las mejores para que la menor xx desarrolle sus potencialidades al lado de estos dos señores”.

“Todo lo anterior conduce a la Sala a descartar la violación del derecho del actor a la igualdad. Resulta evidente 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.”<sup>18</sup>

6. En el mismo sentido del fallo anterior, la Corte, en la Sentencia T-587 de 1998<sup>19</sup> antes citada, 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... En consecuencia, todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso de adopción deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación de los menores y su desarrollo libre y armónico. ”

Y en el ámbito de otros procesos distintos de los de adopción en los cuáles también está presente el principio del “interés superior del menor”, como en aquellos en los cuales se define la custodia de un niño, la Corte ha admitido la restricción de los derechos del padre sobre el menor, por razones de moralidad pública. Así, en la Sentencia T- 503 de 1994<sup>20</sup>, sostuvo que “Los padres deben ser, en efecto, los primeros educadores en la moral de sus hijos, hasta tal punto que el incumplir esta obligación amerita, en algunos casos, la privación de la patria potestad, según la gravedad de la violencia moral.” En sustento de dicha afirmación adujo que “sin moral social no es posible la paz social, puesto que aquella implica la armonía, y la paz consiste en la armonía social. Luego una de las formas más apropiadas como los padres de familia pueden propender por el logro y mantenimiento de la paz, que es un deber de toda persona y de todo ciudadano (Arts. 22 y 95-6), es viviendo -y enseñando con su ejemplo vital- la moral familiar.”<sup>21</sup>

7. Ahora bien, 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, aprobados por Colombia, igualmente lo hacen. Es así como dichos tratados permiten limitar ciertos derechos fundamentales, por razones de moralidad pública. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>22</sup> en su artículo 12<sup>23</sup> 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...”. A su vez, el artículo 18 del mismo Pacto, en su numeral 3°<sup>24</sup> autoriza la

restricción de la libertad de pensamiento, conciencia y religión por las mismas razones, y los artículos 19, 21 y 22<sup>25</sup>, contienen autorizaciones iguales, en relación con la libertad de expresión y de opinión, y los derechos de reunión y de asociación. Otro tanto hacen la Convención americana de derechos humanos<sup>26</sup>, suscrita en San José de Costa Rica, la cual en sus artículos 12, 13, 15, 16 y 22,<sup>27</sup> también permite establecer límites, por razones de moral pública, a las mismas libertades y derechos (libertades de conciencia, religión, pensamiento, expresión, reunión y asociación).

En lo que tiene que ver directamente con los derechos de los menores, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, indica que el menor 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.” De otro lado, el Protocolo facultativo de la Convención sobre derechos del niño<sup>28</sup>, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, explícitamente menciona como motivación del mismo, el hecho que en la Convención sobre derechos del niño se reconozca el derecho de los menores a “la protección contra la explotación económica y la realización de trabajos que puedan ser peligrosos, entorpecer su educación o afectar su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.”

8. La posibilidad de acudir a la moral social o moral pública, noción integrante del concepto superior de orden público, como referente al cual puede acudir el legislador para definir situaciones jurídicas o para restringir el ejercicio de ciertas libertades, ha sido y sigue siendo, ampliamente acogida por la doctrina jurídica universal. Ripert, por ejemplo, evidencia la influencia de la regla moral en el derecho, especialmente en el de obligaciones, cuando dice: “La regla moral puede estudiarse primero en su función normativa, cuando impide el abuso de la forma jurídica, que vendría a utilizarse con fines que la moral reprueba. Contra el principio de la autonomía de la voluntad, la regla moral eleva la necesidad en que están las partes de respetar la ley moral, a necesaria protección debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte. Enseña también que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad de las prestaciones puede ser reveladora de la explotación a los débiles; y siembra la duda en las convenciones que son la

expresión de una voluntad muy poderosa que doblega una voluntad debilitada. Contra el ejercicio ilimitado de los derechos, la regla moral advierte que puede haber injusticia en extremar las prerrogativas de una facultad; que se debe controlar la acción del acreedor nacida del contrato y que liga al deudor hacia él; que el juez debe apreciar con qué ánimo y fin obra el que pretende ejercer u derecho...”<sup>29</sup>

Más contemporáneamente, la Filosofía jurídica también se inclina a considerar que la moral puede considerarse un “máximo ético” y el derecho un “mínimo ético”. Kaufmann, por ejemplo, explica así estos conceptos: “El derecho se dirige, entonces, a un fin moral. Por tal razón, no puede representar, en absoluto, un obstáculo a la libertad existencial; muy por el contrario, representa, hablando al unísono con Kant, “el impedimento de un obstáculo a la libertad y, en consecuencia, la condición de posibilidad de la misma libertad” El derecho puede y tiene que generar –especialmente por medio de la garantía de los derechos humanos- aquella medida de libertad exterior sin la cual la libertad interna, el cumplimiento del deber, no puede desarrollarse. Sin duda, el derecho se restringe, así, a la garantía de las exigencias morales elementales; no puede y no debe dirigir su mirada a las muy empinadas y exigentes costumbres de ethos; de hecho, sólo se lo puede caracterizar como un “mínimum ético”<sup>30</sup>

9. Así pues se tiene que los tratados internacionales relativos a derechos humanos, que por lo mismo conforman el llamado “bloque de constitucionalidad”, consideran válida la limitación de los derechos fundamentales por razones de moralidad pública, y además hacen referencia explícita a la moralidad social como objeto jurídico protegido. La doctrina jurídica clásica y la Filosofía del Derecho contemporánea, igualmente acogen criterios morales como nociones informadoras del orden jurídico. También, la jurisprudencia de esta Corporación, como se vio, ha precisado que dentro de un Estado pluralista y democrático, como el que prefigura la Constitución Política, la ley puede acoger conceptos morales para definir situaciones jurídicas, o para limitar derechos de las personas, pero siempre y cuando tales conceptos hagan referencia a la moral social o moral pública.

A partir de lo anterior, la Corte considera que la exigencia de idoneidad moral hecha por el artículo 89 del Código del Menor a quienes pretenden adoptar, no desconoce la Constitución, bajo el entendido de que dicha exigencia debe entenderse como referida a la noción de moral social o moral pública, en los términos anteriormente comentados, y no a la imposición

de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno ético, a los que el juez pudiera estar en libertad de acudir según sus personales convicciones, para definir la suficiencia moral del solicitante.

En efecto, al Estado pluralista no le son indiferentes los antecedentes de comportamiento de quien pretende hacerse cargo de un menor en calidad de padre o madre del mismo. El principio del interés superior del menor que preside todo proceso en el que estén involucrados los niños, impone al legislador la adopción de medidas que garanticen la efectividad de dicho principio, y la exigencia general de requisitos de idoneidad para adoptar es una de ellas. La ley, a través de estas exigencias, pretende lograr que quien adopta sea en realidad alguien que esté en posibilidad de ofrecer al menor 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 se llevará a cabo de conformidad con dichos criterios éticos, lo cual, sin duda, redundará en la adaptabilidad del menor al entorno social y en la posibilidad de llevar un proyecto de vida armónico con el de los demás. 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 insertado.

Si el artículo 67 de la Constitución Política impone al Estado la obligación de velar por el cumplimiento de los fines de la educación, dentro de los cuales la misma Constitución señala literalmente el de “la mejor formación moral... de los educandos”, debe deducirse que cuando el juez va a confiar un niño a una persona en calidad de padre o madre adoptivo, con la obligación como tal de ser su primer y principal educador, tiene la obligación, emanada de la propia Constitución, de asegurarse de que dicha persona garantiza suficientemente dicho objetivo de formación moral que menciona la Carta. En tal sentido, la disposición acusada desarrolla las normas superiores al ordenar al juez cerciorase de la idoneidad moral de quien pretende adoptar, refiriendo dicha idoneidad al concepto de moral social o moral pública, en los términos mencionados.

La adopción, se ha dicho, es ante todo una medida de protección que se dispensa a un

menor, y que busca satisfacer su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. El proceso que termina entregando un niño en adopción, está presidido por el principio del interés superior del menor. Así las cosas, la ley debe asegurar que el juez, quien dentro del referido proceso representa la autoridad del Estado, vele porque tal interés superior sea realmente observado, para lo cual debe cerciorarse que quien o quienes pretenden adoptar cumplan los requisitos a que alude el artículo 89 del Código del Menor: que se trate de personas capaces que hayan cumplido 25 años de edad, tengan al menos 15 años más que el adoptable y garanticen “idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuado y estable al menor”.

Esta verificación debe ser adelantada con rigurosidad extrema, pues de sus resultados depende la decisión judicial de autorizar o no autorizar la adopción del menor, decisión en la que está comprometida la responsabilidad del Estado de protegerlo, de asegurarle su derecho a tener una familia y de garantizar también todo el plexo de derechos que los padres, en primer lugar, están en la obligación de reconocer a sus hijos: el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, al cuidado y amor, a la alimentación equilibrada, a la educación, a la cultura, al desarrollo armónico e integral, a la recreación y la práctica del deporte. Y aquellos regulados por el Código Civil, como el correcto ejercicio de la patria potestad y de la autoridad paterna, etc. Por lo tanto, las disposiciones que regulan la actividad del juez que decide decretar o no decretar la adopción, deben obligarlo a cerciorarse sobre los requisitos de idoneidad de los que pretenden adoptar, porque así se protege al niño contra la posibilidad futura de sufrir el abandono, la violencia física o moral, el abuso sexual o la explotación económica o laboral. Caros intereses superiores están pues comprometidos en la labor que se le encomienda al funcionario judicial y que el legislador debe regular.

10. De otro lado, la norma que ocupa la atención de la Corte supera el juicio estricto de proporcionalidad a que, según la jurisprudencia<sup>31</sup>, deben someterse las normas que persiguen la defensa de la moralidad pública.

