SU617-14

Sentencia SU617/14

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Caso de dos mujeres que solicitan la autorización para la declaración judicial del vínculo filial entre una menor hija biológica de una de ellas, por tener ésta la calidad de compañera permanente la madre biológica de la menor

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Personas naturales que actúan en defensa de sus propios intereses

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Autoridad pública

CONTROVERSIAS CON RELEVANCIA IUSFUNDAMENTAL

El presente amparo envuelve problemas de índole constitucional, relacionados con la definición del contenido y alcance de una amplia gama de derechos fundamentales de distinta naturaleza, por lo que se entiende satisfecho el requisito objetivo de procedibilidad de la acción de tutela.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

Al juez de familia no le corresponde controlar la constitucionalidad y la legalidad de las resoluciones que declaran la improcedencia de la solicitud de adopción por el incumplimiento de sus presupuestos constitucionales y legales, los mecanismos que existen en este escenario judicial no desplazan la acción de tutela. Se entiende satisfecha la exigencia de la inmediatez. Pese a que la tutela fue interpuesta ocho meses después de haberse proferido el acto administrativo que a juicio de las peticionarias es la fuente de vulneración de sus derechos, las particularidades del caso demuestran el nexo temporal entre el hecho constitutivo de la presunta vulneración y la presentación de la acción.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ADOPCION POR CONSENTIMIENTO-Terminación anticipada del trámite

El procedimiento administrativo de adopción por consentimiento puede concluir anticipadamente cuando se verifica la inobservancia de uno o más de los presupuestos legales y constitucionales, incluso si no se ha efectuado el estudio de la idoneidad de adoptante, ni la recepción del consentimiento del padre o madre del menor.

ACREDITACION DE UN TERMINO MINIMO DE CONVIVENCIA COMO CONDICION PARA ADOPCION CONJUNTA POR PARTE DE COMPAÑEROS PERMANENTES-No vulnera la protección de la familia, ni el interés superior de los niños y adolescentes

Esta regla especial prevista en el Código de la Infancia y la Adolescencia obedece a la necesidad de asegurar la estabilidad de las parejas que pretenden la adopción conjunta o por consentimiento de un menor, evitando que dos personas declaren un tiempo de convivencia inferior al real; frente a este riesgo real, razonablemente el legislador ha limitado el alcance de la presunción de buena fe, para garantizar el interés superior del niño. En materia de adopción, el tiempo de convivencia entre compañeros permanentes se calcula a partir del día en que se suscribe la escritura pública que declara la unión.

SOLICITUD DE ADOPCION-Órgano encargado de decidir la improcedencia de la solicitud

Al Comité de Adopciones corresponde únicamente determinar la viabilidad de la conformación del vínculo paterno filial, mientras que a las defensorías de familia la verificación del cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales de la adopción, son éstas últimas entidades las encargadas de declarar la improcedencia de la solicitud de adopción.

SOLICITUD DE ADOPCION-Declaratoria de improcedencia mediante cartas informales

Los actos que deniegan las solicitudes de adopción no requieren una formalidad particular, sino únicamente definir claramente el sentido de la decisión, e individualizar su sustento fáctico y normativo.

ADOPCION POR CONSENTIMIENTO CUANDO EL MENOR ES FRUTO DE INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA DE DONANTE CONOCIDO O DETERMINABLE

Pese a que actualmente este procedimiento de reproducción asistida constituye una realidad, el legislador colombiano no ha adoptado una normatividad que en este escenario

específico y particular, fije las reglas relativas al estado civil y a la filiación. En efecto, en el ordenamiento jurídico nacional tan solo se encuentran algunas referencias puntuales y marginales a la inseminación artificial, pero en aspectos sustancialmente distintos. Dentro de este vacío normativo, por obvias razones, no existe una regla especial que establezca la obligación de agotar la posibilidad de conformar el vínculo filial con el donante en la inseminación, como condición para proceder a la adopción. La Corte concluye que en los casos de inseminación artificial heteróloga, en los que el donante es determinado pero no ha expresado su deseo o interés en la conformación de la relación de paternidad, el ordenamiento no prevé expresamente la obligación condicionar la adopción al agotamiento de los trámites para individualizar, ubicar e informar al donante sobre la existencia de su hijo, y para instarlos a conformar el vínculo filial.

COMPATIBILIDAD DE LA DECISION ADMINISTRATIVA DE DECLARAR LA IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE ADOPCION POR CONSENTIMIENTO CON EL SISTEMA JURIDICO

Existe una interpretación del derecho positivo, en principio admisible, a la luz de la cual no es posible adoptar al hijo del compañero permanente, cuando éste y aquél tienen el mismo sexo. Lo cierto es que la determinación de la defensoría de familia de no dar trámite a la solicitud de adopción, corresponde a una interpretación en principio admisible del sistema jurídico, y no es abiertamente incompatible con éste. La Corte considera que aunque la decisión anterior adoptada por la entidad demandada se ampara en una interpretación admisible del derecho legislado, cuando se prohíbe la adopción por consentimiento de menores con una única filiación, por parte de las parejas del padre o de la madre biológica con la que conforman una unión homosexual, y que con el consentimiento del progenitor ha establecido una relación estable, sólida y permanente de afecto y solidaridad con el niño, y ha asumido de manera conjunta con el padre o madre, su crianza, cuidado y manutención, se vulnera el ordenamiento superior.

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo

DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA-Orden a Defensoría de Familia revocar la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción con fundamento en que la

solicitante y la adoptante son del mismo sexo

Referencia: expediente T-2597191

Acción de tutela instaurada por la menor Lakmé y las señoras Turandot y Fedora[1], contra la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro (Antioquia)

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos expedidos por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro (Antioquia), y por la Sala de Decisión Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Antioquia, con ocasión de la acción de tutela promovida por la menor Lakmé y las señoras Turandot y Fedora, a través de apoderado.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

- Convivencia de las peticionarias. Las señoras Turandot y Fedora afirman haber conformado una unión permanente desde el 1 de julio de 2005.
- Formalización de acuerdo entre Turandot y Fedora, sobre futuro hijo. El día 27 de febrero de 2007 las referidas señoras suscribieron en la ciudad de Nüremberg (Alemania) el documento oficial “UR” No. 000267/2007, denominado “Acuerdo Referente a la Inseminación Heterológica, Acuerdo Referente a la Obligación Alimentaria y a la Liberación de la Obligación Alimentaria, Decisiones Testamentarias”. Este instrumento contiene las siguientes estipulaciones: (i) Turandot se obliga a someterse a una inseminación artificial en el futuro próximo, con espermatozoides donados de persona determinada y conocida por las dos

accionantes; (ii) ambas declarantes renuncian a solicitar la declaración de paternidad del donante conocido, y se comprometen a asumir conjuntamente, de manera indefinida y con independencia de una eventual ruptura o separación entre ellas, o de una disolución del vínculo marital, la manutención, la crianza y el cuidado del niño nacido de la inseminación, así como a iniciar el procedimiento de adopción correspondiente, para que Fedora sea reconocida como padre o madre para todos los efectos legales; (iii) esta última se compromete a asumir en su integridad las obligaciones asociadas a la relación paterno filial, en caso de que la madre biológica muera o le sobrevenga una circunstancia análoga que le impida ejercer el rol de la maternidad.

En el mismo instrumento constan las advertencias del notario sobre las limitaciones a la validez, a la fuerza vinculante y a la eficacia de los acuerdos anteriores. En particular, aparecen las siguientes aclaraciones: (i) La revocabilidad del consentimiento prestado para la realización de la inseminación artificial; (ii) la facultad del padre biológico para reconocer voluntariamente la paternidad si media el de la madre, o para que éste, el menor o la progenitora, soliciten la declaración de paternidad por vía judicial; (iii) el derecho del menor a conocer a su padre biológico, y a las correspondientes cuotas alimentarias; (iv) la ineficacia de la renuncia a solicitar la paternidad por vía judicial; (iv) la eventual necesidad de contar con el consentimiento del padre biológico en la pérdida de su vínculo legal con el menor, para proceder a la adopción.

- Declaración de conformación de unión permanente. Mediante Escritura Pública No. 870 del 15 de marzo de 2008 de la Notaría Sexta del Círculo de Medellín, Turandot y Fedora declararon haber conformado una unión permanente entre ellas, al haber hecho “comunidad de vida permanente y singular, compartiendo lecho, techo y cama desde el día primero de julio de 2005”.
- Nacimiento de Lakmé. A través de inseminación artificial, la señora Turandot concibió una hija, y dio a luz el día 4 de febrero de 2008 a Lakmé.
- Relación de convivencia entre las accionantes. Desde el nacimiento de la niña, las tres peticionarias cohabitan en el mismo hogar, y tanto Fedora como Turandot asumen la manutención, cuidado y crianza de aquella.
- Solicitud de adopción. El día 6 de enero de 2009, Turandot presentó solicitud de

adopción ante la Defensoría de Familia de Rionegro, para la conformación del vínculo paterno filial entre su hija y su compañera permanente.

- Declaración de improcedencia de la solicitud de adopción. El 9 de febrero de 2009, la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro declaró la improcedencia de la petición anterior, por las siguientes razones:

En primer lugar, por cuanto la legislación vigente no prevé la adopción por las parejas del mismo sexo. Aunque el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia contempla genéricamente la adopción de los hijos del compañero permanente, la norma debe ser interpretada en el marco constitucional vigente, de acuerdo con los parámetros hermenéuticos fijados por la Corte Constitucional.

A juicio de la entidad, el artículo 42 de la Carta Política señala enfáticamente que la familia se constituye por el vínculo natural o jurídico entre un hombre y una mujer. Si bien la jurisprudencia ha reconocido los derechos de las parejas del mismo sexo, también ha sido clara e inequívoca al aclarar que este reconocimiento no se extiende al ámbito familiar. En particular, en la Sentencia C-029 de 2009 se expresó que “al decidir sobre la constitucionalidad de ciertas expresiones que fueron cuestionadas por desconocer los derechos de las personas de un mismo sexo, se determinó que el concepto de familia no era motivo sobre el cual podía pronunciarse la Corte”. En el mismo sentido, la Sentencia C-814 de 2001 afirma la imposibilidad jurídica de autorizar esta forma de adopción.

Por tal motivo, debe entenderse que únicamente es viable la adopción de los hijos del compañero permanente, cuando conforman una unión heterosexual.

Y en segundo lugar, la Defensoría argumenta que no se cumplió con la exigencia temporal prevista en el artículo 68.5 del Código de la Infancia y la Adolescencia, de que la solicitud esté precedida de una convivencia entre el solicitante y el adoptante durante al menos dos años ininterrumpidos.

2. Solicitud de tutela

2.1. Petición

Las actoras solicitan al juez de amparo que ordene a las autoridades competentes la

autorización para la declaración judicial del vínculo filial entre Lakmé y Fedora, por tener esta última la calidad de compañera permanente de Turandot, madre biológica de la menor.

2.2. Fundamentos jurídicos del requerimiento

Según el apoderado de las peticionarias, la decisión de la entidad accionada de negar la petición, vulnera los siguientes preceptos de rango constitucional:

- El derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

A su parecer, como el ordenamiento superior prohíbe cualquier tipo de discriminación fundada en la orientación sexual, la legislación anterior que desconocía los derechos de las parejas del mismo sexo, ha sido derogada o declarada inconstitucional, en materias como el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho, la cobertura del sistema de salud, los beneficiarios de las pensiones, y las obligaciones alimentarias entre compañeros permanentes; siguiendo esta misma lógica, el Decreto 2737 de 1989, que avalaba únicamente la adopción por parejas heterosexuales, fue sustituido por la Ley 1098 de 2006, que no establece ninguna limitación en función de la orientación sexual o de la identidad de género de los miembros de la unión marital.

Pese a la clara y diáfana solución del derecho positivo que atendía integralmente a la prohibición de discriminación, la Defensoría de Familia resolvió negativamente la solicitud con un argumento artificioso y forzado sobre un supuesto requisito legal relativo al carácter homosexual de la pareja interesada en establecer el vínculo paterno-filial, que termina por crear un nuevo obstáculo a esta forma de adopción.

- El interés superior del niño previsto en el artículo 44 del texto constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, según lo demuestran estudios científicos “realizados por instituciones y entidades reconocidas por su idoneidad en la pediatría, en la psicología, psiquiatría y seriedad (sic)”, la convivencia entre menores y parejas gays o lesbianas no afecta su desarrollo físico, mental o emocional, pues, por un lado, tal situación no tiene ninguna incidencia significativa en la identidad de género de los menores, de modo tal que “el rol de género entre niños de madres lesbianas está dentro de

los límites de los roles sexuales convencionales”, y por otro, tampoco tiene un impacto negativo en el comportamiento general de los niños.

Los resultados de tales investigaciones científicas vendrían a ser corroboradas con la evaluación realizada al entorno familiar de Lakmé por parte de la sicóloga Luz Alba Rico, examen a partir del cual se concluyó que era conveniente reconocer y proteger los vínculos ya establecidos entre la menor y quien habría asumido el rol de madre, Fedora.

En tales circunstancias, la negativa de la entidad accionada para conformar la relación filiar, de manera arbitraria priva a la menor del 50% del goce y disfrute de derechos en materia de vivienda, educación, seguridad social, vestuario, alimentación y recreación, así como de las relaciones familiares a que tiene derecho.

- El Estado social de Derecho y los principios de la dignidad humana y pluralismo previstos en el artículo 1 de la Carta Política, en cuanto resulta indigno para una familia homo-parental que su hogar sea censurado por el Estado.

- El derecho al libre desarrollo de la personalidad establecido en el artículo 16 del texto constitucional, dado que la decisión de la entidad crea obstáculo injustificado para el ejercicio de la autonomía individual, y en últimas, constituye una forma velada de censura a las decisiones íntimas, vitales y personales.

- El derecho a la honra previsto en el artículo 25 del ordenamiento superior, por cuanto “al negárseles el derecho a la adopción en razón a su condición de homosexuales, se les está tildando de inmorales, de convivir en un hogar perjudicial”.

3. Respuesta de la entidad demandada y de las dependencias requeridas dentro del proceso judicial.

Una vez oficiada la entidad demandada, y vinculados al proceso la Dirección Regional de Antioquia del ICBF, la Jefatura de la Oficina de Adopciones de la misma dirección regional, y la Coordinadora Nacional de Adopciones, se obtuvieron las siguientes respuestas:

En primer lugar, se suministró información estadística sobre las adopciones en Colombia entre 2002 y 2009, discriminada según el género y nacionalidad de los solicitantes, y según la modalidad de adopción[2].

En segundo lugar, se presentaron los argumentos de oposición a la acción de tutela, de la siguiente manera:

- De un lado, se afirma que el amparo no es procedente, en cuanto la determinación de la entidad podía ser controvertida a través de los mecanismos judiciales ordinarios, y en particular, mediante la acción de nulidad en contra del correspondiente acto administrativo.