En efecto, la adopción otorga al padre y/o a la madre adoptante los derechos inherentes a la paternidad y la maternidad, e impone las obligaciones propias de dicha condición. Dentro de estos deberes y derechos está en primer lugar el de ser los primeros educadores de los hijos, según lo establecen los cánones 42 y 68 de la Constitución, desarrollados especialmente por

el artículo 264 del Código Civil.<sup>32</sup> Además, los deberes de atender a la alimentación, a la crianza y al cuidado personal de los hijos menores o impedidos<sup>33</sup>, y la facultad de vigilar la conducta de sus hijos, corregirlos y sancionarlos moderadamente.<sup>34</sup> Correlativamente, a los hijos les corresponde cumplir con el deber de obediencia y respeto, que es propio de la relación filial.<sup>35</sup> De otro lado, en virtud de la paternidad o la maternidad adoptiva, se obtiene la patria potestad sobre el menor adoptado, la cual concede un conjunto de derechos sobre los hijos no emancipados, cuales son la representación legal del hijo de familia, la administración de sus bienes y el usufructo legal sobre los mismos. <sup>36</sup>

Visto lo anterior, la norma cuya constitucionalidad se examina resulta útil en cuanto garantiza que todos los derechos y deberes a que se acaba de aludir se ejerzan y cumplan dentro de la axiología que defiende la Constitución. En especial, asegura que la educación de los menores adoptados se lleve a cabo de conformidad con los criterios éticos que emanan de la noción de moral social o moral pública (objetivo que como se vio, es constitucional al tenor de lo dispuesto por el artículo 67 superior). Además, la norma es necesaria para garantizar dicha educación, que en el supuesto contrario se vería seriamente dificultada. Desde este punto de vista, asegura la prevalencia del derecho a la educación moral (entiéndase según la moral social) del menor, frente al derecho de quien pretende adoptar a desarrollar su proyecto de vida de conformidad con su propio juicio moral. La norma cumple así con el mandato superior de prevalencia de los derechos de los niños.

Finalmente, en lo concerniente al equilibrio que debe darse entre la restricción de derechos que prevé la norma y el beneficio constitucional obtenido, la Corte encuentra que la limitación del derecho de adoptar impuesta a quienes viven de conformidad con sistemas morales distintos del propuesto por la moral pública, aunque significa una restricción fuerte del derecho al libre desarrollo de la personalidad (porque imposibilita llegar a ser padre o madre por la vía de la adopción), es la única manera de garantizar la prevalencia de los objetivos superiores relativos a la finalidad moral de la educación, dada la condición de los padres de ser los primeros y principales educadores de sus hijos. En efecto, debe suponerse que el proyecto de vida de los padres es transmitido a los hijos, quienes “se educan” dentro de ese espacio vital. Desde este punto de vista, la norma es estrictamente proporcionada por contemplar una restricción que se erige en la única manera de lograr un objetivo constitucional. Pudiera decirse que en la tensión que se presenta entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los pretendientes adoptantes, quienes aspiran a ser padres,

y el derecho de los menores a la educación moral, la Constitución misma se decide por la prevalencia de éste último (Art. 44 de la Constitución Política), y de todos los demás derechos que están insitos en la condición de hijo de familia. A juicio de la Corte, la norma acusada garantiza esta prevalencia y en este sentido es un desarrollo constitucional.

11. Dentro de los cargos de violación que se aducen en la demanda, está el referido a la violación del principio de igualdad, según el cual la exigencia de idoneidad moral no se hace a las parejas que van a contraer matrimonio o a procrear un hijo, por lo cual no resulta legítimo formularla respecto de quienes pretenden adoptar. Al respecto la Corte encuentra que si bien ello es cierto, no tiene el alcance de significar que para tener a cargo un niño, y ejercer respecto de él la patria potestad, ocupándose de su guarda y custodia, aunque se trate del propio hijo biológico, no se requiera igualmente cumplir con ciertos requisitos de aptitud moral. Así, el ordenamiento jurídico, concretamente el Código del Menor, prevé que un menor está 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.”<sup>37</sup> En estos eventos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del defensor de familia del lugar donde se encuentre el menor, debe declarar la situación de abandono o de peligro<sup>38</sup>, y en la resolución respectiva, dependiendo de la gravedad de la situación, puede adoptar una medida de protección que puede consistir en la atribución de la custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos, la colocación familiar, la atención integral en un centro de protección especial, o la iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono. <sup>39</sup> De esta manera, es claro que para conservar el derecho de cuidar, custodiar y educar a un hijo biológico, la ley si exige el requisito de un comportamiento acorde con la moral social o moral pública, y que la carencia de dicha idoneidad moral puede llevar a perder tales derechos. Por las anteriores razones la Corte considera que no existe la discriminación que alega el demandante, y despachará como improcedente el cargo respectivo.

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. Esta 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 este 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. 40

El examen de la constitucionalidad de la limitación a la posibilidad de adoptar por razones de homosexualismo, será abordado a continuación por la Corte desde la perspectiva de la estructura jurídica de la familia y de las relaciones paterno y materno filiales, que emanan de la Constitución.

El concepto de familia que emana de la Constitución. Las relaciones paterno y materno filiales que surgen de dicho concepto.

13. Dicen los dos primeros incisos del artículo 42 de la Constitución Política:

“ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.”

La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Pero si esta interpretación exegética no se considerara suficiente, la histórica corrobora la conclusión expuesta. En efecto, el estudio de las actas correspondientes a los antecedentes de la norma en la Asamblea Nacional Constituyente, conduce a idéntica respuesta, como pasa a verse:

En la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en plenaria, se explicó claramente el sentido de la norma de la siguiente manera:

“Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.

“Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.

“Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre “uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.”(Negrillas fuera del original.)<sup>41</sup>

Del aparte de la intervención que se acaba de transcribir, pueden sacarse las siguientes conclusiones:

El constituyente entendió la expresión “Se constituye por vínculos naturales o jurídicos” contenida en el canon 42 superior, de la siguiente manera: (i) los vínculos naturales que unen a las personas en la familia, son los de las personas unidas entre sí por “los diferentes grados de consanguinidad”. (Tal es la explicación que el mismo ponente otorga a la expresión “vínculos naturales.”) (ii) Los vínculos jurídicos son “los que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos”. (Tal es la explicación que el mismo ponente otorga a la expresión “vínculos jurídicos.”)

Nótese que el ponente incluye dentro de los vínculos jurídicos, el que surge por la unión libre entre “un hombre y una mujer”. Es decir, la voluntad responsable de constituir la familia por fuera del matrimonio se entendió referida a las uniones entre parejas heterosexuales. Y como

la regulación legal del matrimonio entre nosotros siempre ha establecido que este es un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos<sup>42</sup>, forzoso es concluir que la familia que quiso proteger el constituyente fue, como antes se dijo, la heterosexual y monogámica, ya sea que se constituya a partir del matrimonio o a partir de la unión libre. Los artículos indeterminados un y una hacen alusión a la monogamia, y los sustantivos hombre y mujer, a la condición heterosexual de la pareja.

Las expresiones del ponente, por consiguiente, llevan a excluir la interpretación aislada de la frase “o por la voluntad responsable de conformarla”, contenida en el artículo 42 superior, interpretación según la cual tal frase haría alusión a la posibilidad de constituir la familia a partir de uniones distintas a la heterosexual y monogámica.

14. Otras frases del ponente explican cuál fue la intención del constituyente al consignar dentro del texto de la disposición finalmente aprobada, la expresión “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, que hace alusión a las formas como se puede constituir la familia. En efecto, cuando el ponente indica que “una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución, la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre “uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”<sup>43</sup>, expresa la intención que se tuvo de elevar a canon constitucional el reconocimiento de la protección jurídica a las familias que surgen de la unión libre entre un hombre y una mujer, protección superior que dicha familia no había obtenido hasta entonces, a pesar del régimen legal existente en ese momento, contenido en la entonces recién expedida Ley 54 de 1990. No señala la misma intención respecto de otras formas de unión como pudieran serlo la conformada por parejas homosexuales, o las que emanan de las relaciones poligámicas o poliándricas. El propósito antedicho de proteger a la familia formada a partir de la unión libre entre un hombre y una mujer, resulta evidente en la cita que hace el ponente de estudios y exámenes de campo, relativos a la nupcialidad en Colombia, que a su juicio verificaban el incremento del fenómeno social y obligaban a tenerlo en cuenta en la Constitución. Dijo sobre ello lo siguiente:

“Debido a cambios de mentalidad, a problemas en la primera unión y al acomodamiento económico y social de las gentes, se ve como desde 1990 tiene un incremento sostenido la unión libre. En la generación de la primera década de este siglo, se encuentra un 10% de las

familias en esta situación; en la generación del 40 encontramos un 26%; en la del 50 pasa la 30% y en la de 1960 a 1964 asciende a un 45.5% según lo indica la obra *La nupcialidad en Colombia, evolución y tendencia* de las investigadoras Lucero Zamudio y Norma Rubiano.”

15. Adicionalmente, los otros textos propuestos a estudio de la Asamblea Nacional Constituyente, que fueron desechados por ésta para acoger el que finalmente vino a ser el artículo 42 de la Constitución, muestran como el constituyente optó intencionalmente por aquel que mencionaba expresamente a un hombre y una mujer como fundadores de la familia, y descartó los que dejaban abierta la posibilidad de entender que otras formas de unión también serían objeto de la protección constitucional.

Así, la propuesta minoritaria de la Comisión Primera era de este tenor, que no fue acogido:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Está compuesta por personas unidas entre sí por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de constituirla. Un hombre y una mujer tienen derecho a unirse en matrimonio y a conformar y desarrollar libremente su familia.”<sup>44</sup>

Nótese como este texto reservaba el matrimonio a parejas heterosexuales, pero abría la posibilidad de constituir familias a partir de uniones entre “personas” y no exclusivamente entre un hombre y una mujer.