- Por otro lado, se sustenta jurídicamente la decisión de fondo de la Defensoría de Familia cuestionada en el amparo. En tal sentido, se afirma que cuando el artículo 42 de la Carta Política definió la familia como aquella “constituida por vínculos naturales o jurídicos entre un hombre y una mujer”, excluyó expresa y deliberadamente la posibilidad de que ésta se conformara por parejas del mismo sexo, y por tanto, prohibió también la modalidad de adopción exigida mediante la acción constitucional. Este modelo de familia definido por el constituyente fue acogido en la legislación; por ello, cuando el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que una persona puede adoptar al hijo de su cónyuge o compañero permanente, su alcance debe fijarse en los términos de la propia legislación, y en particular, a la luz de la Ley 54 de 1990, que define tales uniones como las formadas “entre un hombre y una mujer, que sin estar casadas, hacen una comunidad de vida permanente y singular”. Jurisprudencialmente se ha admitido la limitación constitucional anterior, y así, en la Sentencia C-814 de 2001[3], la Corte Constitucional sostuvo que la adopción por parejas homosexuales conformadas por personas del mismo sexo, por cuanto la concepción de familia acogida en el ordenamiento superior no era compatible con la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia; este tribunal afirmó que el potencial conflicto entre el interés superior del niño y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de las parejas homosexuales, había sido resuelto en el propio texto constitucional, en el sentido señalado.

- Adicionalmente, se sustenta jurídicamente el procedimiento administrativo seguido por la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro. En tal sentido, se argumenta que legalmente corresponde a estas entidades la revisión del cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales a partir de la documentación aportada, de modo que cuando tales exigencias no son satisfechas, se debe negar la procedencia de la solicitud de adopción, y no se puede dar trámite al requerimiento. Obviamente, tal decisión puede ser controvertida

dentro de la propia administración, y posteriormente por vía judicial, pero fueron justamente tales recursos los que fueron obviados por las accionantes.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 4 de noviembre de 2009, el Juzgado Primero Penal con Funciones de Conocimiento resolvió la solicitud de tutela, ordenando al ICBF Regional Antioquia, y a la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro, la continuación de los trámites administrativos de adopción, con observancia plena del derecho al debido proceso, el interés superior de la menor y el derecho a la igualdad. Asimismo, exhorta a las entidades accionadas para que se abstengan de realizar el tipo de prácticas que dieron lugar al amparo.

Como fundamento de las decisiones anteriores, se sostuvo que la determinación de la autoridad accionada vulneró los derechos al debido proceso y a la igualdad. Con respecto al primero de ellos, se afirma que se presentaron cuatro tipos de irregularidades: (i) De un lado, la entidad desconoció la escritura pública aportada por las accionantes, en la que consta que conviven desde el año 2005, y no desde la fecha del instrumento; (ii) tampoco se valoró la idoneidad física, mental y moral de la adoptante, ni se determinó la capacidad de la madre de la menor para prestar el consentimiento en la constitución de la nueva relación paterno-filial, como ha debido hacerse según el artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia; (iii) además, la solicitud ha debido ser resuelta, no por la Defensoría de Familia, sino por el Comité de Adopciones de la respectiva regional o seccional; (iv) finalmente, al resolverse el requerimiento de las peticionarias mediante un simple comunicado que dio por finalizado el procedimiento de adopción, se impidió a las interesadas impugnar las determinaciones inconstitucionales e ilegales de la entidad accionada.

Con respecto al derecho a la igualdad, se argumentó que toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual se presume inconstitucional por sustentarse en una categoría supechosa, y que por ello correspondía a las autoridades públicas demostrar científica y jurídicamente que la homosexualidad es incompatible con la adopción. En otras palabras, la Defensoría y demás autoridades encargadas del proceso administrativo, estaban obligadas a tomar la decisión, no con fundamento en el criterio de la orientación sexual, sino teniendo en cuenta la idoneidad física, moral y mental de la solicitante para asumir el rol de

madre o padre.

Con base en estas consideraciones, el juez concluyó que la entidad había vulnerado los derechos constitucionales de las accionantes, y accedió a sus pretensiones, en los términos señalados en los párrafos precedentes.

5. Impugnación

La autoridad accionada apeló el fallo argumentando, en primer lugar, que el amparo era improcedente, por existir otros mecanismo judiciales idóneos y eficaces para controvertir el acto administrativo que puso fin al trámite de adopción, y en segundo lugar, que la determinación de la entidad era consistente con la preceptiva constitucional y legal, y respetuosa de los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en el litigio.

6. Escrito de apelación adhesiva

El apoderado de las accionantes presentó un escrito con pretensiones de apelación adhesiva, en el que solicita al juez de segunda instancia que revoque la sentencia de tutela, y para que en su lugar orden directamente la adopción, y no simplemente la culminación de la fase administrativa del procedimiento.

7. Cumplimiento del fallo de tutela

Mediante Auto 472 del 9 de noviembre de 2009, la Defensoría de Familia No. 3 de Rionegro pretendió dar cumplimiento al fallo de amparo de primera instancia, avocando conocimiento de la solicitud de adopción, ordenando la realización del estudio de la documentación aportada previamente a la recepción del consentimiento formulado por Turandot, solicitando la agencia especial de la Procuraduría General de la Nación, y citando a las interesadas.

Mediante Resolución No. 116 del 10 de noviembre de 2009, la misma entidad confirmó la decisión de rechazo de la petición de adopción, por el incumplimiento de un requisito esencial previsto en el ordenamiento superior y en la legislación, sobre la existencia de una unión heterosexual entre el padre o madre del menor, y el interesado en la constitución del vínculo filial.

Esta resolución fue recurrida por Fedora y Turandot, con los mismos argumentos expuestos en los escritos de tutela. Mediante la Resolución 003 del 18 de noviembre 2009, la Defensoría de Familia resolvió el recurso, confirmando la determinación anterior, y denegando por improcedente la apelación.

8. Sentencia de segunda instancia

Mediante Sentencia del 20 de enero de 2010, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia resolvió la impugnación propuesta.

En este fallo se concluye que el escrito de apelación adhesiva es inadmisibles, puesto que esta figura tiene por objeto controvertir la parte resolutoria de una decisión judicial, mientras que el escrito persigue justamente su cumplimiento, para lo cual el ordenamiento jurídico prevé mecanismos judiciales específicos.

De igual modo, el Tribunal confirma el fallo de primera instancia, y aclara que la orden judicial se encamina a que la Defensoría adelante el trámite de adopción siguiendo los lineamientos del derecho al debido proceso, más no a resolver de fondo la solicitud en determinado sentido.

La providencia fue objeto de un salvamento de voto, a partir de tres tipos de consideraciones: (i) Por una parte, se afirma la improcedencia del amparo, por cuanto la resolución impugnada debía ser controvertida en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (ii) por otro lado, se aclara que la única irregularidad procedimental de la Defensoría de Familia consistió en impedir a las accionantes atacar su determinación de declarar la improcedencia de la solicitud de adopción, situación que no se predica de la decisión de no dar continuidad al trámite cuando advirtió que no se había dado cumplimiento al requisito de la unión marital de hecho durante al menos dos años; (iii) finalmente, se afirma que la abundante jurisprudencia constitucional sobre los derechos de los homosexuales carecía de trascendencia jurídica, toda vez que el debate jurídico versaba sobre temáticas sustancialmente distintas.

9. Incidente de desacato

Las peticionarias promovieron un incidente de desacato en contra el ICBF y de la Defensoría

Tercera de Familia Centro Zonal Oriente Regional Antioquia, por el presunto incumplimiento del fallo judicial.

Mediante providencia del 12 de abril de 2010, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro consideró que no se había configurado el desacato, con fundamento en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, en la medida en que la sentencia de tutela ordenó la regularización del procedimiento administrativo surtido en la Defensoría de Familia, pero no se refirió al contenido de la decisión, y en la medida en que la entidad accionada ajustó el trámite a tales exigencias, no se presentó el incumplimiento alegado por las actoras.

- Aunque no se llevó a efecto la totalidad del trámite administrativo, esto se debió a que la Defensoría de Familia consideró que no se habían satisfecho los requerimientos sustantivos de la adopción, por lo que no había lugar a adelantarlos en su integridad cuando de antemano la autoridad había evidenciado la falencia en la solicitud. Este hecho justifica que no se haya realizado la entrevista personal, la evaluación de la familia ni la apertura de la historia de la menor, tal como hubiera ocurrido si se hubiera evidenciado que el adoptante no tenía la edad mínima requerida legalmente, o que no tenía la diferencia de edad con el menor exigida por la legislación.

10. Escritos de intervención

A lo largo del proceso judicial se presentaron las siguientes intervenciones:

10.1. Conceptos de apoyo a la solicitud de amparo (Defensoría del Pueblo, Personería de Medellín, Centro de Estudios Dejusticia, Colombia Diversa, Jacequeline Karen Atala Riffo, Programa para Latinoamérica y el Caribe de la Comisión Internacional para los Derechos Humanos de Gays y Lesbianas, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Psicología de la Universidad Católica de Colombia, Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia, Escuela de Género de la Universidad Nacional de Colombia, Isabel Agatón Santander, y estudiantes de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, José Rodrigo Restrepo Parada)

10.1.1. Irregularidades en el trámite administrativo ante la Defensoría de Familia

Un primer grupo de argumentos advierte sobre las falencias de orden procedimental en que incurrió la entidad accionada en el procedimiento administrativo. Estos señalamientos coinciden con los que fueron individualizados en el fallo del juez de tutela de primera instancia, por lo que se omitirá una nueva descripción.

10.1.2. Vulneración de los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo

Un segundo grupo de apreciaciones apunta a demostrar que el derecho a la igualdad exige el reconocimiento de la adopción por parte de parejas integradas por personas del mismo sexo. Este derecho implícito, derivado de la prohibición general de discriminación, se explicaría por las siguientes razones:

- El artículo 68.5 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé la adopción por parte “del cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por los menos dos (2) años”. Como esta fórmula amplia y genérica no establece ninguna distinción entre las parejas homosexuales y heterosexuales, una interpretación textual descarta el requisito de la heterosexualidad, exigido por la entidad demandada durante el trámite administrativo, y con base en el cual se descartó la solicitud de las peticionarias.
- Aunque el artículo 42 de la Carta Política define la familia según el modelo heterosexual, y en consonancia con este, la Ley 54 de 1990 regula la unión marital de hecho en función de este paradigma, se debe efectuar una interpretación finalista, sistemática y evolutiva de tales preceptos, para hacerlos compatibles con la igualdad, la dignidad humana, el pluralismo y la autonomía personal.

Dentro de este nuevo marco hermenéutico, debe entenderse que como las relaciones familiares se conforman siempre que se establezcan lazos firmes de fraternidad, solidaridad, amor, ayuda y comprensión, carece de todo sentido circunscribir la familia al modelo heterosexual, y por esta vía descartar la adopción cuando la pareja interesada en ella no se ajusta a este patrón.

- Las medidas diferenciadoras establecidas en función de la orientación sexual deben ser sometidas a un test estricto de constitucionalidad, por estar sustentadas en un criterio sospechoso de discriminación. En este caso particular, la diferenciación no supera el mencionado examen, por cuanto no existen evidencias científicas sobre el daño potencial a los menores por su convivencia con parejas del mismo sexo, y por cuanto el criterio restrictivo se ampara en una noción estrecha de familia, incompatible con los principios constitucionales.

En este marco, los sistemas mundial e interamericano de derechos humanos han avalado esta modalidad de adopción sobre la base de la ilegitimidad de la discriminación en función de la orientación sexual o de la identidad de género, según lo establecen los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, y la tercera resolución de la OEA sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”. En este mismo sentido, recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la decisión de las autoridades judiciales chilenas de revocar la custodia de los hijos a una madre, en virtud de su orientación sexual y de su identidad de género, era incompatible con la CADH[4].

De modo análogo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que las parejas del mismo sexo conforman una unión permanente, y en las sentencias C-029 de 2009[5], T-1241 de 2008[6], T-798 de 2008[7], C-336 de 2008[8], T-856 de 2007[9] y C-075 de 2007[10] ha admitido una amplia gama de derechos a tales parejas. Las premisas en las que se han sustentado tales decisiones conducen necesariamente al reconocimiento de su derecho a conformar una familia, una de cuyas manifestaciones es justamente la adopción de menores.

Por su parte, el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia C-814 de 2001[11], que justifica la prohibición de esta figura para las uniones entre personas del mismo sexo, no es aplicable a la hipótesis examinada en esta oportunidad. De un lado, en la providencia señalada la Corte se pronunció sobre una norma que regulaba una modalidad de adopción distinta, a saber, la modalidad conjunta, en la que un niño es insertado en un nuevo hogar con dos nuevos padres, mientras que ahora se debe pronunciarse sobre la modalidad consentida, en la que únicamente se conforma el vínculo filial con el cónyuge o compañero permanente del padre o madre biológica, y con el que previamente se establecido lazos

afectivos. Adicionalmente, dicha sentencia declaró la constitucionalidad de una disposición contenida en un cuerpo normativo que hoy se encuentra derogado: el Código del Menor.

- En estricto sentido, la menor ha debido ser registrada como hija de Fedora, en virtud de la presunción de filiación a favor de la pareja de la madre contenida en el artículo 213 del Código Civil. En defecto de este registro, se ha debido admitir la adopción.

10.1.3. Transgresión de los derechos reproductivos de la mujer.

Un tercer grupo de apreciaciones apunta a demostrar que los derechos reproductivos tienen una dimensión positiva que comprende un deber de abstención del Estado, para no imponer obstáculos a la decisión libre y autónoma tener hijos. Cuando el Estado prohíbe o limita la adopción en función de criterios como la orientación sexual o la identidad de género, o induce la decisión de no tener hijos, crea también una barrera normativa ilegítima a la reproducción, o al menos impone una carga desproporcionada al padre o la madre biológica que tiene una pareja de su mismo sexo, y con la cual no podría compartir las responsabilidades derivadas de la relación paterno-filial.

10.1.4. Desconocimiento del interés superior del niño.

Finalmente, un cuarto grupo de observaciones indica que las barreras a la filiación por razones asociadas a la orientación sexual de los adultos interesados en la conformación de la relación de paternidad, desconocen el interés superior del niño, por dos razones básicas: (i) Por un lado, estudios autorizados y reconocidos por la comunidad científica nacional e internacional, concluyen que no existen evidencias de que la inserción de niños en hogares diversos tenga la potencialidad de afectar el desarrollo de los niños, por lo que negar la modalidad de adopción requerida resulta lesiva de sus derechos y de su interés superior; (ii) adicionalmente, impedir la adopción por consentimiento en la hipótesis examinada, priva al menor de la posibilidad de tener más de un proveedor y cuidador, y por esta vía desconoce su derecho a tener una familia y su derecho a la doble filiación.