Igualmente, otros textos presentados a las comisiones Primera y Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, finalmente no adoptados, se referían al derecho de todas las personas a formar una familia. La ponencia elaborada por Aída Abella, Raimundo Emiliani Román, Germán Toro, Diego Uribe Vargas, y María Mercedes Carranza, proponía el siguiente contenido literal:

“La familia. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección integral de ésta y del Estado. Todas las personas tienen derecho a conformar libremente una familia, cuyos efectos serán determinados exclusivamente por la ley.”<sup>45</sup>

Así mismo el artículo propuesto a la Comisión Quinta e igualmente desechado, expresaba:

“La familia es el núcleo fundamenta de la sociedad. Esta compuesta por personas unidas entre sí por vínculos naturales o jurídicos...”<sup>46</sup>

16. De todo lo anterior la Corte concluye que la voluntad explícita del constituyente fue determinar la protección especial a que alude el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución, para aquellas familias constituidas a partir de la unión matrimonial o de la unión libre entre un hombre y una mujer, y que la expresión superior contenida en el artículo 42 relativa a la voluntad libre de conformar la familia, se vincula a la familia heterosexual. A similar conclusión había antes llegado esta Corporación cuando con ocasión de la demanda incoada en contra del artículo 1° de la Ley 54 de 1990, definió que el constituyente se había referido a la protección de la familia formada por una pareja de ambos sexos.<sup>47</sup> El tenor del artículo entonces acusado de inexecutable era el siguiente:

“Artículo 1.- A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

“Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

Lo impugnado en aquella oportunidad eran las expresiones hombre y mujer subrayadas, y el cargo aducía que la norma demandada y otras también acusadas de la Ley 54 de 1990, que consagran el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, no tomaban en consideración a las parejas de mujeres o de hombres que cohabitaban de manera estable y permanente y, por este motivo, se producían una discriminación que violaba los artículos 1, 13, 16, 18 y 21 de la C.P., en cuanto protegían únicamente a las uniones heterosexuales.

La Corte explicó que el objeto de la Ley 54 de 1990 había sido el de avanzar en el sentido de reconocer jurídicamente la existencia de las uniones libres y regular sus derechos y deberes patrimoniales, sin llegar a equiparar a los compañeros permanentes con los cónyuges vinculados por matrimonio. Sobre el punto concreto de la noción de unión libre como origen de la familia, la Corte en el referido fallo se refirió a ella en estos términos:

“La unión marital de hecho, a la que se refieren las normas demandadas, corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del

matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, “aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar. Los antecedentes del artículo 42 de la C.P., en la Asamblea Nacional Constituyente, ponen de presente que la unión marital de hecho, como unión libre de hombre y mujer, corresponde al caso de la familia que se origina por la “voluntad responsable de conformarla”. Cabe resaltar, como se desprende de la ponencia presentada a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, que las normas legales sometidas al control de esta Corte, fueron expresamente consideradas en sus debates y consideradas compatibles con los nuevos principios constitucionales, hasta el punto de que se juzgó necesario no abrogarlas sino “complementarlas”. (Negritas fuera del original).

En sustento de la constitucionalidad de las expresiones acusadas del artículo 1° de la Ley 54 de 1990, dijo entonces la Corte:

“Los derechos patrimoniales que la ley reconoce a quienes conforman la unión marital de hecho, responde a una concepción de equidad en la distribución de los beneficios y cargas que de ella se derivan. A cada miembro se reconoce lo que en justicia le pertenece. El hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales, no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso, máxime si se toma en consideración la norma constitucional que le da sustento (art. 42).”

17. Todo lo anteriormente expuesto en relación con la familia que la Constitución protege, no resulta contradictorio, aclara la Corte, con el apoyo especial que el segundo inciso de artículo 43 superior dispensa a la mujer cabeza de familia. Ésta última, es una norma de naturaleza protectora que busca amparar a la mujer que se encuentra en situación de debilidad manifiesta por la excesiva carga de responsabilidad que sobre ella pesa, pero que no tiene el alcance de desvirtuar la definición de familia adoptada por el artículo constitucional precedente. El desarrollo legal de este inciso del artículo 43 de la Carta, llevado a cabo mediante la Ley 82 de 1993, corrobora que dicha protección superior a la mujer cabeza de familia no pretendía redefinir la noción constitucional de familia. En efecto, el artículo 1° de dicho estatuto legal repite literalmente la definición superior de familia, en un intento por reiterar que el mencionado amparo no obsta para considerar a la familia como aquella que se

constituye “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”

Ahora bien, tampoco el hecho de que la familia que el constituyente optó por proteger sea la que emana de la unión heterosexual y monogámica, tiene el alcance de discriminar a quienes deciden mantener una relación homosexual estable. Reiterada jurisprudencia constitucional, entre ella la que acaba de citarse, hace énfasis en que la Constitución no prohíbe esta opción de vida. Así, en la mencionada Sentencia parcialmente transcrita anteriormente, la Corte dejó claro que las disposiciones demandadas, adoptadas por el legislador, no prohibían ni sancionaban el homosexualismo, sino que se limitaban, dijo, “a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones. No se descubre en ellas censura o estigmatización de ningún género hacia las parejas homosexuales.” En el mismo sentido la Corporación había expresado antes “que 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.”<sup>48</sup>

18. La naturaleza heterosexual y monogámica de la familia en la Constitución tiene relevantes consecuencias en la estructura de las relaciones jurídicas y de parentesco que se dan dentro de la familia adoptiva. Aparte de las relaciones conyugales que se presentan entre los cónyuges, o de las que se establecen entre los compañeros permanentes, reguladas principalmente por el Título IX del Código Civil y por la Ley 54 de 1990, respectivamente, en esta familia, cuando existe prole adoptada, se generan relaciones entre padres e hijos de familia, que son reguladas por el Título XII del Código Civil.<sup>49</sup> Ahora bien, estas relaciones jurídicas que se establecen por la ley se dan entre padres adoptivos unidos por matrimonio o pareja de hombre y mujer convivientes en unión marital de hecho y los hijos adoptivos, en igualdad de condiciones.

A partir de las anteriores realidades jurídicas debe ser analizado el cargo propuesto por en la demanda, dirigido en contra del numeral 2° del artículo 90 del Código del Menor, que indica que puede adoptar conjuntamente “la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”.

Constitucionalidad de la restricción introducida por el numeral 2° del artículo 90 del Código

del Menor, respecto de la posibilidad de adoptar menores de edad.

19. El tenor literal de la disposición que examina ahora la Corte es el siguiente, que conviene recordar. En el se subrayan las expresiones acusadas:

“Artículo.90. Pueden adoptar conjuntamente:

“1. Los cónyuges

“2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior.”

Los antecedentes históricos de la anterior disposición muestran cómo el numeral 2° de la misma constituyó una innovación legislativa introducida por el Decreto 2737 de 1989 -Código del Menor-. En efecto, en la regulación legal anterior, contenida en la Ley 5ª de 197550, sólo podían adoptar conjuntamente el marido y la mujer, siempre y cuando uno de ellos fuera mayor de 25 años. El propósito que persiguió el legislador extraordinario de 1989, fue acabar con la discriminación existente entre parejas unidas por matrimonio y por unión libre, concediendo a ambas la posibilidad de adoptar en forma conjunta. Es este sentido, a pesar de ser una disposición preconstitucional, se adapta al espíritu del constituyente, como también, en otro aspecto, sucede con la Ley 54 de 1990.

De otro lado, aprecia la corte que la interpretación literal de la norma transcrita no puede ser sino una, pues el texto es completamente claro. Él indica que se autoriza la adopción conjunta únicamente en dos casos: (i) cuando quienes pretenden adoptar son cónyuges, es decir un hombre y una mujer unidos por el vínculo del matrimonio; y (ii) cuando quienes pretenden adoptar sean una pareja formada por hombre y mujer que hayan convivido ininterrumpidamente por lo menos tres años. No es posible que la Corte emita entonces un fallo interpretativo, que procede cuando las disposiciones sometidas a revisión de la Corte admiten varias interpretaciones, una o unas de las cuales se ajustan a la Constitución y otras no,<sup>51</sup> lo cual no sucede en este caso, pues la norma, como se dijo, sólo admite un entendimiento.

Debe entonces la Corte establecer dos cosas: en primer lugar si el tenor literal transcrito, en lo que él mismo dice, desconoce o no desconoce la Constitución; y en segundo lugar, si por lo que dicho texto no dice, se erige en una omisión legislativa inconstitucional, es decir en el incumplimiento por parte del legislador de la obligación de incluir un determinado contenido normativo en la disposición, circunstancia que llevaría a la Corte a proferir una sentencia integradora, es decir un pronunciamiento en el que se hiciera efectivo directamente el valor normativo de la Carta Política<sup>52</sup>. Es decir, en este último supuesto la Corte debe estudiar si la no inclusión de las parejas homosexuales dentro de la autorización para adoptar conjuntamente, constituye una omisión legislativa inconstitucional por violación del principio de igualdad, que deba conducir a un fallo integrador.

20. En cuanto a lo que establece el tenor literal del segundo inciso del artículo 90 del Código del Menor, él resulta plenamente acorde con las disposiciones superiores. La autorización que otorga propicia la igualdad de trato entre las parejas unidas por matrimonio y aquellas otras constituidas por un hombre y una mujer que conviven en unión libre, y en este sentido, a pesar de tratarse de una norma expedida antes de la Constitución, coincide con el propósito del constituyente, que como se dijo, fue el de equiparar los derechos de unas y otras.

Desde este punto de vista la Corte no podría declarar la inexecutable de los apartes impugnados, pues ello significaría desconocer este reconocimiento hecho por la ley a las parejas que viven en unión libre por más de tres años, lo cual resultaría inadmisibles de cara a la Constitución.

21. Respecto de la supuesta omisión legislativa que pudiera estar presente en la norma que parcialmente se acusa, en cuanto ella no autoriza a las parejas homosexuales para adoptar conjuntamente, violando con ello el principio de igualdad, la Corte estima lo siguiente: La posibilidad de emitir una sentencia integradora por omisión legislativa discriminatoria, de conformidad con los criterios que al respecto ha sentado la jurisprudencia de la Corporación, se da en aquellos casos en los cuales "... la inexecutable derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo."<sup>53</sup> El fenómeno de este tipo de inconstitucionalidad, ha dicho también la Corte, "está ligado, cuando se configura, a una "obligación de hacer", que

supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta”<sup>54</sup>. Y ha señalado además que “son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad”<sup>55</sup>

Así las cosas, lo que debe determinarse en el presente caso es si la hipótesis de hecho regulada por la norma acusada, esto es la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre por lo menos tres años, es idéntica a la de las parejas homosexuales que han vivido en la misma situación por ese tiempo, de tal manera que se imponía al legislador dar el mismo trato a ambas situaciones, concediendo en los dos supuestos la autorización para adoptar en forma conjunta.

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tenerla familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.

En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia<sup>56</sup>, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar.

Por todo ello, se ajusta a la Constitución el que el legislador limite la libertad del juez que decreta la adopción, señalando que la autorización para adoptar solo puede ser concedida a

quienes pretenden conformar la familia que el constituyente quiso proteger. Este y no otro es el interés superior del menor, dentro de la axiología determinada por las normas superiores.

22. Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege. Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional. En tal virtud, será declarada su exequibilidad.

## VII- DECISIÓN

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

### RESUELVE

Primero: Declarar EXEQUIBLE la palabra “moral” contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

Segundo: Declarar EXEQUIBLE la expresión “La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”, contenida en el numeral 2° del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-814/01

NORMA CONSTITUCIONAL-Estructura gramatical (Salvamento de voto)

FAMILIA-Constitución/FAMILIA-Constitución por voluntad responsable de conformarla (Salvamento de voto)

FAMILIA-Protección de formas diversas de Constitución/FAMILIA-Conformación responsable por homosexuales (Salvamento de voto)

NORMA CONSTITUCIONAL-Interpretación sistemática/FAMILIA-Interpretación sistemática del concepto (Salvamento de voto)

DIVERSIDAD Y PLURALIDAD CULTURAL-Reconocimiento constitucional (Salvamento de voto)

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Definición en casos concretos y particulares (Salvamento de voto)

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Grado de abstracción (Salvamento de voto)

DERECHO A LA AUTONOMIA PERSONAL-Vulneración por anulación para homosexuales (Salvamento de voto)

ADOPCION-Pareja homosexual (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-3378

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 (parciales) del Decreto 2737 de 1989, Código del Menor.

Actor: Luis Eduardo Montoya Medina

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Guardando el debido respeto a la Sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional y por el magistrado ponente, queremos expresar las razones por las que salvamos parcialmente el voto, pues no compartimos ni la decisión adoptada, ni la motivación en la que ésta se funda, en lo que respecta a la declaratoria de exequibilidad parcial del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989.57

A nuestro juicio, cuando la mayoría de los magistrados de la Sala Plena resolvió que no es contraria a la Carta Política del 91 una norma que sólo permite adoptar conjuntamente a las parejas heterosexuales, antes que analizar a fondo el caso, se preocupó por imponerle a toda la sociedad colombiana una concepción de familia monogámica y heterosexual, que según ellos, es la que contempla y defiende la Constitución. Por ello, el propio fallo señala que dicha norma “no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar”.

Además, la Sala no tuvo en cuenta realmente en su análisis el interés superior del niño, pese a ser una institución a la que se hace referencia a lo largo del fallo, así como tampoco fue sensible a si la norma implica alguna violación al derecho a la igualdad y a la autonomía personal.

En primer lugar, quienes salvamos el voto consideramos que la Constitución no protege solamente a la familia monogámica heterosexual, como lo afirma la sentencia. En segundo lugar, mostraremos por qué la restricción legal, general y abstracta, de limitar la adopción conjunta a parejas heterosexuales no atiende el interés superior del niño, es discriminatoria, desconoce el derecho a la autonomía personal y atenta contra los principios de la dignidad humana y el pluralismo. Pasamos a continuación a exponer las razones.

1. A lo largo de la sentencia, la Corte sostiene que el único tipo de familia que es reconocido y amparado constitucionalmente es aquella que se encuentra constituida por dos personas (pareja monogámica) de diferente sexo (heterosexual). Para sustentarlo, la Sala Plena invoca el inciso primero del artículo 42 de la Carta y su génesis en la asamblea Nacional Constituyente.

Para el fallo, la interpretación puramente literal de dicha norma, “lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual.” Discrepamos radicalmente de tal afirmación. El tenor literal del texto no conduce a esa conclusión. Es más, sólo a partir de éste es muy difícil sostenerla.

Dice el inciso primero del artículo 42 de la Constitución,

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.(Resaltado fuera del texto)

Según su estructura gramatical, el texto plantea casos distintos en los que se constituye familia, cada uno de ellos precedido por la preposición “por”. Así pues, de la simple lectura de la norma es claro que en ella se contemplan hipótesis diferentes. Una de ellas, por ejemplo, es la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio. Otra distinta es: por la voluntad responsable de conformarla. Voluntad que, aunque puede, no tiene que ser expresada por una pareja heterosexual.

Podría sin embargo preguntarse: ¿a partir del texto, no puede afirmarse que esta última vía para constituir familia presupone también una pareja de un hombre y una mujer? Para quienes salvamos el voto la respuesta es negativa. Desde el texto mismo no es posible afirmar que la restricción que en materia de orientación sexual se fija a la institución matrimonial (ser heterosexual) se extiende a la concepción de familia en general. Todo lo contrario, su estructura gramatical, como se señaló, muestra que efectivamente se trata de hipótesis diversas.

Ahora bien, no deja de ser paradójico que si la Corte optó por una aproximación literal, haya limitado su lectura al primer inciso del artículo 42 de la Carta Política. Esta disposición está compuesta por 13 incisos dedicados a regular constitucionalmente la familia. Precisamente el octavo se ocupa en establecer quién tiene el derecho a decidir cuántos hijos pueden hacer parte de una familia. Dice la norma,

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá

sostenerlos y educarlos mientras sean menores e impedidos. (Resaltado fuera del texto)

¿Cómo pudo omitir la Sala Plena que el inciso en el que se regula precisamente el tema de la decisión de tener hijos, la mención a “la pareja” no tiene acotación de ninguna especie? La norma no hace distinción alguna, no exige que la pareja sea heterosexual. Los homosexuales, como las demás personas, tienen derecho a decidir junto con su pareja el número de hijos que pueden tener.

Para quienes salvamos el voto, cuando el primer inciso del artículo 42 establece como vía para constituir la familia la “voluntad responsable de conformarla”, se introduce al texto constitucional una concepción amplia de familia que permite proteger formas diversas a la constituida mediante matrimonio. Contempla, por ejemplo, la mujer soltera con hijos (mujer cabeza de familia, protegida especial y expresamente por el artículo 43 de la Constitución); las parejas en unión libre, homosexuales y heterosexuales; todas aquellas formas de organización familiar diferentes que provengan de visiones culturales o religiosas constitucionalmente protegidas; o aquellas que puedan ser previstas o reconocidas por el legislador como tales. Todos los colombianos, sin importar el color de su piel, su clase social, la cultura a la que pertenezcan o si son homosexuales, tienen derecho a conformar una familia por el ejercicio de su voluntad siempre que ésta sea responsable.

El artículo 42 de la Constitución, por ejemplo, prevé la protección que se requiere dar a las familias dentro de una sociedad cambiante, una sociedad donde las personas, en ejercicio de sus libertades y acoplándose a las diferentes transformaciones de orden económico, sociológico o cultural, modifican sus estructuras y organizaciones familiares.<sup>58</sup> Dice el inciso sexto,

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La Constitución protege así los derechos de todos los niños por igual, sin importar cómo hayan sido concebidos ni quienes sean sus padres. Como dijimos, se trata de una visión amplia que incluye las nuevas posibilidades de organización social, por ejemplo, una familia constituida por una mujer homosexual que se insemina artificialmente, la cual, al ser mujer cabeza de familia, recibe además una protección especial.

Ahora bien, si en lugar de mirar tan sólo una frase de la Constitución, se hace una lectura sistemática de la Carta Política, esto es, una lectura integradora de todo el texto constitucional, es claro que una concepción amplia de familia coincide con el espíritu pluralista, democrático y respetuoso de la diversidad, que inspira a la Constitución de 1991. A diferencia de la Carta Política de 1886, el texto constitucional vigente no se comprometió con una visión cultural o religiosa que fuera asumida como “oficial” y excluyera a grupos o sectores sociales que no la compartieran. Contrario a lo sostenido por la Sala, la Constitución del 91 goza de un espíritu inclusivo; busca que todos los colombianos sea reconocidos, sin desconocer su cultura, sus tradiciones, su orientación sexual o cualquiera que sea su visión del mundo, grupal o individual.

En efecto, el artículo primero señala que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de una república “democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana”. Por su parte, el artículo segundo contempla dentro de los fines esenciales del Estado, la protección no sólo de los derechos y las libertades, sino también de las creencias de todas las personas. El artículo quinto reconoce, “sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.” Por su parte, el artículo séptimo señala que el Estado “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación”. Imponer la concepción de familia heterosexual y monogámica es contraria a los preceptos constitucionales citados.

La Carta consagra también una serie de garantías constitucionales de cuyo ejercicio pueden desarrollarse concepciones diversas de familia, las cuales, en consecuencia, se encuentran también protegidas constitucionalmente. El derecho a la igualdad (artículo 13), por ejemplo, impide discriminar en razón a la orientación sexual y opinión filosófica, dejando a las personas en libertad de conformar parejas de carácter homosexual. El derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), que contempla la posibilidad de desarrollarse tan ampliamente como los derechos de los demás lo permitan, protege, por ejemplo, la decisión de conformar familia sin tener pareja alguna. O la libertad de conciencia (artículo 18), la cual impide que alguien pueda ser molestado por sus convicciones o ser obligado a actuar en contra de su conciencia, y la libertad de cultos (artículo 19), que protege a toda persona el derecho a profesar y difundir sus creencias, en forma individual o colectiva, libertades en virtud de las cuales alguien, por ejemplo, puede reclamar su derecho a practicar la poligamia

porque así se lo ordenan los que él considera textos sagrados.