10.2. Intervenciones en defensa de la parte accionada (Procuraduría General de la Nación, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Universidad de la Sabana, Universidad Sergio Arboleda, Conferencia Episcopal Colombiana, Carlos Fradique Méndez, María Andrea Anzola Linares, Henry Cifuentes Arias, Ana María García Gamboa, Mariana Patiño Rangel, Diego

Leonardo González, Carlos Corsi Otálora, César Augusto Hernández Otálora, Guillermo Sánchez Medina, KERNAKIS).

Estas intervenciones, encaminadas a demostrar que las pretensiones de las accionantes no están llamadas a prosperar, se estructuran a partir de los argumentos que se reseñan a continuación.

10.2.1. Improcedencia de la acción de tutela.

Por un lado, se señala la improcedencia del amparo por las siguientes razones:

- No se cumple con el requisito de la amenaza o violación de un derecho fundamental, en cuanto el requerimiento se sustenta exclusivamente en conjeturas sobre peligros y riesgos futuros, hipotéticos e inciertos, como la eventual desprotección del niño en caso de muerte de la progenitora, o la remota afectación síquica de ésta por no contar con la doble filiación de la menor, y no en daños actuales e inminentes que tengan la potencialidad de afectar el goce efectivo de un derecho constitucional.
- No se satisface el requisito de subsidiariedad. En efecto, como las demandantes pretenden atacar el fondo de la decisión adoptada por la Defensoría de Familia, la controversia ha debido ser canalizada a través de los mecanismos judiciales diseñados específicamente para este efecto, como ocurre con las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los correspondientes actos administrativos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y con las vías procesales ordinarias ante el juez de familia. Además, como en últimas se pretende inaplicar la legislación vigente, que impone límites claros e inequívocos a la adopción de menores por parejas del mismo sexo, y que define las uniones maritales de hecho en términos heterosexuales, acceder a las pretensiones de las accionantes implicaría, desde una perspectiva material, que el juez de tutela realice un control constitucional oficioso del derecho positivo, el cual sólo puede ser activado mediante una demanda de inconstitucionalidad ante esta Corporación, y con las garantías procesales propias de tal dispositivo.

10.2.2. Los límites competenciales de la Corte Constitucional en sede de revisión

Un segundo tipo de señalamientos advierte sobre las limitaciones competenciales de la

Corte Constitucional en el presente amparo.

En primer lugar, se argumenta que la intervención de este tribunal carecería de todo objeto y utilidad, en tanto el juez de instancia profirió un fallo ordenando la regularización del trámite administrativo, que fue acatado y cumplido integralmente por la entidad accionada. Así las cosas, esta corporación se vería abocada a pronunciarse sobre un problema jurídico que ya ha sido debatido y resuelto satisfactoriamente, y a controlar y monitorear la ejecución de fallos en otras instancias, todo cual desborda sus competencias constitucionales[12].

De igual modo, se indica que como a la luz de la legislación vigente la adopción únicamente puede ser decretada por vía judicial, y que como en el caso concreto únicamente se surtió una parte de la fase administrativa, la Corte carecería de toda competencia para sustituir la función judicial y ordenar directamente la constitución del vínculo filial. En otras palabras, este tribunal únicamente podría ordenar a las instancias administrativas que resuelvan la solicitud atendiendo a ciertos criterios y pautas materiales, pero en modo alguno podría decretar la adopción u ordenar que se pretermita la recepción del consentimiento de la madre biológica o la valoración de las condiciones de la familia adoptante, como lo pretenden las peticionarias.

10.2.3. Sobre el respeto del debido proceso.

Un tercer grupo de argumentos apunta a demostrar que la entidad accionada no desconoció el debido proceso, así:

- La Defensoría de Familia no tenía la obligación de agotar el trámite administrativo para declarar la improcedencia de la solicitud si previamente determinó la inobservancia de los presupuestos de adopción, como el de la heterosexualidad de la pareja solicitante y el de la convivencia ininterrumpida durante al menos dos años consecutivos.

En efecto, según los lineamientos técnicos de la institución, con anterioridad al acopio del material probatorio y a la valoración de la familia adoptante, se debe obtener el consentimiento del padre o madre biológica, y ello únicamente es posible cuando se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos legales previstos en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Como en este caso particular estos no fueron satisfechos,

no había lugar a la valoración reclamada por las accionantes.

En otras palabras, se trata de presupuestos de procedibilidad cuya observancia debe ser determinada antes de obtener el consentimiento del cónyuge o compañero y antes de proceder a la valoración de la familia, por lo que de no cumplirse satisfactoriamente, el trámite administrativo debe concluir anticipadamente.

- La valoración psicosocial de las personas interesadas en la constitución de la relación paterno-filial debe ser efectuada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) a través de un equipo interdisciplinario independiente, y no por terceros contratados por las mismas partes involucradas en el trámite, como aspiran las peticionarias.

- Dado que en los fallos de primera y segunda instancia se concedió el amparo, ordenando la regularización del trámite administrativo, y dado que en cumplimiento de tales órdenes el ICBF adecuó sus actuaciones a estos parámetros, la Corte debe declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, o tener por cumplido el fallo judicial.

10.2.4. Alcance de los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo

Por otro lado, los intervinientes argumentan que la determinación de la Defensoría de Familia de concluir anticipadamente el trámite administrativo, no transgrede los derechos de las uniones homosexuales, por las siguientes razones:

- Aunque la figura de la adopción tiene naturaleza y arraigo constitucional, propiamente no existe un derecho a la conformación de vínculos filiales, pues se trata de una medida de protección de los menores, a través de la cual se asegura y materializa el interés superior de niño y su derecho a tener una familia. Por tal motivo, fundamentar la solicitud de tutela en este supuesto derecho, equivale a invertir los términos de las cosas, asumiendo erradamente que la mencionada figura se instituyó en beneficio de los adoptantes, y no de los propios niños[13].

- Dado que la adopción es una medida de protección del menor a través de la cual se provee de una familia al menor que carece de la doble filiación, y dado que por expresa disposición constitucional el Estado acoge y protege la familia heterosexual y

monogámica, tanto la legislación como la interpretación que se haga de ella, debe sujetarse a esta definición del ordenamiento superior. Desde esta perspectiva, la prohibición para la adopción homoparental es un imperativo fijado directamente en la Carta Política, y no una definición de raigambre legal, jurisprudencial o gubernamental.

En este marco, la limitación cuestionada por las peticionarias ya ha sido analizada y avalada expresamente por la Corte Constitucional. En efecto, en la sentencia C-814 de 2001[14] se examinó la constitucionalidad del artículo 90 del ya derogado Código del Menor, sosteniendo que como la adopción pretende insertar a los menores a una familia, y que como la Carta Política protege la familia heterosexual y monogámica, la restricción legal no solo no desconoce el ordenamiento superior, sino que además, consagra la única solución admisible desde la perspectiva constitucional.

- La barrera normativa no constituye una forma de discriminación, en cuanto las diferencias en el tratamiento entre las parejas homosexuales y las heterosexuales se establece en función de diferencias fácticas que, a la luz de la propia normativa constitucional, son jurídicamente relevantes. En tal sentido, el sexto de los miembros que integran una unión no solo constituye un criterio admisible para la configuración de la familia en general, sino también para la determinación de los requisitos y el alcance de la adopción.

- Aunque la Corte Constitucional ha reconocido los derechos de las parejas homosexuales, tal afirmación se ha hecho en aspectos puntuales en los que a la luz del principio de igualdad, resultaba imperativa la equiparación con las uniones maritales de hecho para superar el déficit de protección de sus miembros. Así por ejemplo, en las sentencias C-075 de 2007 y C-029 de 2009 se unificó el régimen patrimonial de ambos tipos de parejas, pero en modo alguno fueron asimiladas para todos los efectos legales. Desde esta perspectiva, extrapolar la equiparación que se ha dado en aspectos puntuales, para aplicarla en materias ajenas y extrañas a las relaciones entre los convivientes, implica un giro jurisprudencial que debería ser justificado y sustentado en el propio ordenamiento superior.

10.2.5. El interés superior del niño

Por último, los intervinientes aducen que la determinación de la entidad accionada atiende

y responde al interés superior del niño, así:

- Admitir la modalidad de adopción reclamada en la tutela negaría el derecho del menor a tener una familia según los estándares del artículo 42 del texto constitucional, es decir, integrada por padres que conforman una pareja heterosexual. Por tal motivo, el niño así adoptado se encontraría en una posición de desventaja frente a los demás, que cuentan con un padre y una madre.

- De acceder a la petición requerida, se desconocería el derecho de los menores a establecer su filiación natural, y a conocer y constituir un vínculo con los padres biológicos, pues la adopción es irrevocable y tiene como efecto fundamental la extinción del parentesco por consanguinidad. Estos derechos fundamentales guardan a su vez una relación directa y estrecha con los derechos a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad, por lo que también se verían afectados con la interpretación propuesta por las demandantes.

- Los estudios empíricos demuestran que la adopción por parejas del mismo sexo no es compatible con el interés superior del niño, por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, los estudios empíricos aportados por los intervinientes que actuaron en defensa de las accionantes, por presentar graves fallas en su diseño metodológico, no son concluyentes.

(iii) Finalmente, los estudios empíricos que sí tienen un diseño metodológico aceptable demuestran, por un lado, la existencia de una relación causal entre la crianza y convivencia de niños con parejas del mismo sexo, y los efectos adversos en el desarrollo de los menores en las distintas áreas vitales como la identidad sexual, el rendimiento escolar, la inestabilidad emocional afectiva, entre otras, y por otro, que la crianza y adopción de niños por personas de distinto sexo ofrece un entorno más favorable para su desarrollo[15].

- La decisión de no dar en adopción a la menor no vulnera su derecho a tener una familia, pues la misma ya se ha conformado con su madre biológica. Que la menor no conozca a su padre y que no se haya formalizado la relación filial con éste, no es atribuible a la actuación de la entidad demandada, sino a la decisión arbitraria de la madre biológica

de concebir un hijo a través del procedimiento de inseminación artificial, y de no permitir la filiación con el progenitor.

- No es cierto que los menores que tienen una única filiación tan solo gozan del 50% de sus derechos, pues en todo caso el padre o madre debe asumir la totalidad de las obligaciones derivadas de la relación paterno-filial. Y los hipotéticos y eventuales problemas de desprotección de los menores que tienen una única filiación, deben ser resueltos a través de otros mecanismos ya previstos en la legislación.

11. Otras actuaciones procesales

Dentro del proceso se presentaron otras actuaciones procesales, además de las intervenciones.

En efecto, el día 22 de agosto de 2014 el ciudadano Javier Armando Suárez Pascagaza, actuando como representante de la Fundación Marido y Mujer, presentó un memorial con los siguientes propósitos: (i) informar al magistrado sustanciador, que previamente solicitó a varios magistrados que se declarasen impedidos para conocer y votar sobre el caso, considerando que actualmente se adelanta una investigación penal y disciplinaria en contra de todos ellos en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes dentro del expediente Nro. 3991, con ocasión de su voto en la sentencia C-577 de 2011, que exhorta al Congreso de la República a regular el acto solemne de unión de personas del mismo sexo, es decir, con ocasión y en razón de un fallo que versa sobre un asunto análogo al que se debe resolver en esta oportunidad; (ii) solicitar la designación de los correspondientes conjueces, dentro de los cuales no podría actuar como conjuez el doctor Rodrigo Uprimny, por cuanto ha actuado como apoderado de parejas del mismo sexo ante jueces de la República para obtener el reconocimiento del matrimonio entre ellos; (iii) aclarar que la Corte Constitucional carece de la competencia para resolver sobre la viabilidad de la adopción por parejas del mismo sexo, porque esta prerrogativa de orden legislativo corresponde al Congreso de la República, y porque en todo caso, el interés superior del menor hace imperativa su adopción y crianza por parejas de distinto sexo; (iv) solicitar al magistrado sustanciador que revise el proyecto presentado a la Sala Plena, en atención al peligro que la adopción por parejas del mismo sexo, representa para el bienestar de los menores de edad.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución, y con el Decreto 2591 de 1991, la Corte es competente para revisar el fallo de tutela.

2. Cuestiones a resolver

De acuerdo con los planteamientos anteriores, esta Corporación debe resolver los siguientes asuntos:

En primer lugar, se debe establecer la procedencia del amparo. Con tal propósito, se deben abordar tres cuestiones específicas: (i) si el debate jurídico sobre el trámite administrativo de adopción y sobre las causales para declarar su improcedencia, puede tener trascendencia constitucional; (ii) si los recursos judiciales ordinarios en contra de la determinación de las defensorías de familia de no dar trámite a la solicitud de adopción, descartan la acción de tutela; (iii) y finalmente, si se encuentra satisfecho el requisito de la inmediatez, cuando la respectiva acción se propone ocho meses después de haberse proferido el acto que a juicio de las peticionarias, dio lugar al desconocimiento de sus derechos fundamentales. A partir de esta definición se determinará si la tutela es procedente en este caso particular.

En segundo lugar, en caso de dar una respuesta afirmativa al interrogante anterior, la Corte deberá emprender el examen de fondo del caso. Para este efecto, se valorarán, por una parte, las supuestas irregularidades procedimentales del trámite administrativo de adopción. Aunque en principio estas cuestiones no tienen una connotación iusfundamental, serán abordadas en la medida en que a juicio de las accionantes, implican la violación del derecho al debido proceso.

Posteriormente se efectuará una evaluación material de la decisión de la Defensoría de Familia que declaró la improcedencia de la solicitud de adopción, resolviendo tres cuestiones:

De un lado, dado que según la declaración notarial de las peticionarias suscrita en Alemania, la menor Lakmé tiene un progenitor conocido por las accionantes, pero como

tampoco se advierte que éste o la madre hayan expresado su voluntad de conformar el vínculo filial con el progenitor, se determinará si la circunstancia de que un niño haya sido el resultado del procedimiento de inseminación artificial heteróloga[16] de donante conocido, descarta automáticamente la adopción, y si en este caso, hace inviable la pretensión de las accionantes en el presente proceso.

- De otro lado, teniendo en cuenta que las partes y los intervinientes que actuaron en su favor argumentaron que la Defensoría de Familia habría incurrido en una “vía de hecho”, por desconocer que la legislación vigente admite la adopción por consentimiento por el compañero permanente del padre o madre del menor, sin circunscribir expresamente esta figura a las parejas heterosexuales, se establecerá si la decisión de la autoridad quebrantó directa y abiertamente el ordenamiento legal, y en particular, el artículo 68.5 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

- Finalmente, se definirá si la medida cuestionada es contraria a los derechos constitucionales, tanto de la pareja interesada en la filiación, como del menor. Específicamente, se examinará si la negativa del Estado para la adopción de los hijos de la pareja con quien es conforma una unión homosexual, con fundamento en el carácter homosexual de la unión, se transgreden los siguientes derechos constitucionales: (i) el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, y por esta vía los derechos a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad de las personas con orientación sexual diversa; (ii) el derecho a la autonomía y a la intimidad familiar; (iii) los derechos del niño a tener una familia, y a acceder a los beneficios y prerrogativas asociados a los vínculos familiares, como la identidad personal, la educación, la salud, la recreación y la vivienda.