Todas estas cláusulas contemplan y protegen dimensiones posibles del desarrollo de las personas que comprenden, incluso, la conformación de tipos de familia diferentes a una pareja heterosexual monogámica. Es cierto que el artículo 42 de la Constitución contempla una restricción expresa con base en la orientación sexual a la institución del matrimonio, a saber, sólo puede celebrarlo una pareja conformada por un hombre y una mujer. Sin embargo, a la luz del resto del texto constitucional, es decir, a partir de una interpretación sistemática, es forzoso concluir que una restricción de tal envergadura no puede expandirse, por medio de interpretaciones, a lo largo de la Constitución en desmedro de todos los derechos y principios anteriormente citados. Como se ha señalado, son varias las normas que le otorgan un lugar privilegiado en términos de protección a la familia dentro del ordenamiento jurídico colombiano; defender una visión restrictiva de ella, como lo hace la mayoría de la Sala, implica limitar por vía de interpretación, derechos y garantías a grupos de personas que incluso, en muchas ocasiones, según la Constitución deben recibir especial protección. Paradójicamente, la sentencia excluye y desprotege a todas las modalidades de familia que no se funden en una unión monogámica y heterosexual.

2. Como se dijo, para apoyar la tesis según la cual la Constitución de 1991 sólo entiende por familia una pareja monogámica y heterosexual, la Sala recurre a los antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente. El propósito es sostener que en la parte final del primer inciso del artículo 42, cuando se habla de que la familia puede constituirse por la “voluntad responsable de conformarla”, se hace referencia a una pareja heterosexual, por cuanto tal fue la intención del constituyente.

En primer lugar debe decirse que la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución. Las normas que la componen fueron las proposiciones que se sometieron a votación y fueron aprobadas por los delegatarios. Ello no quiere decir que no sea legítimo esclarecer el sentido de un texto a partir de los debates que dieron lugar a ella, pero sí fija ciertos límites. No es admisible, por ejemplo, que a partir de la opinión de quien rindió ponencia a la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la norma en cuestión, se pretenda entenderla con un significado tal que contravenga abiertamente el sentido gramatical de la misma. No es admisible que se acepte que lo dicho por un constituyente representa la voluntad de los 72 delegatarios.

En segundo lugar, debe anotarse que reconstruir la génesis de una norma, cuando ello constituye el argumento central y definitivo para fijar su sentido, supone reconstruir el proceso deliberativo que dio lugar a ella. Al hacerlo, es posible encontrar diferentes posiciones, como la sostenida por el constituyente Jaime Benítez, quien fuera Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,

“Cuando empezamos a estudiar en la subcomisión el tema, encontramos que en la propuesta del gobierno, artículo 30 del gobierno gubernamental, dice: (inciso primero) ‘todas las personas tienen el derecho a conformar y desarrollar libremente una familia’. Para mí era clara la intención de continuar con la legislación inglesa, que es la única del mundo hoy en donde se reconoce el matrimonio homosexual. Pero fuimos a buscar otros proyectos, y casi todos los que están en estudio en la constituyente dicen: ‘cualquier persona’, ‘toda persona’, todas dicen lo mismo más o menos, hasta que encontramos el proyecto de la iglesia católica y el proyecto de la iglesia episcopal de Colombia. En el inciso segundo dice: ‘toda persona tiene derecho a contraer libremente matrimonio’. Exactamente la misma confusión puede presentar el proyecto gubernamental y todos los proyectos, yo no creo que haya sido la intención del gobierno ni de la conferencia episcopal, ni de ninguno de los constituyentes que presentaron sus proyectos la de llegar al matrimonio homosexual, sin embargo lo estudiamos y vimos por qué tanta coincidencia en esta terminología.

Yo expliqué en la subcomisión por qué en mi concepto sí era necesario reglamentar muchos de los derechos de unión y económicos entre homosexuales. Porque hoy (los) homosexuales, hombres y mujeres, conviven 10, 15, 20 años, se separan, y eso ha causado muchos hechos económicos que no están reglamentados, y yo creo que deben ser motivo de alguna reglamentación, porque conocí en el cargo que desempeñé muchísimos casos de estos.

De otra parte se ha dado mucho el caso en Colombia, no es ni uno ni cien, sino muchos más casos de adopción por parte de homosexuales; hombre homosexual que adopta un niño, mujer homosexual que adopta un niño o niña, con la sana intención de criar un hijo, entre quienes se forman unos hechos afectivos, y unos hechos económicos que tampoco están suficientemente reglamentados, para ese caso específico.”<sup>61</sup>

A partir de esta intervención es claro que entre los constituyentes, incluso de los que más trabajaron este tema y defendieron que el matrimonio sólo fuera heterosexual, también

estaba presente el interés por regular fenómenos sociales y nuevas formas de conformar familia al interior de la sociedad colombiana. Por ello, se preocuparon de no cerrar la puerta a la evolución social y a la transformación legislativa que la acompañe. La Constitución de 1886, al igual que las leyes que la desarrollaron, eran ciegas a todos esos casos debido a su concepto estrecho de familia. Muchos delegatarios, y tal era su intención al votar, apoyaron un concepto amplio que regulara y protegiera la pluralidad de conformaciones sociales.

Y en tercer lugar, hay que formularse la siguiente pregunta: ¿debe aceptarse la interpretación de un inciso de un artículo de la Constitución con base en lo alegado por el ponente de la norma ante la Plenaria de la Asamblea Constituyente, cuando el texto mismo de la disposición, una lectura integral de la Constitución (interpretación sistemática), al igual que una lectura de acuerdo a los fines buscados por la Carta Fundamental (interpretación teleológica), defienden una interpretación contraria? Para nosotros la respuesta es clara: es inadmisibles. Cuando los diferentes métodos de interpretación jurídica señalan un camino, éste no puede omitirse con base en la supuesta génesis de un inciso.

3. La posición mayoritaria de la Sala Plena sostiene que la adopción es una “medida de protección del menor que no puede ser atendido por sus padres”. Esta institución, añade, se rige por el principio del interés superior del menor, el cual se encuentra consagrado en el artículo 20 del Código del Menor. Según este principio, el juez tiene que defender el interés del niño por encima del interés de quien va a adoptar. Quienes salvamos el voto compartimos en su totalidad esta afirmación, y precisamente por ello, nos apartamos de la decisión final. En efecto, antes que pensar en el interés y beneficio del menor, la Corte defendió la única concepción de familia que, a su juicio, prevé la Carta.

Dice la Corte sobre el punto,

“(…) en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege.”

No aceptamos que la Corte haya fijado cuál es el interés superior del niño de forma general y abstracta, pues como la propia sentencia lo defiende, tal concepto sólo es posible definirlo en casos concretos y particulares. Es decir, la defensa del interés del niño, por encima de los

intereses de los demás, hace referencia a los intereses concretos y específicos de cada niño, no a un interés general, supuestamente adjudicable a cualquier niño. En efecto, en la sentencia T-408 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en un párrafo que también fue citado en la sentencia C-814 de 2001, se dijo,

“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.” (Resaltado fuera del texto)

Es claro entonces que el interés superior del menor no es una entelequia abstracta que pueda ser definida por fuera de todo contexto y situación particular, como lo pretendió hacer la Corte, al decir que el interés de todo menor es pertenecer a una familia monogámica y heterosexual. El interés del menor es apreciable únicamente a partir del caso particular. Por supuesto que existen cosas que previamente y sin consideración alguna de casos reales, pueden ser consideradas benéficas para todo niño o niña, pero el principio del interés superior del menor supone evaluar y ponderar situaciones concretas y posibles.

Así pues, aplicar el principio en cuestión supone establecer una situación concreta, y a partir de ella, y una vez se conozcan cuáles son sus alternativas reales, poder definir qué es lo que más conviene al menor. Los funcionarios encargados de decidir si se concede o no en adopción un niño, por ejemplo, pueden preferir la solicitud de una mujer soltera y con un hijo a la de una pareja casada con conflictos matrimoniales que ven en la adopción una solución a sus desavenencias.

No obstante lo anterior, ello no implica que el principio del interés superior del menor no deba ser tenido en cuenta dentro de un juicio de constitucionalidad, pese a que por definición tiene un alto grado de abstracción.

Si bien es cierto que en el caso de la referencia no existe ninguna situación concreta que

deba ser analizada, el juez constitucional sí puede apreciar si la norma en cuestión es más favorable, en los casos concretos, a los intereses y necesidades particulares de cada niño. Es decir, el artículo 44 de la Constitución fija varios aspectos que son relevantes a la hora de definir dónde está el interés del menor, entre otros, su derecho a la vida, a su integridad física, su derecho a recibir amor y cuidado, el derecho a la salud y la seguridad social, a recibir una alimentación equilibrada o el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. A partir de estas consideraciones el juez constitucional puede plantear la siguiente pregunta: ¿no existe algún caso en el que la mejor opción posible y aceptable para un menor sea estar con una pareja homosexual? Si la respuesta fuera no, es decir, si siempre ésta fuera la peor opción, indudablemente que la norma buscaría el interés del niño y sería exequible. Pero lo cierto cualquier persona, independientemente de su orientación sexual, puede brindarle amor, cuidado y protección a un menor.

Sin embargo, la situación real de muchos de los niños y niñas actualmente en Colombia es dramática. La cantidad de ellos que se encuentran en situación de desprotección es considerable, sobre todo si se tiene en cuenta el número que efectivamente puede ser atendido por el Estado.<sup>62</sup> Ahora bien, sin entrar a cuestionar los temores que puedan tenerse en torno a la eventual crianza de niños por parte de parejas homosexuales, quienes nos apartamos de la decisión mayoritaria no entendemos cómo es posible que se prefiera privar a un niño de recibir el cuidado y la atención necesaria para su adecuado crecimiento, en virtud de que, supuestamente, ese es su “interés”.

Por ejemplo, puede darse el caso de un menor abandonado de seis años<sup>63</sup> que, de hecho, se encuentre bajo el cuidado de dos mujeres lesbianas mayores de 50 años. En este evento, si las dos señoras presentaran una solicitud para que se les diera el menor en adopción, la decisión del funcionario encargado de responder la petición deberá ser negativa. No importa si éste establece la idoneidad moral de esas dos personas para educar al menor o su capacidad económica para mantenerlo, ni siquiera cuenta el hecho de que el menor desee permanecer con ellas o que la única alternativa sea enviarlo a un orfanato en condiciones de hacinamiento. Para la Sala Plena, al niño debe privársele de la que hasta entonces era su “familia”, debido a que esa realidad social no es “familia” y por lo tanto, permanecer en un orfanato es lo que más le conviene.

Con la decisión que ha tomado la Corte se ha privado a muchos menores, por ejemplo, de la

posibilidad de legalizar una situación de facto. Niños que de poder ser adoptados tendrían derecho a heredar, a ser parte de una familia (tener abuelos, tíos, primos, etc.) o a contar con personas jurídicamente responsables de su educación o sus condiciones materiales de manutención, son privados de todas esas garantías, según la Sala, para defender su “interés superior”.

Ahora bien, podría objetarse que el verdadero interés del menor se garantiza si por lo menos existe un régimen legal que lo proteja, y en el caso de permitir que una pareja homosexual adopte un niño ello no se cumpliría, debido a que este es un tipo de relación no está regulada. Sin embargo esta afirmación tampoco es aceptable, pues según los artículos 42 y 44 de la Constitución, todos los niños gozan de los mismos derechos, sin importar quienes sean sus padres.

4. La paradójica situación que acabamos de describir se produce, como dijimos, porque antes que pensar en la defensa de los derechos e intereses de los niños, la Sala está primordialmente interesada en defender una concepción de familia única y excluyente, la unión monogámica heterosexual.

La estrategia argumentativa de la Sala consiste en decir que sólo la pareja heterosexual da origen a una familia. En esa medida no es susceptible de ser comparada con una pareja homosexual y, por lo tanto, se justifica todo trato diferente respecto de cualquier otro tipo de relación que por no ser monogámica y heterosexual, no es familia. Así, ningún trato desigual, por arbitrario que parezca, constituye discriminación. Nuevamente, y como ya lo sostuvimos los magistrados abajo firmantes en el salvamento de voto a la sentencia SU-623, debemos decir que esta posición denota una gran insensibilidad ante el tema de la igualdad.

A nuestro juicio, no es aceptable que la Corte Constitucional defienda una posición, según la cual toda persona tiene derecho a elegir libremente cómo quiere ser, a desarrollarse según sus creencias, sus inclinaciones o su particular concepción de mundo, pero que en caso de que lo haga no tendrá los mismos derechos que los demás. No es admisible una lectura de la Constitución según la cual toda persona puede ser homosexual, pero si lo es, entonces su pareja no tendrá derecho a ser beneficiaria de su afiliación como cotizante al sistema de salud, no podrá constituir una familia, su relación no tendrá ningún tipo de reconocimiento o protección legal, ni podrá adoptar hijos. Es decir, no es admisible decir que a una persona no

se le discrimina por el simple hecho de que se le permite existir, así sea privándolo de buena parte de las garantías constitucionales. Ello va en contra no sólo de la función primigenia de la igualdad, consistente en evitar la discriminación, y la marginación por imposición jurídica. También contraría el texto del artículo 13, aun entendido en su sentido más formalista: “todas las personas nacen libres iguales ante la ley, y gozarán de los mismos derechos”. En este fallo, los principios fundantes de la libertad, la igualdad y la dignidad son subordinados a una concepción excluyente de familia.

5. La sentencia de la cual respetuosamente disentimos, ignora, para este caso, un derecho constitucional fundamental que en varias providencias memorables ésta Corporación había protegido el derecho a la autonomía personal. La Corte, hoy, le está imponiendo un modelo de relación de pareja a todos los colombianos: la monogámica heterosexual. Y a los homosexuales les está diciendo: sean como quieran, allá “ustedes”, pero no se relacionen entre sí, no creen vínculos afectivos sólidos y estables, no construyan comunidades significativas de vida, y no aspiren a ejercer los derechos que el texto de la Constitución reconoce a todas las personas como sujetos igualmente dignos.

No compartimos esa visión que anula el derecho a la autonomía personal. Es absolutamente individualista, a tal punto que sólo reconoce que un individuo, aislado, puede ser homosexual y no ser sancionado, con una condición: que no exprese libremente su orientación sexual de manera responsable con miras a conformar una pareja estable que aspire a adoptar un hijo.

La Constitución ha establecido límites a la autonomía personal: “los derechos de los demás y el orden jurídico”. En cuanto a los derechos de otros cabe preguntarse: ¿Qué derecho (art. 16 de la C.P.) de los demás se viola cuando una pareja homosexual acuerda responsablemente ser estable y seria? ¿Cuál es el derecho de los demás violado cuando ésta pareja decide adoptar? La Corte no formula estas preguntas y por supuesto tampoco las responde.

En cuanto al orden jurídico, cabe preguntarse: ¿En qué norma constitucional se prohíbe que haya parejas homosexuales? ¿Qué artículo de la Constitución impide que una pareja homosexual seria, responsable y estable adopte? La Corte responde: en la frase del inciso primero del artículo 42 que dice que sólo “un hombre y una mujer” pueden “contraer matrimonio”. La Constitución responde otra cosa en el mismo artículo, tan sólo cuatro incisos más abajo: “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus

hijos.

La decisión de la Corte excluye, en cualquier situación, la posibilidad de que una pareja homosexual adopte una niña o un niño. Los suscritos magistrados consideramos que la expresión formada por el hombre y la mujer debió haber sido declarada inexecutable, para que sean los funcionarios competentes, quienes después de hacer los correspondientes estudios psicológicos, económicos, y demás, decidan si para cada caso concreto el interés superior del niño coincide o no con el deseo de una pareja, heterosexual u homosexual, de adoptarlo. No creemos que ello sea posible establecerlo de manera general, previa y abstracta, con base en la imposición de una visión de familia que desconoce el espíritu amplio y democrático de la Constitución del 91.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

Aclaración y Salvamento de voto a la Sentencia C-814/01

ADOPCION-Idoneidad moral laica (Aclaración y salvamento de voto)

FAMILIA-Clases (Aclaración y salvamento de voto)

El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico, un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.

MATRIMONIO-Conformación/FAMILIA-Constitución/FAMILIA-Constitución por voluntad responsable de conformarla (Aclaración y salvamento de voto)

El matrimonio es apenas una de las estradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos. La familia se puede constituir también por vínculos naturales o jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio. El hombre que adopta uno o más niños, no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer (este sería un caso de vínculo jurídico). La tercera vía para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer; de tal manera que basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean de distinto sexo o del mismo sexo.

ADOPCION-No contiene un fin único (Aclaración y salvamento de voto)

HOMOSEXUALIDAD-Existencia de prejuicios (Aclaración y salvamento de voto)

Referencia: expediente D-3378

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 (parciales) del Decreto Ley 2737 de 1989, "Código del Menor".

Me separo de la decisión mayoritaria en relación con el numeral segundo de la parte resolutive por las razones que más adelante expresaré y aclaro el voto en relación con el numeral primero. Comenzamos por este último:

Aclaración de voto numeral primero.

Mi voto favorable al numeral primero lo hago con la comprensión de que la palabra moral se entienda como una moral laica, no religiosa.

Salvamento de voto respecto del numeral segundo.

En relación con el voto del numeral segundo salvo el voto por las siguientes razones:

1. A mi juicio, la interpretación que se ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política no corresponde a lo que esta norma dice. El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico, un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.

El matrimonio es apenas una de las estradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos.

La familia se puede constituir también por vínculos naturales o jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio; por ejemplo la mujer que va a un banco de espermias y se insemina artificialmente sin saber ni importarle siquiera quien generó el espermia y concibe uno o más hijos de esta manera; no hay duda que esta mujer y sus hijos constituyen una familia aunque no haya detrás de ella un matrimonio (esto es un evento de vínculo natural). El hombre que adopta uno o más niños, no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer (este sería un caso de vínculo jurídico).

La tercera vía para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer; de tal manera que basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean de distinto sexo o del mismo sexo. Obsérvese que la Constitución trae varias disyunciones, que se expresan gramaticalmente con la letra "o". En el caso del matrimonio se exige la decisión libre; decisión libre que no es otra cosa que la voluntad del hombre y la mujer de contraer matrimonio, de tal manera que el constituyente no necesitaba reiterar el elemento voluntad, para los eventos en que se puede conformar una familia sin previo matrimonio; a no ser que se tratase, de eventos o hipótesis diversas, como a nuestro juicio se trata. No sobra recordar que cuando el constituyente utiliza conceptos o términos diversos es por que quiere distinguir situaciones diversas. En síntesis el constituyente se

refirió dos veces a la voluntad, para referirse a dos clases de familia; en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia y en el otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cobija también a las familias de pareja de un mismo sexo, o de sexo diverso, pero que no han contraído matrimonio.

No sobre recordar que las familias que tienen el origen en un matrimonio se mantienen jurídicamente, aunque el matrimonio desaparezca, bien por un hecho jurídico, como por ejemplo el divorcio de los padres, o por un hecho natural como la muerte de alguno de los padres o de ambos; esto demuestra que puede existir familia aunque no exista el matrimonio.

Sintetizando podemos afirmar, que ha existido una interpretación errada tanto por la Corte Constitucional como por otros interpretes del artículo 42 de la Constitución, ya que no es cierto que la familia siempre esté integrada o tenga en su base a un hombre y a una mujer; este fundamento, hombre y mujer sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución.