Una vez resueltas las cuestiones anteriores, se solucionará el caso particular, determinando si la entidad demandada desconoció el debido proceso administrativo, así como los derechos fundamentales de las accionantes.

3. Procedencia de la acción de tutela

Encuentra la Corte que en este caso se cumplen las exigencias constitucionales y legales para la procedencia del amparo, por las siguientes razones:

3.1. Legitimación de las partes

Por un lado, se encuentra satisfecho el requisito de la legitimación en la causa por activa, toda vez que quienes interponen la acción de tutela (Turandot, Fedora y Lakmé) son personas naturales titulares de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados; aunque Lakmé es menor de edad, se encuentra representada por su madre, que actúa a nombre propio y en representación de su hija. Asimismo, se cumple la legitimación en la causa por pasiva, dado que la acción se dirige contra la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro, que hace parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Se trata de una autoridad pública encargada de adelantar la primera fase del trámite administrativo de adopción, y especialmente, de recibir la documentación y de determinar el cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales de adopción. A juicio de las peticionarias, justamente en el marco de tales competencias, la entidad quebrantó el ordenamiento superior.

3.2. Trascendencia iusfundamental de la controversia

También se encuentra satisfecho el elemento objetivo de procedibilidad, por cuanto el debate jurídico gira en torno al contenido, alcance y goce de los derechos fundamentales, tanto de la menor involucrada, como de la madre biológica interesada en el proceso de adopción, y de su pareja que pretende la consolidación de la relación filial.

En efecto, dentro de este proceso judicial se adujo que la Defensoría de Familia habría incurrido en varias irregularidades vulneratorias del derecho al debido proceso, así: (i) No se agotó el trámite administrativo previsto en la ley, pues la entidad demandada denegó prematuramente la correspondiente petición de adopción, pretermitiendo todas las instancias que correspondía adelantar antes de resolver sobre la conformación de la relación filial; (ii) la declaración de improcedencia se sustentó en una errónea valoración de las pruebas, al considerar que la unión entre Fedora y Turandot comenzó en la fecha en que se suscribió la escritura pública de declaración de convivencia, es decir, el 15 de marzo de 2008, y no en la fecha que se señala en el instrumento como momento en que se dio inicio a la unión marital, es decir, el 1 de julio de 2005; a partir de esta falsa premisa, la entidad concluyó que las accionantes no habían satisfecho la exigencia prevista en el artículo 68.5 del Código de la Infancia y la Adolescencia, sobre la convivencia ininterrumpida durante al menos dos años; (iii) el requerimiento debió ser resuelto por el Comité de Adopciones y no por la Defensoría de Familia, por lo que la resolución

impugnada tiene un claro vicio de orden competencial; (iv) la determinación de la autoridad se registró en un simple comunicado y no en un acto administrativo susceptible de ser notificado y controvertido en las vías administrativa y judicial.

Por otro lado, la controversia judicial versa sobre una presunta afectación derivada del contenido de la decisión de la Defensoría de Familia de no dar trámite a la solicitud de adopción, así: (i) primero, se habría desconocido el derecho de la menor a tener una familia, y por esta vía, su derecho a acceder a los beneficios y derechos patrimoniales y no patrimoniales que se derivan de la filiación; (ii) segundo, se habría transgredido el derecho a la igualdad de la progenitora y su compañera, por las barreras y obstáculos para el ejercicio de las libertades fundamentales y las prerrogativas establecidas en el derecho positivo, impuestas en función de criterios claramente discriminatorios, como la conformación de hogares diversos; (iii) y finalmente, se habrían violado los derechos asociados al principio de igualdad, como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

3.3. Subsidiariedad del amparo

De igual modo, también se entiende satisfecha la exigencia de la subsidiariedad. Aunque algunos de los intervinientes sostienen que existen otros mecanismos judiciales que garantizan el goce de los derechos presuntamente amenazados o vulnerados, particularmente con las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo proferido por la entidad demandada o con la revisión de las decisiones administrativas por el juez de familia, y con la acción de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones legales que establecen barreras a la adopción, la Corte encuentra que tales dispositivos carecen de la idoneidad y eficacia requeridas para desplazar el amparo.

En efecto, durante el proceso se argumentó que la determinación de la entidad accionada podía ser controvertida directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez de familia, o indirectamente, mediante la acción de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones legales en que se fundamentó la autoridad accionada para declarar la improcedencia de la solicitud de adopción.

Con respecto a los mecanismos directos, podría suscitarse la duda sobre la vía procesal que

debe ser utilizada para controvertir este tipo de resoluciones de las autoridades administrativas. Podría pensarse que este escenario es la justicia civil, ya que según las normas que fijan el procedimiento para el restablecimiento de los derechos de los niños, corresponde al juez de familia la homologación de las resoluciones de adoptabilidad (arts. 119.1, 123 y 124 C.I.A.)[17] y de las que establezcan obligaciones de protección al menor (Art. 100 C.I.A.), así como la revisión de las decisiones proferidas por los defensores de familia, en los casos determinados por la ley (Art. 119.2 C.I.A.).

A juicio de la Corte, sin embargo, este mecanismo no podría desplazar la acción de tutela, en atención a que no está diseñado para impugnar judicialmente las declaratorias de improcedencia de las solicitudes de adopción, lo que a juicio de las actoras constituye la fuente de la vulneración de sus derechos fundamentales, por las siguientes razones:

- La previsión del artículo 100 para la homologación de las decisiones del juez de familia se circunscribe a los casos en que el funcionario define obligaciones de protección al menor, mientras que en la hipótesis examinada la medida administrativa tiene un contenido sustancialmente diverso, referido justamente a la determinación de no dar trámite al procedimiento de adopción.
- La revisión judicial de las determinaciones de los defensores se limita a las hipótesis expresamente señaladas en la ley, pues el artículo 119.2 establece de manera expresa que la revisión procede “en los casos señalados en la ley”. Como la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción no se encuentra en la legislación, no puede ser invocada para desplazar el amparo.
- Finalmente, existe un procedimiento especial de adopción en el que la intervención judicial se limita a la homologación de la declaratoria de adoptabilidad. En efecto, el trámite comprende una fase administrativa, en la que se verifica el cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales, se efectúa el juicio de idoneidad a partir de criterios técnicos, y se determina la conveniencia de insertar al menor en el núcleo familiar reclamado; cuando se concluye que debe accederse a la petición, el Comité de Adopciones expide la correspondiente resolución; únicamente cuando se agota la instancia administrativa y el comité decide favorablemente la petición, hay lugar a la intervención del juez de familia, que se encarga de homologar el correspondiente acto administrativo. Así

pues, el rol del juez no es el de servir de veedor de todo el trámite administrativo, sino únicamente el de validar la determinación del Comité de Adopciones de autorizar la conformación de la relación paterno-filial. Por tal motivo, tampoco de las reglas especiales de adopción se infiere la existencia del mecanismo judicial para impugnar la determinación del defensor de familia de declarar la improcedencia de la solicitud.

En definitiva, como al juez de familia no le corresponde controlar la constitucionalidad y la legalidad de las resoluciones que declaran la improcedencia de la solicitud de adopción por el incumplimiento de sus presupuestos constitucionales y legales, los mecanismos que existen en este escenario judicial no desplazan la acción de tutela.

Así las cosas, y atendiendo a que la determinación de la Defensoría de Familia de no dar trámite a la solicitud de adopción, constituye un acto administrativo, y a que según reglas generales que rigen la actividad de la Administración Pública, tales medidas pueden ser controvertidas tanto en la vía gubernativa como en sede judicial, los reproches a la constitucionalidad y a la legalidad de tales actos pueden ser canalizados a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Según el artículo 84 del del Decreto 01 de 1984, vigente cuando se expidió la resolución de la entidad accionada, “toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”. Por su parte, el artículo 85 del mismo decreto dispone que “toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño (...)”. De esta manera, en principio las peticionarias contaban con este mecanismo judicial para impugnar la determinación de la entidad demandada de declarar la improcedencia.

Ahora bien. Pese a que el ordenamiento jurídico prevé tales vías procesales, la Corte encuentra que en este caso las mismas no tienen la potencialidad de garantizar adecuada y eficazmente los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por la confluencia de

dos circunstancias.

Aunque la circunstancia anterior por sí sola no descarta la vías judiciales ordinarias ni torna improcedente el amparo, cuando para la solución de la controversia iusfundamental no existen pautas y criterios legales o jurisprudenciales específicos, decantados, claros e inequívocos que puedan guiar al juez ordinario en la defensa de los derechos constitucionales, la vía procesal ordinaria pierda la nota de idoneidad de la que por regla general se encuentra revestida. En otras palabras, como no existe un escenario específico para el debate iusfundamental, la inexistencia de tales pautas impide la adecuada garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales.

En este caso especial, las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho se centrarían en establecer si el acto administrativo expedido por la Defensoría de Familia adolece de un vicio competencial, formal, procedimental, sustancial o en la motivación que afecte su validez, y solo de manera indirecta, incidental y consecuencial, en el marco de estos vicios, se examinaría y determinaría la eventual transgresión de los derechos constitucionales cuya vulneración se alega por las peticionarias. Como para la resolución del amparo se deben abordar cuestiones relacionados con el modelo de familia acogido por el constituyente, el alcance de la prohibición de discriminación, en función del sexo de la pareja interesada en la adopción, las consecuencias jurídicas de la autonomía familiar en la inserción de nuevas personas en el núcleo familiar, los efectos jurídicos de la asimilación entre las uniones heterosexuales y las homosexuales por vía judicial, o la situación de vulnerabilidad de los niños que tienen filiación única, que al momento no tienen una respuesta concluyente y definitiva, ni legislativa, ni jurisprudencialmente, su resolución en un escenario estructurado para otro tipo de debates, resulta claramente inadecuado. Por este motivo, este mecanismo carece de la idoneidad para sustituir al amparo[18].

Finalmente, la acción de inconstitucionalidad tampoco tiene la potencialidad de garantizar los derechos de las accionantes, ni siquiera de manera indirecta, incidental o consecuencial. En efecto, a través del control abstracto se asegura la sujeción del derecho legislado al ordenamiento superior, eliminando del sistema jurídico los preceptos legales incompatibles con las disposiciones de rango constitucional. Por este motivo, ninguna decisión adoptada por el juez constitucional, sea cual fuere, podría satisfacer las pretensiones de las peticionarias de ordenar la constitución de la relación paterno-filial entre Lakmé y Fedora.

En el mejor de los casos, o se excluirían del ordenamiento los preceptos legales limitativos de la adopción, o se interpretarían de modo tal que en abstracto, habilitarían la modalidad de adopción requerida en la tutela; pero ni aún en este escenario, el fallo solucionaría la problemática específica en la que se encuentran envueltas las actoras.

3.4. La inmediatez del amparo

Por último, se entiende satisfecha la exigencia de la inmediatez. Pese a que la tutela fue interpuesta el día 21 de octubre de 2009, ocho meses después de haberse proferido el acto administrativo que a juicio de las peticionarias es la fuente de vulneración de sus derechos, las particularidades del caso demuestran el nexo temporal entre el hecho constitutivo de la presunta vulneración y la presentación de la acción.

En efecto, la Corte ha establecido que esta exigencia no se evalúa en abstracto[19], a partir de un plazo fijo y determinado con vocación general, sino a partir de las circunstancias relevantes de cada caso, relacionadas con la prolongación en el tiempo del hecho vulnerador, los derechos involucrados, las posibilidades efectivas de los peticionarios de acceder a la justicia, la situación de vulnerabilidad del accionante que dificulte la interposición de la acción[20], entre otros.

En el caso sometido a examen se puede evidenciar una continuidad temporal entre el acto administrativo cuestionado y la acción de tutela. Por un lado, debe tenerse en cuenta que aunque el amparo no fue propuesto inmediatamente después de haberse proferido la resolución que denegó la solicitud de adopción, las peticionarias desplegaron a lo largo de todo este tiempo acciones concretas encaminadas a superar y a desvirtuar las deficiencias que se señalaron en la respectiva resolución; así por ejemplo, las peticionarias buscaron conceptos psicológicos para refutar la tesis supuesta por la Defensoría de Familia de que la homosexualidad de la pareja descartaba de plano su idoneidad para adoptar a la menor; de modo semejante, como en la misma resolución se sostuvo que no se cumplía con la exigencia temporal de la Ley 1098 de 2006, sobre la convivencia de la pareja durante al menos dos años ininterrumpidos, las accionantes realizaron las gestiones necesarias para formalizar su matrimonio en el exterior y darle efectos en Colombia, y para acreditar la antigüedad del vínculo[21]. Es decir, no hubo inactividad procesal de las actoras.

Por otro lado, aunque la situación que dio lugar a la tutela se originó en una resolución que

fue proferida en febrero de 2009, la presunta afectación iusfundamental se ha proyectado a lo largo del tiempo y hasta el día de hoy, por lo que mientras ésta persista, es viable el recurso de amparo.

Así las cosas, la Corte concluye que también se encuentra satisfecho el requisito de inmediatez.

3.5. La competencia de la Corte para revisar las decisiones de instancia

Por último, con respecto a las objeciones de algunos intervinientes, según las cuales la intervención de la Corte en el trámite de tutela desbordaría sus competencias, en cuanto ya existe un pronunciamiento de fondo que fue acatado por la entidad accionada, se aclara que tal circunstancia no afecta la procedencia de la acción, ni guarda relación con sus competencias constitucionales y legales. En efecto, la circunstancia de que el amparo haya sido resuelto favorablemente y de que haya sido acatado por la entidad accionada, no tiene incidencia en la procedencia de este mecanismo, sino que eventualmente podría constituir un elemento de juicio para descartar la selección del caso en sede de revisión; no obstante, tal decisión ya es un hecho cumplido, y no está revestido de ninguna irregularidad, y menos aún, si se tiene en cuenta que en este tipo de determinaciones la Corte cuenta con un amplio margen de apreciación, tanto para definir los criterios de selección, como para valorar los casos a luz de aquellos. Por otro lado, el hecho de que el fallo en primera instancia haya sido cumplido por la entidad accionada no afecta competencia de esta Corporación, ya que según el modelo constitucional, su rol no es el de hacer cumplir los fallos de amparo, sino justamente, el de revisar las decisiones ya adoptadas por el juez constitucional.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, la Corte concluye que el amparo propuesto por las peticionarias es procedente, y que por tanto, hay lugar a un pronunciamiento de fondo.

4. El examen sobre la vulneración del derecho al debido proceso

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, a continuación se evaluarán las presuntas irregularidades en que a juicio de las peticionarias, de los intervinientes que actuaron en favor suyo, y de la sentencia de primera instancia, incurrió la autoridad demandada durante

el trámite administrativo de adopción, sin perjuicio del examen de los requisitos de fondo.