1. No es cierto como afirma la sentencia que la adopción tenga un fin único como es la protección de los niños pues no siempre se adoptan niños, ya que existe la posibilidad en el artículo 92 del código del menor de adoptar a mayores de edad, si bien ese fin existe, al lado de el coexisten otros fines, no siempre altruistas, ya que a veces mueve a adoptar el deseo egoísta de los padres de tener hijos, u otros fines.

1. No se entiende como permitiendo la ley la adopción por una sola persona (un solo hombre o una sola mujer), y pudiendo ser esta persona homosexual, pueda adoptar hijos y en cambio cuando convive con otro homosexual ya no puede adoptarlos; este impedimento es simplemente absurdo.

1. No es tampoco de recibo el argumento de que no se permite la adopción a parejas homosexuales, ya que por no existir el vínculo matrimonial no tendría los mismos derechos que tienen los adoptados dentro de una unión de un hombre y una mujer. Este argumento constituye una falacia y al mismo tiempo un círculo vicioso; falacia por que se hace con el ánimo de engañar y círculo vicioso, pues no se lo permite por que no tiene la protección y no tiene la protección por que no se lo permite. Esta interpretación viola el numeral 6 del artículo 42 de la Constitución ya que los hijos adoptados por homosexuales deben tener los mismos derechos de los hijos habidos en el matrimonio o fuera de el.

1. Aun aceptando, en gracia de discusión y solo en gracia de discusión que la adopción busca la protección de los menores, no es cierto que un niño adoptado por una pareja de heterosexuales esté más protegido que un niño de una pareja de homosexuales, y esto no es cierto ni en el nivel económico, ni en el nivel físico, ni en el nivel psíquico, pues no está demostrado que una pareja heterosexual permita un desarrollo afectivo o psicológico mayor que el que pueda dar una pareja homosexual. Tampoco es cierto y hay que decirlo claramente, que los hijos de homosexuales, terminen siendo homosexuales; como tampoco es cierto que los hijos de heterosexuales terminen siendo heterosexuales y la mayor prueba contra esta correlación es que muchos homosexuales son hijos de padres que no eran homosexuales. Como quiera que no se ha determinado científicamente si el homosexualismo es una condición genética o una decisión voluntaria, o un poco de ambas, me parece injusto y violatorio del artículo 16 de la Constitución, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad que la duda se resuelva en contra de los homosexuales; pues si existe duda, ésta debería resolverse en su favor y no en su contra.

De lo que si no hay duda es de que existe un prejuicio contra los homosexuales, que tiene no solo connotaciones machistas sino también religiosas, que los consideran en pecado pero que no siempre ha sido así y bástenos para ejemplificar nuestro aserto el hecho de que la propia iglesia católica hasta el siglo XII casó homosexuales y que en sociedades que fueron cuna de la civilización occidental, como eran Grecia y Roma no existían esos preconceptos contra ellos; es suficiente con recordar que Sócrates y Platón eran homosexuales y, que a Julio César cuando entro a Roma, según cuenta Indro Montanelli, en su libro Historia de Roma, le gritaban: Viva César, el marido de todas las mujeres y la mujer de todos los

maridos. La importancia para la humanidad de Sócrates, Platón o César, nada tiene que ver con su condición de homosexuales, ya que esta condición ni les quita ni les pone. Sólo cuando aprendemos a valorar a las personas independientemente de su condición sexual, estaremos valorándolas en su real condición humana.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

1 En las sociedades romana, babilónica, asiria, griega y egipcia, la adopción se usaba principalmente para perpetuar los ritos familiares religiosos, o para proveer de heredero al padre adoptante. Cf. Augusto Cesar Belluscio, Manual de Derecho de Familia.. Buenos Aires, Ed. Depalma. 1977.

2 Por lo que concierne a la tradición judeo-cristiana, la Biblia, en el Libro del Éxodo, relata la adopción de Moisés por la esposa del faraón egipcio.

3 Sobre este efecto consistente en incorporar al adoptivo a la familia del adoptante, la Corte Suprema de Justicia expresó que “las principales consecuencias de la adopción decretada judicialmente consisten en crear una nueva relación de padre e hijo entre el adoptante y el adoptivo que no lo son por naturaleza, por lo cual éste entra a la familia de aquel y queda definitivamente separado de la propia con alguna excepción.” (Negrillas fuera del original). Corte suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de 13 de junio de 1991.

La Corte Constitucional también ha destacado que la adopción constituye la forma jurídica a través de la cual los menores que no tienen familia pueden llegar a tenerla. Así por ejemplo, en la Sentencia T- 587 de 1998, indicó: “Tal vez la institución más importante dentro de las que pueden ser diseñadas para hacer efectivo el derecho de los menores abandonados o expósitos a tener una familia, es la adopción. En efecto, esta alternativa es la única dentro de las existentes que persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar.” En el mismo sentido, en la Sentencia C- 562 de 1995, la Corte Constitucional había dicho: “La finalidad de la adopción es la de crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una

verdadera familia como la que existe entre los unidos por los lazos de la sangre.”

4 El artículo 100 del código del menor reza: “La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos de éste.”

5 Cf. Código del Menor, art. 88.

6 El artículo 97 del Código del menor prescribe que “Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo.”

7 Cf. Idem

8 Como se dijo, Belluscio en la obra antes citada, respecto de la adopción indica que “su origen debe hallarse en las prácticas religiosas de los pueblos antiguos. Una hipótesis bastante fundada considera que se originó en la India, en reemplazo del levirato, institución según la cual la mujer viuda sin hijos debía unirse sexualmente al hermano o al pariente más próximo del marido, y se consideraba así al engendrado como hijo del extinto, lo que permitía la continuación del culto doméstico –cuando la evolución de las costumbres hizo mirar con repugnancia tal procedimiento.

En el derecho romano se conocieron la arrogatio, que era la adopción del sui iuris, e implicaba la incorporación en la familia del adoptante, tanto del adoptado como de las personas sometidas a su potestad, así como la transferencia de su patrimonio al del adoptante. Y la adoptio, que era la adopción de un alieni iuris, que salía de su familia de sangre y de la potestad de su paterfamilias para ingresar en la del adoptante.

El derecho justiniano distinguió entre la adoptio plena y la adoptio minus plena. La primera era realizada por un ascendiente y ocasionaba la sumisión del adoptado a la patria potestad del adoptante. La segunda era realizada por un extraño, el adoptado quedaba sometido a la situación familiar anterior, pero obtenía el derecho a suceder ab intestato en la sucesión del adoptante.

En el derecho germánico, la finalidad de la adopción consistía en dar, a quien carecía de descendencia, un sucesor en su actividad guerrera, una situación social y política, pero no creaba parentesco ni otorgaba derecho hereditario.

En las Edades Media y Moderna, la adopción fue perdiendo prestigio, y la institución solo fue mantenida en la legislación española, donde la reglamentaron el Fuero Real y las Siete Partidas, que la denominaron prohijamiento (porfijamiento). Esta legislación fue la que estuvo en vigor en los territorios descubiertos y conquistados por España. Las Partidas distinguían entre la arrogación que correspondía a personas no sometidas a patria potestad, y la adopción, aplicable a personas sujetas a patria potestad de otro, subdividida en adopción plena y perfecta, y menos plena e imperfecta. Sus normas estaban basadas en el derecho romano.

El Código de Napoleón reguló la adopción pero exigió condiciones difíciles. Requería 50 años en el adoptante, tener 15 años más que el adoptado, y haberlo atendido durante su minoridad; era contractual, y necesitaba consentimiento del adoptado, que debía ser mayor de edad, salvo en el caso de la adopción remuneratoria que podía tener lugar cuando el adoptado había salvado la vida del adoptante; y la testamentaria, que requería que el causante hubiera tenido al adoptado bajo su tutela por lo menos durante cinco años. En Francia sólo hasta 1923 se permitió la adopción de menores.

Actualmente la mayor parte de las legislaciones modernas han dejado de estimar que la adopción es un medio de prolongar la estirpe y conservar la riqueza, y se orientan por la noción de adopción como institución de protección al menor, que procura dotar de familia a un niño que no la tiene.

9 Sentencia T- 408 de 1995. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

10 Así lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia T- 587 de 1998.(M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.) En este caso, la Corte tuteló el derecho de una menor colombiana a ser adoptada por una pareja belga, adopción a la cual se oponía el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar aduciendo que la pareja que pretendía la adopción ya tenía otra hija adoptiva, que era su primogénita, y que la segunda adopción que se solicitaba desconocería a aquella menor su posición de primogenitura. Para descalificar la decisión del ICBF, la Corte acudió al principio del “ interés superior del menor” precisando que el mismo no constituía una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión.

11 En la mayor parte de peticiones de adopción en los Estados Unidos, las cortes tradicionalmente han considerado varios factores que resultan pertinentes para garantizar el

principio del mejor interés del niño. Estos factores a veces se erigen en barreras para conceder la adopción a algunas personas, o son motivo para preferir a unos pretendientes adoptantes frente a otros. Por ejemplo, un obstáculo frecuente para conceder la adopción suele ser el que los solicitantes y el adoptable sean de diferente raza o religión. Algunos estatutos legales específicamente prohíben adopciones mixtas, y cuando no lo hacen las cortes prefieren a los padres que pertenecen a la misma raza y religión del menor. En sustento de estas posiciones, las cortes aducen que lo principal es el mejor interés del niño, y que este no se vería favorecido con la adopción mixta, por lo cual no la autorizan o solo lo hacen si no existen otros solicitantes que pertenezcan a la misma raza o religión del menor. Cf. "The right of homosexuals to adopt: Changing Legal interpretations of Parent and family" Sheryl L. Sultan. [WWW.tourolaw.edu/publications/suffolk/vol10/part3\\_txt.htm](http://WWW.tourolaw.edu/publications/suffolk/vol10/part3_txt.htm)

12 M.P Jorge Arango Mejía.

13 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".