Según los sujetos procesales, la entidad demandada incurrió en cuatro irregularidades: (i) Declaró la improcedencia del requerimiento para la conformación del vínculo filial, sin haber agotado el procedimiento administrativo, y en particular, sin haber efectuado el estudio para determinar la idoneidad física, mental, moral y social de la solicitante, y sin haber recibido el consentimiento de Turandot; (ii) la decisión se sustentó en una errónea valoración del material probatorio, como quiera que para contabilizar los dos años de la unión marital entre Turandot y Fedora requeridos por el Código de la Infancia y la Adolescencia, la entidad tomó como punto de partida la fecha en que fue suscrita la escritura pública de declaración de convivencia, y no la fecha expresada por ellas en tal documento como momento de iniciación de la unión; (iii) la improcedencia fue decretada por la Defensoría de Familia y no por el Comité de Adopciones del ICBF, como correspondía según la ley; (iv) la determinación de la autoridad pública consta en un simple comunicado, y no en un auténtico acto administrativo dotado de las formalidades legales, y susceptible de ser controvertido en la vía gubernativa, y judicialmente.

En este contexto, corresponde a la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Si la improcedencia de la solicitud de adopción por incumplimiento de los presupuestos legales y constitucionales debe resolverse una vez agotado el procedimiento administrativo, o si puede decretarse cuando se verifica su inobservancia.
- Si para los efectos de la adopción consentida[22], la contabilización del término de dos años de convivencia ininterrumpida entre el solicitante y su compañero permanente, tiene como punto de partida la fecha de la declaración notarial, o la fecha expresada en el instrumento como el momento en que se dio inicio a la vida marital.
- Si la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción por incumplimiento de los presupuestos legales y constitucionales, debe ser proferida por el Comité de Adopciones del ICBF, o por la Defensoría de Familia.
- Si la solicitud de adopción puede ser resuelta mediante notas escritas informales dadas a conocer a las partes involucradas, en las que se expresa la determinación de la entidad, y las razones de hecho y de derecho en que se sustenta la decisión, o si se

requiere que tal decisión sea plasmada en una resolución con todas las formalidades de las que normalmente se encuentra revestidos tales actos administrativos.

A continuación se resolverán estos interrogantes.

4.1. La terminación anticipada del trámite administrativo de adopción

En cuanto al primero de los cuestionamientos, la Corte considera que el procedimiento administrativo de adopción por consentimiento puede concluir anticipadamente cuando se verifica la inobservancia de uno o más de los presupuestos legales y constitucionales, incluso si no se ha efectuado el estudio de la idoneidad de adoptante, ni la recepción del consentimiento del padre o madre del menor.

En efecto, según las resoluciones 1641 de 2006 y 2310 de 2007, contentivas de los Lineamientos Técnicos del Programa de Adopción vigentes cuando se presentó y resolvió la solicitud de las accionantes, el trámite comprende distintas etapas: el acercamiento al programa, la preparación de los interesados, la recepción y valoración de los documentos, la evaluación de las familias, la remisión de la solicitud al comité de familia, y su aprobación o rechazo. Según tales resoluciones, el tránsito a las etapas subsiguientes solo opera cuando se ha agotado satisfactoriamente la anterior, de modo que la conclusión de cada una de ellas, es condición para iniciar la fase posterior. Ahora bien, dado que según las mismas resoluciones, la recepción y valoración de los documentos comprende la verificación del cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales para la adopción por parte de la Defensoría de Familia, su visto bueno es indispensable para continuar con la evaluación de las familias y con el examen integral de la solicitud por parte del Comité de adopciones. Por tal motivo, cuando no se cumplen tales exigencias, no es posible continuar con el trámite de adopción y éste debe finalizar sin necesidad de agotar las fases subsiguientes.

En este sentido, los lineamientos disponen que “el Defensor de Familia (...) recepciona los documentos y el formulario de solicitud de adopción establecidos en el anexo 3. De no presentarse dentro del término establecido, deberá comunicarlo por escrito y debidamente justificado. Dicha documentación será analizada por la Defensoría de Familia si opera descentralizado y por el Equipo Psicosocial y legal cuando opere centralizado. El Defensor de Familia dará el visto de legalidad y remite al Trabajador Social para continuar con la

intervención respectiva y quien posteriormente lo remite al Psicólogo”. Esto significa que antes de efectuar la valoración de idoneidad del solicitante, la Defensoría de Familia debe recibir y evaluar la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos legales y finalizar el procedimiento en caso de que éstos no sean satisfechos, o continuarlo en caso contrario.

Esta solución es plenamente consistente con el principio de economía, pues no tendría sentido adelantar todo el trámite, cuando previamente y de antemano se tiene certeza sobre la imposibilidad jurídica de la adopción. Carecería de toda justificación desgastar a la administración pública y a las propias personas involucradas en la gestión, con la realización de un estudio social y psicológico de la familia, cuando, independientemente de los resultados que éste arroje, habría que negar la petición para constituir la relación filial. Así por ejemplo, si el adoptante tiene menos de 25 años o si entre éste y el menor la diferencia de edad es inferior a los 15 años, la entidad debe concluir anticipadamente el trámite, y no adelantar las fases subsiguientes, que en ningún caso podrían subsanar dichas falencias.

Desde esta perspectiva, resulta forzoso concluir que de acuerdo con la normativa vigente cuando ocurrieron los hechos que dieron lugar a la presente acción constitucional, las defensorías de familia estaban facultadas para declarar la improcedencia de la solicitud de adopción por incumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales, antes de efectuar la evaluación mental, moral y social de interesado en la constitución de la relación paterno-filial, y antes de recibir el consentimiento del padre o madre del menor.

4.2. El punto de partida para la contabilización del tiempo de convivencia entre los compañeros permanentes

El segundo cuestionamiento de las accionantes se refiere a la supuesta valoración indebida del material probatorio que constaba en el expediente administrativo, y en particular, de la escritura pública de declaración de convivencia. A su juicio, la razón de tal irregularidad habría radicado en que la Defensoría de Familia concluyó erróneamente que no se había cumplido el requisito de la convivencia ininterrumpida entre Turadot y Fedora durante dos años, tomando como punto de partida para la contabilización la fecha en que fue suscrita la escritura pública de declaración marital (15 de marzo de 2008), y no aquella que fue

manifestada por las partes como momento en que efectivamente se dio inicio a la convivencia (1 de julio de 2005).

De acuerdo con esto, la Corte debe establecer si para efectos de la adopción, la fecha de referencia para el cálculo del tiempo de convivencia entre compañeros permanentes es aquella en que se suscribe la respectiva declaración extra-juicio, o si es la que se consigna en el instrumento como momento en que comenzó la vida marital.

Según el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, “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”. Esto significa que la unión marital se configura cuando un hombre y una mujer se unen y hace comunidad de vida, de manera permanente y singular[23]. Este régimen, aunque destinado en principio a las uniones heterosexuales, podría ser aplicable a las uniones homosexuales en todos aquellos eventos en los cuales la jurisprudencia ha establecido que, por extensión, éstas quedan comprendidas dentro de las medidas de protección previstas para las parejas heterosexuales.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 979 de 2005 señala que la existencia de tales uniones se acredita mediante escritura pública suscrita ante notario por ambos compañeros; por acta de conciliación firmada por éstos, o por declaración judicial. Estos instrumentos jurídicos, sin embargo, tienen un carácter declarativo y no constitutivo, pues por propia definición legal, ésta se perfecciona cuando las personas hacen comunidad de vida permanente y singular, y no cuando tal situación es declarada mediante alguno de los tres mecanismos señalados anteriormente.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 124 del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene una regla especial en materia de adopción, pues para este efecto la fecha referencial para la contabilización de los dos años de convivencia ininterrumpida entre los compañeros no es la fecha por ellos declarada en el instrumento, sino aquella en que se suscribe el instrumento jurídico. En este sentido, el referido precepto establece que “para los fines de la adopción, la convivencia extramatrimonial podrá probarse por cualquiera de los medios siguientes (...) 2. Inscripción de la declaración de convivencia que haga la pareja, en la Notaría del lugar del domicilio de la misma, con antelación no menor de dos años”.

Esta regla especial prevista en el Código de la Infancia y la Adolescencia obedece a la necesidad de asegurar la estabilidad de las parejas que pretenden la adopción conjunta o por consentimiento de un menor, evitando que dos personas declaren un tiempo de convivencia inferior al real; frente a este riesgo real, razonablemente el legislador ha limitado el alcance de la presunción de buena fe, para garantizar el interés superior del niño. Por otro lado, el legislador ha considerado que para determinar la estabilidad de la pareja que pretende la adopción, resulta de especial importancia la expresión formal del compromiso entre sus miembros, y no la mera convivencia entre ellos, que bien podría denotar únicamente la intención de compartir de manera temporal y esporádica algunas facetas de la vida personal; por el contrario, la manifestación formal, oficial y pública de la voluntad de conformar una pareja, es para el derecho positivo un acto de compromiso análogo al que se establece en el matrimonio, y por ello, la fecha referencial para el cálculo.

De las consideraciones anteriores, la Corte concluye que en materia de adopción, el tiempo de convivencia entre compañeros permanentes se calcula a partir del día en que se suscribe la escritura pública que declara la unión.

4.3. El órgano encargado de decidir la improcedencia de la solicitud de adopción.

Las accionantes y el juez de primera instancia sostienen que el requerimiento de adopción debía ser resuelto por el Comité de Adopciones y no por la Defensoría de Familia, por lo que en este caso, el acto administrativo que termina anticipadamente el procedimiento, habría sido expedido por una autoridad claramente incompetente. De acuerdo con este planteamiento, corresponde a esta corporación definir si la declaratoria de improcedencia de las solicitudes de adopción por el incumplimiento de los presupuestos legales y constitucionales, correspondía a las defensorías de familia o a los comités de adopción.

Según el Código de la Infancia y la Adolescencia y los Lineamientos Técnicos del Programa de Adopción aplicables a la hipótesis examinada, el trámite administrativo comprende tres etapas básicas: (i) En la primera de ellas se recibe y evalúa la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos de adopción, ante la Defensoría de Familia[24]; en caso de entenderlos satisfechos, esta autoridad da el visto bueno de legalidad y ordena la continuación del procedimiento, y en caso negativo, lo concluye anticipadamente mediante

la declaratoria de improcedencia de la petición[25]; posteriormente, (ii) se procede a la evaluación de la familia del solicitante por un equipo interdisciplinario de profesionales; por último, (iii) el Comité de Adopciones efectúa una evaluación integral del caso, y aprueba o no la petición, para que, en caso afirmativo, se adelante la etapa judicial; esta decisión supone un análisis global que comprende no solo el estudio estrictamente legal, sino también el examen de la valoración psicológica, moral y social de la familia, ejecutado por el equipo técnico.

Así las cosas, y en atención a que al Comité de Adopciones corresponde únicamente determinar la viabilidad de la conformación del vínculo paterno filial, mientras que a las defensorías de familia la verificación del cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales de la adopción, son éstas últimas entidades las encargadas de declarar la improcedencia de la solicitud de adopción.

4.4. La declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción mediante cartas informales

Por último, las accionantes y el juez de primera instancia argumentan que la determinación de la Defensoría de Familia debía constar en un acto administrativo propiamente dicho, y que al ser consignada en una simple carta informal, no pudo ser controvertida mediante los recursos en la vía gubernativa, ni mediante los recursos judiciales ordinarios. En este contexto, corresponde a esta Corporación definir si tales determinaciones deben ser adoptadas mediante resoluciones con un formato determinado, o si basta con un “comunicado” en el que se exprese el contenido de la decisión y las razones en que se fundamenta.

Para este tribunal, las decisiones de la administración pública relativas a las solicitudes de adopción, independientemente de la forma a través de la cual se materialicen o de la denominación que se les de, constituyen actos administrativos de carácter particular, que deben señalar de manera clara e inequívoca la medida adoptada, así como su fundamento empírico, probatorio y normativo, y que son susceptibles de ser atacados ante la misma administración y por vía judicial.

El fundamento de tal conclusión radica en la regla general sobre la informalidad de los actos administrativos, y en la inexistencia de norma legal o infra-legal que exija al Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, a las defensorías de familia o a los comités de adopción, expresar sus determinaciones en esta materia a través de cierto formato específico o darle a los actos correspondientes cierta denominación, o titularlos de uno u otro modo.

Las exigencias de tales actos se refieren más bien a su contenido, y a la obligación de darlos a conocer a los destinatarios. En efecto, la administración debe expresar de manera clara e inequívoca el sentido de su providencia, sin oscuridades y sin ambigüedades que puedan dar lugar a confusiones; es decir, la decisión debe ser individualizada adecuadamente. De igual modo, se deben indicar las razones de hecho y de derecho en que se sustenta la determinación, para que el destinatario pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Y finalmente, debe ser notificada a través de los mecanismos señalados en la ley, para que el afectado o beneficiario tenga la posibilidad de conocer su contenido, actuar de acuerdo con éste y eventualmente, impugnarlo ante la propia administración, o por vía judicial.

Así las cosas, la Corte concluye que los actos que deniegan las solicitudes de adopción no requieren una formalidad particular, sino únicamente definir claramente el sentido de la decisión, e individualizar su sustento fáctico y normativo.

5. La adopción por consentimiento cuando el menor es fruto de inseminación artificial heteróloga de donante conocido o determinable

Tal como se expresó anteriormente, de los hechos expuestos por las accionantes se infiere que la menor Lakmé fue el resultado de un proceso de inseminación artificial de donante conocido que no ha asumido el rol de la paternidad, ni ha manifestado ningún interés en ello. Como lo anterior sugiere que la menor tiene un progenitor conocido, o al menos determinable e individualizable, la Corte debe establecer si esta circunstancia inhabilita a esta corporación para pronunciarse sobre la solicitud de amparo, como quiera que existe un presunto padre biológico con el cual, en principio, podría conformarse el vínculo filial.

La Corte considera, sin embargo, que esta circunstancia no impide al juez constitucional pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda de tutela. La razón de ello es que el examen de la Corte no estará orientado a sustituir la labor de las instancias administrativas y judiciales encargadas, en primer lugar de determinar el cumplimiento de los presupuestos legales de la adopción y la conveniencia de la conformación del vínculo filial, y en segundo

lugar, de decretar y ordenar la adopción como tal. El análisis de esta Corporación se orienta exclusivamente a establecer si la decisión de la defensoría de familia de declarar la improcedencia del amparo vulneró los derechos constitucionales al debido proceso, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la intimidad familiar, y el derecho a a un familia, por haber incurrido en las irregularidades procedimentales señaladas anteriormente, y por negar la adopción con fundamento en la conformación homosexual de la pareja que pretendía la adopción. Por tal motivo, de concluirse que la determinación de la entidad accionada resulta lesiva de los derechos mencionados, la decisión del juez constitucional no excluye el análisis que deberán efectuar las autoridades administrativas y judiciales sobre la viabilidad de la adopción por consentimiento cuando el menor es el resultado de una inseminación artificial de donante conocido que, pese a conocer de la existencia del niño, no lo ha reconocido, ni ha manifestado ningún interés la conformación de la relación paterno-filial.

En cualquier caso, la Corte toma nota de que el derecho positivo tampoco contiene una previsión explícita que descarte de plano la adopción por consentimiento cuando el menor es el resultado de una inseminación artificial de donante conocido, así como tampoco el deber de agotar la posibilidad de establecer la filiación con el donante en la inseminación artificial heteróloga, como condición para la procedencia de la adopción.

En efecto, pese a que actualmente este procedimiento de reproducción asistida constituye una realidad, el legislador colombiano no ha adoptado una normatividad que en este escenario específico y particular, fije las reglas relativas al estado civil y a la filiación. En efecto, en el ordenamiento jurídico nacional tan solo se encuentran algunas referencias puntuales y marginales a la inseminación artificial, pero en aspectos sustancialmente distintos. Así, la Ley 9ª de 1979 se refiere indirectamente a la utilización de material genético, en el marco regulatorio de las medidas sanitarias; por su parte, la Ley 73 de 1988 establece el marco jurídico de la donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos; con fundamento en estas dos leyes, el gobierno nacional expidió los decretos 1546 de 1998 y 2493 de 2004; en aquél se reglamenta la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos trasplante, mientras que en este último, se reglamentaron los componentes anatómicos. Como puede observarse, la normatividad se refiere tan solo de manera tangencial, incidental e indirecta a las técnicas

de reproducción asistida, y tan solo desde el punto de vista de los estándares médicos y sanitarios a los que deben someterse. Dentro de este vacío normativo, por obvias razones, no existe una regla especial que establezca la obligación de agotar la posibilidad de conformar el vínculo filial con el donante en la inseminación, como condición para proceder a la adopción.

Dado que no existe una regla especial semejante, a primera vista podría pensarse que son aplicables las reglas generales de la filiación, en virtud de las cuales únicamente se puede conceder la adopción cuando no es posible consolidar la relación de paternidad o maternidad con el padre o la madre biológica. En efecto, como la adopción tiene como objeto fundamental sustituir o suplir la inexistencia del vínculo filial con los progenitores, es decir, con los padres biológicos, en principio la figura de la adopción sólo es viable, o bien cuando se han agotado y han fracasado los procedimientos para la conformación del vínculo filial con los progenitores, o cuando nunca se conformó el vínculo filial, por ejemplo, debido a que no fue posible la individualización y ubicación de los progenitores, o bien porque una vez perfeccionada la relación, desaparece posteriormente por causas naturales como el fallecimiento, por la renuncia voluntaria de los padres al vínculo o por la terminación unilateral del mismo por parte del Estado, cuando ésta representa un peligro para el menor. Así las cosas, podría pensarse que atendiendo a estas directrices generales, para proceder a la adopción requerida en la tutela, previamente se debía intentar la ubicación del padre biológico y la conformación del vínculo filial con éste[26].

Sin embargo, esta regla no es automáticamente aplicable a la hipótesis examinada, por las siguientes razones.

En primer lugar, esta directriz fue formulada de manera general, haciendo abstracción de las nuevas formas de reproducción asistida; es decir, la normatividad responde a un contexto empírico dominado por la reproducción natural de la especie, en el que no se visibilizaron ni tuvieron en cuenta las problemáticas relativas a la filiación y al estado civil de las personas, asociadas a estas nuevas técnicas; por tal motivo, el alcance general de la exigencia legislativa es susceptible de ser matizado y relativizado, toda vez que ésta fue formulada sin tener en cuenta las particularidades y especificidades de las nuevas modalidades de reproducción.

En segundo lugar, para esta Corte es un hecho constitucionalmente relevante que cuando un niño nace a partir de un procedimiento de inseminación artificial heteróloga, ni el donante ni la futura mamá pretenden la conformación de una relación de paternidad entre el menor nacido de tal procedimiento y el donante, sino únicamente viabilizar y materializar los derechos reproductivos de aquella. A diferencia de la inseminación homóloga, este método está concebido para que el donante se limite a suministrar el material biológico, y para que posteriormente se abstenga de establecer lazos jurídicos con el menor.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que pese al vacío legislativo en materia de procedimientos de reproducción asistida, debía tenerse en cuenta que en la inseminación heteróloga no se pretende la conformación de un vínculo de paternidad entre el menor y el donante, y que por consiguiente, en los procesos de reclamación e impugnación de la paternidad no constituía un imperativo vincular al posible donante-progenitor.

En dicha oportunidad, el alto tribunal revisó un fallo judicial que había accedido a la solicitud de impugnación de paternidad, al demostrarse que el accionante no era el padre biológico de un menor, y que la madre se había sometido a una inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento de su esposo. La Defensoría de Familia impugnó la sentencia, al considerar que la actuación judicial no podía limitarse a dar por terminado el vínculo filial, sino que además, para proteger al menor, debía indagarse por el progenitor e intentar conformar con este la relación de paternidad dentro del mismo proceso judicial[27].

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la reclamación del casacionista no estaba llamada a prosperar, porque aunque las personas tienen derecho a conocer su origen biológico, la inseminación artificial heteróloga no está diseñada para que se establezca una relación de paternidad entre el niño nacido de este modo, y el donante. A partir de estas consideraciones, el tribunal concluyó que la decisión judicial que accedió a la acción de la impugnación sin realizar las actuaciones necesarias para la vinculación del presunto progenitor, no era contraria a derecho. Al respecto sostuvo lo siguiente:

“La Corte considera importante destacar que en el trasfondo de la acusación del censor se encuentra la vigencia del principio denominado por la doctrina y la jurisprudencia como de

la 'verdad biológica' o 'del derecho a conocer los orígenes', según el cual es lícita y, por consiguiente, procedente la investigación sobre el origen de las personas –considerado, incluso, por algunos como un derecho inalienable del ser humano de conocer su verdadero estatus jurídico, así como la identidad de sus padres, tema que merece un análisis particular a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida.

(...)

Se puede señalar, en primer término, que (...) se establece como principio rector la imposibilidad de establecer relaciones de filiación entre aquellos [los donantes] y los hijos nacidos como fruto del respectivo tratamiento de fertilización (...) La conjugación de las consideraciones previamente realizadas respecto del derecho nacional con las tendencias internacionales anteriormente reseñadas, conduce a colegir que ni las decisiones adoptadas en las sentencias de instancia, ni la que en el este fallo habrá de pronunciarse, pueden considerarse lesivas de los derechos del menor demandado, particularmente si se tienen presentes los principios y valores del ordenamiento nacional así como los estándares del derecho comparado, especialmente de ser aquel merecedor de una protección integral, o de tener un nombre y una familia, o los que, en punto de las relaciones paterno filiales, desarrollan la Ley 75 de 1968 y sus disposiciones complementarias"[28].

Ahora bien, aunque usualmente los protocolos médicos apelan a la exigencia del anonimato y a la reserva de confidencialidad del donante como mecanismo para evitar la aplicación de la legislación común sobre la filiación y el estado civil de las personas, cuando por alguna circunstancia el donante es conocido pero expresa de manera clara e inequívoca su interés en renunciar a la paternidad, carece de sentido supeditar la adopción a que el donante reconozca al menor y luego preste su consentimiento para renunciar a la filiación, o a que se agoten todas las posibilidades para individualizar y ubicar al donante, y forzarlo a que reconozca a su hija biológica. Este proceder dejaría en situación de indefensión a los menores, y no redundaría en su bienestar, pues implicaría prolongar de manera indefinida su situación de incertidumbre sobre su filiación, e impediría el reconocimiento jurídico de los vínculos de afecto y solidaridad ya establecidos y consolidados con otros adultos.

Por tales motivos, la Corte concluye que en los casos de inseminación artificial heteróloga, en los que el donante es determinado pero no ha expresado su deseo o interés en la

conformación de la relación de paternidad, el ordenamiento no prevé expresamente la obligación condicionar la adopción al agotamiento de los trámites para individualizar, ubicar e informar al donante sobre la existencia de su hijo, y para instarlos a conformar el vínculo filial[29].

6. La compatibilidad de la decisión administrativa de declarar la improcedencia de la solicitud de adopción por consentimiento, con el sistema jurídico

6.1. Según las accionantes la determinación de la defensoría de familia de no dar trámite a la solicitud de adopción constituye una “vía de hecho”, por desconocer la habilitación legislativa contenida en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, y por vulnerar los derechos constitucionales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la intimidad familiar, y el derecho a la familia. Por este motivo, la Corte debe determinar si la decisión de las instancias administrativas y judiciales de denegar la adopción por consentimiento cuando el adoptante tienen el mismo sexo del padre o madre biológica con quien conforma la pareja, desconoce la solución determinada por el derecho positivo, y los derechos constitucionales aludidos.

6.2. Para evaluar la apreciación de las accionantes, debe tenerse en cuenta que el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia fija los requisitos y los sujetos habilitados para adoptar, en los siguientes términos:

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

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos,

hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.

4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

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

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

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

Esta norma tiene tres particularidades que interesa destacar: (i) por una parte, establece un catálogo cerrado de sujetos habilitados para la adopción, de modo que quienes no se encuentran comprendidos expresamente en la disposición, se encuentran excluidos tácitamente; esta limitación es coherente con la naturaleza de esta institución, en la medida en que a través suyo se configura una de las relaciones que tiene mayor impacto en los derechos y el bienestar del menor, como es la relación filial; (ii) esta misma consideración explica la segunda especificidad del precepto: la interpretación restrictiva, tanto de los requisitos para adoptar, como de los sujetos habilitados para la adopción; (iii) y finalmente, el numeral 5 del artículo 68 contempla genéricamente la adopción de los hijos del cónyuge o compañero permanente, sin restringirla explícitamente a las parejas heterosexuales[30]; en este sentido, la legislación vigente difiere sustancialmente del Código del Menor anterior, que se refería de manera explícita a las parejas heterosexuales en la adopción conjunta, determinando que pueden adoptar “la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres años”.

En este marco, surge la duda sobre la viabilidad jurídica de la adopción por consentimiento, cuando el adoptante tiene el mismo sexo del padre o madre biológica del menor, y con quien conforma la unión permanente con fundamento en la cual se concede la adopción. Por un lado, podría pensarse que como el artículo 68.5 del Código de la Infancia y la

Adolescencia contempla genéricamente la adopción del hijo del compañero permanente, sin referirse explícitamente a las parejas heterosexuales, la legislación avala esta modalidad de adopción, y que por tanto, las decisiones de la administración pública que la prohíben o limitan son abiertamente contrarias al derecho positivo, y constituyen, dentro de la terminología de las accionantes, una “vía de hecho”.

Sin embargo, existe también una interpretación alternativa de la legislación. Dado que el Código de la Infancia y la Adolescencia guarda silencio sobre los requisitos y condiciones para tener la condición de compañero permanente, debe apelarse a las reglas generales sobre las uniones maritales de hecho contenidas en la Ley 54 de 1990, en la medida en que sean compatibles con la figura de la adopción.

En tal sentido, el artículo 1 de la referida ley dispone que “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 a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”. Este entendimiento sería consistente con la definición constitucional de familia contenida en el artículo 42 de la Carta Política, según la cual ésta “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”.

La Ley 54 de 1990, reformada por la Ley 979 de 2005, ha sido objeto de pronunciamientos de constitucionalidad en las sentencias C-075 de 2007[31] y C-336 de 2008[32]. En efecto, en el primero de los fallos se declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, “en el entendido de que el régimen de protección en ella contenida se aplica también a las parejas homosexuales”. Ahora bien, como el sistema de protección contenido en dicha ley se refiere al régimen de la sociedad patrimonial de hecho surgida entre los compañeros permanentes, resulta razonable concluir que la asimilación normativa entre las parejas homosexuales y heterosexuales se circunscribió al régimen patrimonial de tales uniones. Por su parte, en la Sentencia C-336 de 2008 la Corte ordenó estarse a lo resuelto en el fallo anterior. En otras palabras, la definición de la unión marital de hecho no sufrió modificaciones con los fallos de constitucionalidad, y por tanto, la norma supone la heterosexualidad de sus integrantes, sin perjuicio de que el régimen de las sociedades patrimoniales de hecho sea aplicable a otro

tipo de uniones.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta que el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene un catálogo cerrado de sujetos habilitados para la adopción, que esta disposición es de interpretación restrictiva, que a la luz de la Ley 54 de 1990 la unión marital de hecho se conforma únicamente entre un hombre y una mujer, y que según el artículo 42 de la Carta Política la familia tiene lugar por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, existe una interpretación del derecho positivo, en principio admisible, a la luz de la cual no es posible adoptar al hijo del compañero permanente, cuando éste y aquél tienen el mismo sexo.

Así pues, independientemente de que la Corte comparta esta lectura del derecho legislado, lo cierto es que la determinación de la defensoría de familia de no dar trámite a la solicitud de adopción, corresponde a una interpretación en principio admisible del sistema jurídico, y no es abiertamente incompatible con éste.

6.3. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera que aunque la decisión anterior adoptada por la entidad demandada se ampara en una interpretación admisible del derecho legislado, cuando se prohíbe la adopción por consentimiento de menores con una única filiación, por parte de las parejas del padre o de la madre biológica con la que conforman una unión homosexual, y que con el consentimiento del progenitor ha establecido una relación estable, sólida y permanente de afecto y solidaridad con el niño, y ha asumido de manera conjunta con el padre o madre, su crianza, cuidado y manutención, se vulnera el ordenamiento superior.

6.4. Dentro del proceso judicial se sostuvo que la transgresión del ordenamiento superior se explicaría por la limitación a los derechos que este tipo de determinaciones implica para las parejas del mismo sexo. En este sentido, las peticionarias y los intervinientes que actuaron en su favor argumentaron que el reconocimiento progresivo de los derechos de las uniones homosexuales, así como la equiparación en su régimen normativo con el de las uniones maritales de hecho, ocurrida por vía jurisprudencial, resultaba incompatible con la prohibición de la adopción homoparental.

No obstante, en el contexto específico de la adopción, la diferencia empírica entre los dos tipos de uniones tiene relevancia jurídica. La razón de ello radica en que como esta

institución tiene por objeto suplir las relaciones de filiación que tienen origen en los vínculos naturales de la progenitura, y que necesaria e indefectiblemente se establecen con una mujer y un hombre, la consideración del carácter homosexual o heterosexual de la pareja que pretende establecer el nexo con el menor, podría tener trascendencia constitucional a la luz del propio ordenamiento jurídico.