14 M.P Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz

15 Sobre este tema interesa mencionar que la doctrina constitucional alemana ha recalado que, además de los límites que la Constitución le fija expresamente al ejercicio de los derechos fundamentales, éstos también tienen unas barreras éticas inmanentes. Esta tesis se apoya en la tradición del derecho privado acerca de los límites éticos inmanentes en el ejercicio de los derechos, según la cual el ejercicio de un derecho no puede superar la frontera que le trazan las buenas costumbres y la buena fe. Ver, por ejemplo, el comentario al párrafo I del artículo 2 de la Ley Fundamental alemana, contenido en Maunz, Theodor / Dürig, Günter (1990) : Grundgesetz. Kommentar, Tomo I, p. 61, Munich. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte al admitir ciertas restricciones a la libertad en nombre de principios de moralidad positiva o aceptar la intervención del Estado en cuestiones "morales". En este último sentido, por ejemplo, en la sentencia T-321 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se reconoce la competencia subsidiaria del Estado para intervenir en asuntos

morales. En efecto, al tenor de la mencionada decisión, “No puede, pues, trasladársele al Estado una responsabilidad (la de orientar moralmente a los hijos), que sólo subsidiariamente le compete, pues es función que ante todo le incumbe a los padres”.

16 En la sentencia C-404 de 1998 parcialmente transcrita, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo del Código Penal que consagraba el delito de incesto. Las consideraciones relativas a la moralidad pública fueron hechas únicamente por el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, coponente del proyecto de sentencia.

17 M.P. Carlos Gaviria Díaz

- 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.”

19 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

20 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

21 En esta Sentencia la Corte decidió una tutela interpuesta por una menor en contra de su madre, con el fin de que se le ampararan sus derechos a tener una familia y a su integridad física y moral, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. La menor aducía que

tanto ella como su hermana menor eran víctimas de malos tratos y de mal ejemplo por parte de su madre y del compañero de ésta. La menor en cuestión se veía obligada a dormir con su hermanastro. Solicitaba, como mecanismo transitorio, que se le autorizara a vivir con su padre, mientras se definía judicialmente la custodia. La Corte, considerando entre otras cosas que “el deber de respeto en las relaciones familiares implica observar en el ámbito del hogar una conducta moral, es decir, un comportamiento acorde con las normas mínimas que la convivencia decente exige...”, y que la moral era un “objeto jurídico protegido”, negó la solicitud formulada por la menor puesto que respecto del padre de la misma constaba su mal ejemplo y el incumplimiento constante de los deberes de padre y esposo, pero dispuso ordenar al ICBF que adoptara las medidas de protección pertinentes.

22 Aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968

23 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 público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

24 Artículo 18. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión... 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades fundamentales de los demás.

25 El texto de estos tres artículos, en lo pertinente, es el siguiente:

Artículo 19. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión....3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: ...b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 21. Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá

estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 22. 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso, incluso el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

26 Aprobada mediante la Ley 16 de 1972

27 El tenor literal de tales artículos, en la parte pertinente, es el siguiente:

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión. ...3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión....2. el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: ...b. La protección a la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 15. Derecho de Reunión. ...El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16. Libertad de Asociación. ...b. el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en

interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 22. Derecho de Circulación y Residencia. ...3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, o la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

28 Aprobada mediante la Ley 12 de 1991.

29 Georges Ripert., LA REGLA MORAL EN LAS OBLIGACIONES CIVILES, 3ª ed., trad de Carlos julio Latorre, editada por la Universidad Nacional de Colombia, junio de 1941, pág. 8.

30 Arthur Kaufmann, FILOSOFÍA DEL DERECHO, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 30.

31 Cf. Sentencia C-404 de 1998, antes citada. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz..

32 Artículo 264. Modificado por el Decreto 2820 de 1974, art. 3. Los padres de común acuerdo dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para estos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento.

33 Código Civil artículos 250 y siguientes

34 (Código Civil. Art. 262)

35 Artículo 250 del Código Civil: “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”

36 Código Civil, artículos 288 y siguientes, modificados por el decreto 2820 de 1974 y la Ley 75 de 1968

37 Código del Menor, artículo 31 numeral 5°

38 Código del Menor, artículo 36

39 Código del Menor, artículo 57

40 En la Sentencia C- 504 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte Constitucional sostuvo que para que ella pudiera declarar la inexecutable que ante ella se solicitaba, era indispensable que la demanda recayera “sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito”. Afirmó, además, que no era posible “resolver sobre cada uno de los casos particulares hipotéticamente cobijados por un precepto legal”. En esa oportunidad la Corte examinaba una norma que establecía, por vía general, que las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta eran contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, exceptuando de dicha regla a las entidades que siendo tales, tuvieran a su cargo la prestación de los servicios públicos de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública. La demanda pretendía la declaración de inexecutable de la disposición, únicamente en cuanto exceptuaba de la calidad de contribuyentes del impuesto sobre la renta a las sociedades de economía mixta que prestaban el servicio de telecomunicaciones haciendo uso del espectro electromagnético.

En este mismo sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-509 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), en donde se reiteraron los criterios expuestos en la sentencia anteriormente reseñada.

41 Gaceta Constitucional N° 85, Págs. 5 y 6

42 Código Civil, art. 113: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”

43 Exposición de motivos para el debate en la Comisión Quinta. Gaceta constitucional N° 52, Págs. 2 y 3.

44 Gaceta constitucional N° 83, página 39 y Gaceta N° 85, página 9)

45 Cf. Gaceta Constitucional N° 51, página 22.)

46 Cf. Gaceta Constitucional N° 52, página 3 )

47 Cf. Sentencia C-098 de 1996, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

49 Las relaciones paterno y materno filiales que se dan entre padres e hijos adoptivos, es decir el parentesco civil, son iguales esencialmente a las que se dan entre padres e hijos unidos por parentesco de consanguinidad, teniendo en cuenta que no existe entre nosotros la adopción simple, y que la adopción plena rompe los vínculos de parentesco con la familia biológica.

50 Esta ley, a su vez, modificó la ley 140 de 1960 y el régimen del Código Civil.

51 Ver al respecto, entre otras, las sentencias, C-503 de 1993, C-542 de 1993, c-110 de 1994, C-145 de 1994, C-180 de 1994, C-496 de 1994 y C-690 de 1996

52 Sobre sentencias integradoras, ver, entre otras, la sentencia C-109 de 1995

53 Sentencia C-555 de 1994 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

54 Sentencia C-188 de 1996 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

55 Sentencia C- 146 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

56 Vg. Familia poligámica, poliándrica, poligínica.

57 “Artículo 90 — Pueden adoptar conjuntamente: (...) 2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. (...)” (Se resalta la parte que consideramos a debido declararse inexecutable.)

58 En la investigación La familia en Colombia, publicada por la Presidencia de la República en 1994, año internacional de la familia, se afirma: “La situación de la familia en Colombia es el resultado de los cambios que se han producido, por un lado, en su estructura, en sus formas de constitución y en sus formas de organización y, por otro, de las características de la política social, cultural y étnica del país” (p.73). Más adelante se afirma: “(...) el eje de lo que se ha denominado crisis familiar es la crisis de la relación de pareja. Tal crisis se produce por la tensión entre las exigencias de la familia como institución y las exigencias erótico afectivas de la pareja y del desarrollo individual de cada uno de los miembros de la familia. Esta crisis exige una recomposición de la organización familiar. En el país la pareja y la familia viven una etapa de transición en ese sentido, con extremos muy marcados y con procesos a veces traumáticos.” (Resaltado fuera del texto, p.85) (Zamudio, L. Y Rubiano, N. La familia en

Colombia, en Las familias de hoy en Colombia, Tomo 1. Presidencia de la República, 1995).

59 Son varios los estudios realizados en Colombia que muestran los diferentes tipos de familia que existen en el país. Quizá el más pertinente sea Familia y cultura en Colombia de Virginia Gutiérrez de Pineda. En él se relatan los diferentes grupos indígenas que practican la poligamia, entre ellos los guajiros, los panares, los piaroas, los guahíbo, los motilones y los koguis (Gutiérrez, V. Familia y cultura en Colombia Instituto colombiano de cultura, 1975. p.118 y ss). Otros estudios como La familia de litoral pacífico, reportan casos e historias de vida concretos como el de Desidero Murillo, un chocuano que tenía once mujeres (Cevallos, D. y otros. La familia del litoral pacífico, en Las familias de hoy en Colombia, Tomo 3. Presidencia de la República, 1995).

60 Dicen Lucero Zamudio y Norma Rubiano en su investigación sobre la familia: “En la medida en que el movimiento de negritudes trabaja por recuperar la identidad cultural del pueblo negro y en que se trabaja en un proyecto de ley en tal sentido, nos parece que es en ese marco y a través de las comunidades negras que se debe analizar la familia negra, que el proyecto de ley define como “el conjunto de parientes consanguíneos de primer grado en línea directa o colateral, o de otro grado. Dentro de este concepto se involucra a parientes afines y al parentesco por compadrazgo, que crean y recrean relaciones de derechos y deberes.” (Zamudio, L. Y Rubiano, N. La familia en Colombia, en Las familias de hoy en Colombia, Tomo 1. Presidencia de la República, 1995. p.102).

61 Intervención del Dr. Jaime Benítez, en el debate del 15 de mayo de 1991 adelantado por la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente.

62 Según el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, (datos del año 2000) los hogares sustitutos atienden a 13.788 niños, pese a que sólo tienen 6.894 cupos. Los internados, cuentan con 8.721 niños, pese a que tiene cupo para 5.814. Hogares especiales, para niños con problemas, tienen 2.293 niños, con un cupo para 1.945. Claro está que existe un número considerable de niños que quedan excluidos de cualquier atención posible.

63 A medida que un niño crece sus opciones de ser adoptado disminuyen considerablemente. Cuando llega a los siete es muy probable que nunca vaya a ser solicitado en adopción, razón por la que los niños mayores de esa edad son considerados por el ICBF como casos de niños que no serán adoptados nunca.