En efecto, según el artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, “la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. Como puede advertirse, esta institución tiene como objetivo fundamental sustituir las relaciones filiales naturales. Por este motivo, el artículo 64 de la misma ley establece como efecto fundamental de la adopción la adquisición de los derechos y obligaciones entre padres e hijos, así como la pérdida del vínculo con la familia original y la extinción definitiva del parentesco de consanguinidad; en este sentido, el precepto mencionado dispone expresamente que en virtud de la adopción, “adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo (...) [y] el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad (...)”.

Por esta razón, todas las hipótesis de adopción suponen la carencia de uno o dos de los vínculos filiales originales, en el entendido de que la figura opera esencialmente como un mecanismo de protección de los menores que sustituye la carencia de las relaciones paternidad o maternidad del niño: así, cuando el menor no ha establecido nunca la relación filial o la ha perdido por causas naturales, la adopción suple este vacío; cuando opera en virtud de la propia renuncia del padre o madre, la correspondiente manifestación de voluntad tiene como efecto fundamental la extinción del vínculo[33]; y finalmente, cuando se encuentra antecedida de una declaratoria de adoptabilidad, el correspondiente acto estatal extingue el parentesco entre el padre o madre biológica y el hijo[34]. De este modo, el presupuesto fundamental de toda forma y modalidad de adopción es la carencia de la relación filial, y su finalidad básica fundamental consiste en suplir esta carencia.

Ahora bien, en la medida en que el vínculo del menor que se sustituye con la adopción siempre se presenta con respecto a un hombre y una mujer, pues es este el escenario ineludible de la reproducción humana, incluso cuando se apela a las técnicas de

reproducción asistida, la conclusión necesaria es que la diferencia fáctica entre las parejas homosexuales y heterosexuales es relevante en el contexto de la adopción, y que la medida diferenciadora cuestionada en el proceso, guarda una relación de conexidad con tal diferencia empírica.

Por este motivo, aunque en otros contextos la distinción puede carecer de trascendencia constitucional, en este caso específico, teniendo en cuenta la naturaleza y el objeto de la adopción, de la sola diferenciación normativa no se puede inferir su carácter discriminatorio, como erróneamente lo afirmaron las accionantes y los intervinientes que actuaron en su favor.

6.5. Por otro lado, haciendo abstracción de la consideración anterior, el argumento sobre el reconocimiento jurisprudencial de los derechos de las uniones homosexuales tampoco ofrece una solución concluyente.

En efecto, las decisiones de la Corte en esta materia no se han sustentado en la tesis sobre la necesidad de establecer una equiparación plena y absoluta entre los dos tipos de uniones, independientemente de cualquier diferencia empírica entre unas y otras que pueda tener alguna relevancia constitucional, sino en la consideración de que son inadmisibles aquellas diferenciaciones que se traducen en un déficit de protección de los miembros de tales parejas.

Esta conclusión se desprende del análisis de las sentencias C-075 de 2007[35], C-811 de 2007[36], C-336 de 2008[37], C-798 de 2008[38], C-029 de 2009[39], C-577 de 2011[40], reseñadas por las actoras y por los intervinientes como fundamento de sus pretensiones. En todos estos fallos se asigna a las parejas homosexuales los efectos previstos en la legislación para las uniones maritales de hecho, respecto de los diversos ámbitos de relación entre ellos, así:

- En la sentencia C-075 de 2007 se declara la constitucionalidad condicionada de la Ley 54 de 1990, disponiendo que el régimen de las sociedades patrimoniales de hecho previsto originalmente para las uniones maritales de hecho, se debe aplicar a las uniones homosexuales.
- En la Sentencia C-811 de 2007 se declara la exequibilidad condicionada del artículo

163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que el Plan Obligatorio de Salud comprende no solo al compañero permanente del afiliado con el que mantenga una unión marital de hecho superior a los dos años, sino también a los compañeros con los que conforme una unión homosexual durante el mismo término.

- En la Sentencia C-336 de 2008 se declaran exequibles las disposiciones de la Ley 100 de 1993 referidas al sistema pensional, en el entendido de que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes las parejas del mismo sexo del pensionado fallecido, en los mismos términos y condiciones de las uniones maritales.

- En la sentencia C-798 de 2008 se declara que el delito de inasistencia alimentaria previsto en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

- En la sentencia C-029 de 2009 la Corte unifica el régimen normativo de ambos tipos de uniones, en una amplia gama de materias, como los beneficiarios de la seguridad social y de las prestaciones sociales, el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los servidores públicos y para la contratación estatal, la adquisición y la pérdida de la nacionalidad, las medidas administrativas de protección a la familia, los bienes afectados a la vivienda familiar, los destinatarios de las medidas para la prevención del desplazamiento forzado, las circunstancias de agravación y de disminución punitiva establecidas en función de las relaciones familiares, el contenido de los delitos cuyo objeto es la protección de la familia, entre otras.

- Finalmente, en la sentencia C-577 de 2011 este tribunal se pronunció sobre el artículo 113 del Código Civil, que circunscribe el matrimonio a la unión de un hombre y una mujer, y que tácitamente excluye que tal institución pueda estar conformada por dos personas del mismo sexo. En este fallo la Corte declaró la exequibilidad de la preceptiva legal impugnada, pero exhortó al Congreso para que antes del 20 de junio de 2013 regulara de manera integral y sistemática “sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”. Para arribar a esta decisión, se sostuvo que en principio la definición constitucional de familia contenida en el artículo 42 del ordenamiento superior descarta la inconstitucionalidad del precepto demandado, toda vez que dentro de

las distintas formas de familia, la conformada por las que surgen del matrimonio celebrado por personas del mismo sexo goza de un reconocimiento y una protección especial y reforzada[41]; no obstante, en un contexto caracterizado por la diversidad de estructuras familiares, las parejas del mismo sexo deben contar con instituciones jurídicas que permitan la formalización su unión, y por esta vía superar el déficit de protección que surge, no de la institución matrimonial como tal, sino de la legislación civil en su conjunto[42]. Por tal motivo, concluyó que sin perjuicio de la constitucionalidad del artículo 113 del Código Civil, correspondía al Congreso regular la materia.

Como se desprende de lo anterior, en todos estos casos se extiende el régimen normativo de las uniones maritales de hecho a las uniones homosexuales, en las temáticas específicas determinadas en los propios fallos. Aunque originalmente esta extensión se limitó a los efectos civiles de orden patrimonial, la asimilación normativa se ha extendiendo progresivamente a otras áreas.

No obstante, en ninguna de estas providencias el fundamento de la asimilación normativa ha radicado en la tesis sobre la inconstitucionalidad per se de toda forma de diferenciación normativa entre tales parejas, sino en el déficit de protección que tal distinción ha representado para los miembros las uniones homosexuales, y que en la práctica anula los derechos a la auto-determinación, al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia. Así las cosas, difícilmente se puede extraer de tales precedentes el reconocimiento implícito de la adopción del hijo del compañero permanente del mismo sexo.

Por el contrario, el precedente más próximo a la hipótesis abordada en esta oportunidad se encuentra en la sentencia C-840 de 2001[43]. En esta providencia la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 90.2 del ya derogado Código del Menor, que consagraba la adopción conjunta por uniones de hecho heterosexuales, excluyendo tácitamente la adopción por uniones homosexuales[44]. Allí se examinó expresamente el cargo por la discriminación del segundo tipo de uniones, a las cuales normativamente les estaba vedada la adopción.

En esta oportunidad la Corte concluyó que no existía una omisión normativa inconstitucional, “si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de

satisfacer el derecho prevalente del menor a tener familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual se 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". De acuerdo con este planteamiento, la Corte declara la exequibilidad de 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 Código del Menor.

De este modo, se consideró que la barrera normativa para la adopción conjunta por parejas homosexuales no resultaba lesiva del principio de igualdad, en atención a que la familia heterosexual y monogámica, por ser el escenario natural de la reproducción de la especie y de la renovación generacional, es la estructura familiar especialmente protegida por el Estado, por expresa disposición constitucional. Es decir, se consideró que existía una diferencia empírica relevante entre una y otra clase de uniones según la propia Constitución, y que tal diferencia justificaba la medida restrictiva.

Así pues, el planteamiento según el cual la lesión de los derechos fundamentales de las accionantes se origina en la discriminación de las parejas homosexuales, no resulta admisible. Por un lado, porque la diferencia normativa entre estos dos tipos de uniones en materia de adopción atiende a una diferencia empírica constitucionalmente relevante, toda vez que la institución de la adopción está concebida y diseñada para suplir las relaciones de paternidad y maternidad que indefectiblemente surgen de la reproducción con respecto a un hombre y una mujer, incluso cuando se materializa mediante las nuevas técnicas de reproducción asistida. Y por otro lado, porque a la luz de los precedentes constitucionales, la sola diferenciación normativa entre los dos tipos de uniones, por sí misma, no configura una vulneración del derecho a la igualdad, sino únicamente cuando se traduce en un déficit de protección para sus miembros; y por el contrario, las restricciones a la adopción en función de este criterio, atienden a una diferenciación que a la luz del propio ordenamiento superior es relevante, como es la protección especial y reforzada de la familia monogámica y heterosexual.

6.6. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte encuentra que se pueden comprometer los derechos constitucionales de los niños, cuando el Estado se abstiene de reconocer jurídicamente las relaciones de afecto y solidaridad, sólidas y estables, entre niños que tienen una única filiación, y los compañeros permanentes del mismo sexo de su progenitor, con el que éste último comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor. En estas hipótesis en las que de hecho se han conformado este tipo de lazos, con el consentimiento del padre o madre biológico, y que redundan en beneficio del menor, la falta de reconocimiento jurídico de tal vínculo se traduce en un déficit de protección del niño que amenaza el goce efectivo de sus derechos.

Como el menor está bajo la custodia de su padre o madre, y con éste conforma una familia que goza de plena autonomía, corresponde al progenitor definir sus condiciones de vida, y en particular, los sujetos con los que se entablará relaciones personales y las que de hecho se insertarán en el núcleo familiar. Cuando en este marco de autonomía se consolida un vínculo firme y permanente entre el menor y un “tercero” que se incorpora al núcleo familiar, en el que éste última comparte con el padre o madre biológico del niño las responsabilidades derivadas de la filiación, como la crianza, el cuidado y la manutención del menor, y expresa su voluntad y compromiso de asumirlas de manera indefinida, el desconocimiento jurídico de tales lazos implica para el menor una desprotección inaceptable desde la perspectiva constitucional.

En efecto, el artículo 42 de la Carta Política dispone expresamente que el Estado y la sociedad garantizan la protección de la familia, y que “la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”. Lo anterior significa que la defensa de esta institución no se materializa por vía de la intrusión sistemática en sus asuntos y problemáticas internas, sino todo lo contrario, a través del reconocimiento general de su capacidad de autodeterminación y auto-regulación, en la que sus miembros definen por sí mismos las “reglas del juego” del funcionamiento familiar, y en la que la intervención estatal es excepcional, cuando resulta indispensable para asegurar los derechos constitucionales de sus integrantes, y en particular de los niños.

La consecuencia necesaria de este presupuesto es el reconocimiento del poder de auto-configuración de la familia. Es en su interior donde se define la forma de vida a seguir, el tipo de formación y educación de los hijos, las rutinas y costumbres en el hogar, la

distribución de deberes y responsabilidades, entre muchos otros. Si bien esto envuelve una gran responsabilidad, y por tanto un gran riesgo, el ordenamiento superior parte de un principio de confianza, y de la proyección de la autonomía individual en la vida familiar, de modo que únicamente cuando se desvirtúa de manera clara e inequívoca este principio y se pone en riesgo el interés superior del niño o los derechos de algún otro miembro, resulta legítima la mediación del Estado.

Tal facultad auto-regulatoria en la familia se radica, en primer lugar, en los propios padres. Es por esta razón que el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que sin perjuicio del principio de corresponsabilidad, en cuya virtud del ejercicio de los derechos de los niños implica la concurrencia de la familia, la sociedad y el Estado, el escenario natural para el cumplimiento de este propósito es el núcleo familiar, a partir del ejercicio de la patria potestad y de la responsabilidad parental, que implica la orientación, cuidado y acompañamientos de los padres a sus hijos[45].

Una de las manifestaciones de la responsabilidad parental es la facultad para determinar las personas que se insertan al grupo familiar, y las que acompañan el proceso formativo del menor. En la Sentencia T-041 de 1996[46], por ejemplo, la Corte amparó el derecho de una niña a no ser sustraída del hogar, cuando la defensoría de familia consideró que la ausencia temporal de la madre y el padre, quienes la dejaron al cuidado de la abuela materna, justificaba la medida. Este tribunal sostuvo que como la familia es la primera llamada a satisfacer los derechos de los niños, y que como los padres tienen la facultad para determinar el núcleo de personas con el que los menores establecen contacto en su vida cotidiana, la decisión de extraerlos del hogar debía estar precedida de un examen minucioso y riguroso que pusiese en evidencia la afectación objetiva de su bienestar, desde una perspectiva psicológica, afectiva, intelectual, emocional y material; como en este caso la niña tenía satisfechas sus necesidades en todos estos ámbitos, y se encontraba felizmente insertada en su núcleo familiar, se ordenó la restitución a su casa, mientras por las vías ordinarias se resolvía sobre la guarda correspondiente.

Por su parte, en la sentencia T-189 de 2003[47], esta Corporación examinó el caso de un hombre que ejercía de manera exclusiva la paternidad por la muerte prematura de su esposa, y que solicitaba, a través de la acción de tutela, la modificación del régimen de visitas de los abuelos maternos, que había sido impuesto por vía judicial. La Corte sostuvo

que la regulación judicial de visitas a los menores, por parientes distintos a los padres, y en contra de la voluntad del que ejerce la patria potestad y que tiene bajo su cuidado personal al menor, desconoce los principios básicos que orientan la protección de la familia, y en particular el relacionado con el reconocimiento de la patria potestad como figura a través de la cual los padres tienen derecho a definir las condiciones de vida del menor. Por tal motivo, la Corte dejó sin efectos la providencia judicial, y ordenó que en su lugar, siguiendo el procedimiento legal y teniendo en cuenta la voluntad del padre y el bienestar del niño, se definiera la forma de integrarlo a su familia extensa.

De este modo, la autonomía exige el reconocimiento de su poder de auto configuración, y en particular, la facultad de los padres para determinar las personas que se incorporan al núcleo familiar.

Ahora bien, si dentro de este marco el padre o la madre de un menor que tiene una única filiación, conforman una unión permanente con otra persona de su mismo sexo, y a partir de esta unión el adulto se inserta a la familia y establece un lazo afectivo con el hijo de su compañero, asumiendo los deberes asociados a la filiación, y expresando un compromiso indefinido e irrevocable con éste, el desconocimiento jurídico de tal relación afecta el goce de los derechos del niño.

La Corte toma nota de que en estricto sentido, el derecho positivo admite que el padre o madre incorpore a la familia a su compañero permanente del mismo sexo, y que este adulto comparta con aquel los deberes de crianza, cuidado y manutención de su hijo. No obstante, tal permisión genérica, que no está dotada de fuerza vinculante, resulta insuficiente para satisfacer las demandas del principio de autonomía familiar.

La razón de ello es que los efectos jurídicos de la filiación no se pueden desplegar plenamente de no reconocerse formalmente el vínculo entre el menor y el compañero permanente del mismo sexo del padre o madre. En primer lugar, con respecto al ejercicio de la patria potestad, que implica la administración de los bienes del hijo y su representación judicial y extrajudicial, el compañero permanente no se encuentra habilitado para ejercerla. A lo sumo, previo apoderamiento de parte del progenitor, podría ejercer algunos de los actos propios de la patria potestad. No obstante, incluso en este escenario optimista, el acto de apoderamiento es insuficiente, no solo por la carga que representa

para la familia, sino también por su carácter limitado y restringido.

Con respecto a la custodia y el cuidado personal de niño, la mera autorización genérica en el derecho positivo para que el padre o de la madre comparta tales responsabilidades con un tercero, también resulta insuficiente, pues en este caso no se trataría del cumplimiento de deberes asociados a la paternidad o la maternidad, sino del ejercicio de actos de mera liberalidad y de “buena voluntad”, que pueden ser retirados unilateral e inopinadamente en cualquier momento.

Algo semejante ocurre con las obligaciones alimentarias, ya que aunque jurídicamente nada se opone a que el compañero permanente del padre o madre de un menor asuma conjuntamente con éste la manutención del niño con el que convive, tal asistencia queda librada a la voluntad del compañero permanente del padre o de la madre, y puede ser suspendida en cualquier momento sin fórmula de juicio alguna.

Finalmente, los derechos sucesorales propios de la filiación son inexistentes en la hipótesis planteada, pues ante la carencia de vínculos de parentesco entre el niño y el compañero permanente del padre o madre, no existen derechos sucesorales para ninguno de los dos. Aunque eventualmente esta situación puede ser solventada mediante donaciones en vida o acuerdos análogos, o mediante disposiciones testamentarias especiales, tales acuerdos tienen un alcance limitado (porque, a modo de ejemplo, tan solo se puede disponer en vida de una parte de los bienes para efectos testamentarios), y que en ningún caso pueden equipararse a los derechos sucesorales en sentido estricto.

De esta manera, la falta de reconocimiento jurídico de los vínculos de afecto y solidaridad que de hecho se establecen en ejercicio de la autonomía, entre menores de edad con una única filiación y los compañeros permanentes del mismo sexo de su padre o madre, se traducen en un déficit protección del niño y en una barrera para el goce efectivo de sus derechos.

Por las razones expuestas, la Corte concluye que en la hipótesis planteada, en la que confluye la circunstancia de la filiación única, la conformación de una unión permanente del padre o la madre y un tercero del mismo sexo, la inserción de este en el núcleo familiar, y la conformación de un vínculo afectivo y de solidaridad entre este último y el menor, en el que aquél comparte la crianza, el cuidado y la manutención del niño, y en el que asume el

compromiso de hacerlo de manera indefinida e incondicional, la denegación de la adopción con fundamento en el carácter homosexual de la pareja, implica un déficit de protección del menor que amenaza gravemente sus derechos.

7. Examen del caso particular

7.1. Una vez resueltos los problemas jurídicos subyacentes al caso planteado, se debe resolver sobre las pretensiones del amparo.

Tal como se señaló anteriormente, las accionantes solicitan mediante el amparo constitucional, que se ordene a la autoridad administrativa autorizar la adopción de Lakmé por parte de Fedora, en tanto la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción proferida por la Defensoría de Familia de Rionegro vulneró los derechos al debido proceso, a la igualdad, a la familia, al libre desarrollo de la personalidad, el interés superior del niño, y sus derechos a la vivienda, la salud, la recreación y otros conexos, y la dignidad humana.

Así las cosas, la Corte debe determinar, en primer lugar, si efectivamente la determinación de la Defensoría de Familia quebrantó tales derechos, y en caso afirmativo, la orden que debe impartirse.

En primer lugar, las peticionarias, los intervinientes que actuaron en su favor y los fallos de primera y segunda instancia, sostuvieron que la decisión de la entidad accionada desconoció el derecho fundamental al debido proceso, vulneración que se origina en cuatro tipo de vicios, que se relacionan a continuación: (i) la determinación cuestionada fue proferida prematuramente, antes de haber concluido el procedimiento administrativo; (ii) la Defensoría de Familia desconoció el valor jurídico del material probatorio que acreditaba la convivencia de la solicitante y la adoptante durante más de dos años, que constituye uno de los requisitos de la adopción; (iii) la resolución ha debido ser proferida por el comité de adopciones y no por la Defensoría de familia de Rionegro, por lo que el acto adolece de un vicio competencial; (iv) la determinación ha debido ser proferida mediante un acto administrativo susceptible de ser controvertido administrativa y judicialmente, y no mediante un simple comunicado informal.

En segundo lugar, las peticionarias afirman que la resolución impugnada adolece de un vicio material, por cuanto su contenido no solo desconoce abiertamente la legislación vigente

que autoriza la modalidad de adopción requerida por las accionantes, sino que además, lesiona los derechos de todas ellas a tener una familia, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación en función de la orientación sexual, el derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad, y los derechos a la educación, la salud, la alimentación y la recreación de la menor.

7.2. En cuanto a la vulneración del derecho al debido proceso, la Corte encuentra que no se presentaron las irregularidades alegadas por las demandantes, por las siguientes razones:

De una parte, en la medida en que según la ley las autoridades se encuentran facultadas para terminar anticipadamente los trámites de adopción cuando advierten el incumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales, el acto por medio del cual la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro declaró la improcedencia de la solicitud de adopción, no desconoció el procedimiento administrativo. La razón de ello radica en que si de antemano la autoridad administrativa tiene certeza sobre el incumplimiento de los presupuestos de la adopción, carece de todo sentido y utilidad adelantar todo el trámite, en perjuicio de los propios adultos interesados en la conformación del vínculo y de la administración pública.

Por otro lado, dado que según el artículo 124 del Código de la Infancia y la Adolescencia, para efectos de la adopción el punto de partida para calcular el tiempo de convivencia entre compañeros permanentes es la fecha en que se suscribe la declaración notarial, y no la fecha por ellos consignada como momento de inicio de la relación marital, la conclusión de la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro, según la cual la unión entre Turandot y Fedora no cumplía el tiempo mínimo de unión permanente exigido por la ley, no supone una incorrecta valoración de las pruebas. En efecto, si el tiempo mínimo de convivencia requerido por el Código de la Infancia y Adolescencia es de dos años, si la declaración notarial de convivencia fue suscrita el 15 de marzo de 2008, y si la solicitud de adopción fue presentada el 6 de enero de 2009, claramente, al momento de la presentación de la solicitud, no se cumplió con la exigencia legal.

La consideración anterior no excluye la adopción en este momento, pues claramente, al día de hoy la exigencia se encuentra satisfecha. En otras palabras, la conclusión anterior solo

tiene relevancia a efectos de establecer si la autoridad accionada desconoció en su momento el derecho al debido proceso, pero no a efectos de determinar actualmente la viabilidad de la adopción.

En tercer lugar, en la medida en que a las defensorías de familia corresponde verificar el cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales de adopción, mientras que a los comités, la aprobación de la solicitud a partir del juicio de legalidad efectuado por la defensoría, y del juicio de conveniencia efectuado por los cuerpos técnicos especializados, la declaración de improcedencia de la solicitud de adopción proferida por la Defensoría de Familia No. 2 de Ríonegro, no implica una infracción al sistema de distribución de competencias entre tales autoridades.

Finalmente, como el ordenamiento jurídico no exige que los actos administrativos que deniegan una solicitud de adopción estén revestidos de formalidades específicas o tengan una denominación especial, sino únicamente que individualicen la decisión y sus fundamentos jurídicos y fácticos, el comunicado de la Defensoría de Familia No. 2 de Ríonegro, mediante el cual declara la improcedencia de la solicitud formulada por Turandot, no constituye una irregularidad que haya imposibilitado el ejercicio del derecho de defensa.

Por el contrario, tal acto indicó clara e inequívocamente el sentido de su determinación, así como los fundamentos jurídicos de la decisión. En efecto, allí se señala que “en respuesta a la solicitud de adopción presentada por la señora (...) considera improcedente admitir la presente solicitud de adopción, para adopción por compañera permanente”.

De igual modo, el fundamento de la resolución se encuentra debidamente individualizado, pues se expresan dos tipos de argumentos: de un lado, se afirma que no se cumple con el requisito temporal sobre la duración que deben tener las uniones maritales de hecho para solicitar la adopción conjunta o por consentimiento, pues mientras la ley exige que éstas tengan una duración “no menor a dos años”, en esta oportunidad “se constituyó hace poco menos de un año”. Por otro lado, se sostiene que existe una prohibición constitucional para la adopción de menores por la compañera o compañero del padre o madre, cuando conforman una unión homosexual, en virtud del artículo 42 de la Carta Política, y del desarrollo que del mismo ha hecho la Corte Constitucional en las sentencias C-029 de 2009

y C-814 de 2001; también se aclara que aunque por vía jurisprudencial se han reconocido y extendido los derechos de las parejas homosexuales, tales conclusiones no son extrapolables a este nuevo contexto que involucra un tercero ajeno a la relación entre Turandot y Fedora. En otras palabras, independientemente de la validez y pertinencia de los argumentos expuestos por la entidad accionada, el acto se encuentra motivado.

En definitiva, la entidad accionada no incurrió en ninguna de las falencias procedimentales alegadas por las peticionarias.

7.3. Ahora bien, en cuanto al contenido de la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción, pese a que la decisión de la entidad demandada se soportó en una interpretación admisible de la legislación, a la luz de la cual no resulta viable la adopción por consentimiento cuando el progenitor y el adoptante mantienen una relación distinta a la unión marital de hecho o al matrimonio, en todo caso vulnera los derechos de Lakmé, Turandot y Fedora, pero por razón distinta a la esbozada por las peticionarias.

En efecto, como el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia estableció un catálogo cerrado de sujetos habilitados para la adopción, y en el caso específico de la adopción por consentimiento, se limitó al cónyuge del padre o madre, o al compañero de éste o de ésta, cuando conforman una unión marital de hecho en los términos del artículo 1 de la Ley 54 de 1990, y como el artículo 42 de la Carta Política establece que “la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, podría entenderse que la normatividad legal excluye tácitamente a las parejas homosexuales, así como a otra amplia gama de sujetos que no se encuentran vinculados al padre o madre por el matrimonio o por una unión marital de hecho del acceso a la adopción. En otras palabras, la determinación de la Defensoría de Familia no constituye una “vía de hecho administrativa”, como fue sugerido durante el proceso de amparo, pues se atuvo a una interpretación admisible de la legislación vigente.

No obstante lo anterior, este tribunal encuentra que la determinación de la entidad de impedir la adopción de Lakmé por parte de Fedora, fundado en el argumento de que ésta última y su progenitora son del mismo sexo, sí puede vulnerar los derechos de las accionantes.

En efecto, dentro del marco de la autonomía que constitucionalmente se reconoce a las familias, Turandot insertó a su grupo familiar a su compañera permanente, Fedora, quien ha establecido un vínculo firme, sólido y estable con Lakmé, compartiendo con la madre los deberes asociados a la filiación, y particularmente los relacionados con su crianza, cuidado y manutención. El compromiso asumido por Turandot ha ido hasta el punto de utilizar diferentes estrategias para intentar convertir lo que hoy son meros “actos de liberalidad”, en auténticos deberes jurídicos que garanticen la protección indefinida e incondicional de la menor. Así, en el año 2005, suscribió un documento oficial en Alemania, en el que se comprometió a asumir de manera indefinida las obligaciones relacionadas con Lakmé; no obstante, allí mismo fue informada por el notario sobre las limitaciones a la validez y eficacia de tales compromisos. De igual modo, en el año 2009 intentó consolidar su vínculo con Lakmé a través de la figura de la adopción, pero en virtud de las limitaciones legales señaladas en acápites anteriores, la petición fue denegada.

Pese a que la determinación de Turandot de insertar a Fedora a su núcleo familiar es admitida constitucionalmente en virtud del principio de autonomía, y pese a que a partir de esta decisión constitucionalmente protegida, se ha conformado una familia en los términos indicados anteriormente, las barreras normativas han impedido el reconocimiento jurídico de tal situación fáctica, y la consolidación de tales lazos. En estas circunstancias, la crianza, el cuidado y la manutención de Lakmé por parte de Fedora están librados a su buena voluntad, el ejercicio de las prerrogativas derivadas de la patria potestad no se han consolidado, y no existen derechos sucesorales entre ellas dos. Todo ello se traduce en un déficit de protección de la menor, a todas luces inaceptable a la luz de la preceptiva constitucional.

Si bien es cierto que a la luz del ordenamiento superior la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado, también es cierto que la propia Carta Política admite, reconoce y protege la diversidad de estructuras familiares, y una barrera normativa como la prevista legislativamente, es el fondo una forma velada e implícita de sanción a estas formas alternativas de familia.

Así las cosas, la Corte deberá proceder a proteger y garantizar los derechos que se han vulnerado en esta oportunidad. Para este efecto, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, aunque las sentencias de instancia concedieron la tutela, lo hicieron con el objeto de que se regularizara el trámite administrativo por las presuntas falencias procedimentales en que habría incurrido la Defensoría de Familia al declarar la improcedencia del amparo, y para que se respetase el derecho a la igualdad y no discriminación, sin precisar si de tal consideración se desprendía la necesidad de revocar la decisión de la entidad accionada ni en qué sentido debía ser proferido un nuevo acto administrativo.

No obstante, la Corte considera que, por un lado, no se presentaron las falencias procedimentales señaladas en el fallo de primera instancia, y en segundo lugar, que se deben señalar pautas concretas, claras e inequívocas para resolver de fondo la solicitud de adopción de Lakmé, estableciendo la forma en que tales principios y derechos se proyectan en este escenario concreto, y no simplemente exigir genéricamente el respeto de los principios y derechos constitucionales.

Y en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que como la adopción supone el agotamiento de un trámite constituido por una fase administrativa y otra judicial, y que como en este caso tal procedimiento no se ha llevado a efecto, la Corte no puede ordenar directamente la adopción de la menor, sino únicamente la continuación del trámite respectivo, de acuerdo con las pautas y lineamientos interpretativos establecidos en este fallo. Es decir, la intervención en sede de tutela no puede extenderse a la declaración de adopción, sino únicamente a la rectificación sustantiva por parte de las instancias administrativas que han intervenido en el correspondiente proceso, para que la circunstancia de que Turandot y Fedora sean del mismo sexo, no sea utilizada para declarar la improcedencia de la solicitud de adopción, sin perjuicio de que se exijan y evalúen los presupuestos constitucionales y legales de la adopción.

De acuerdo con estas consideraciones, la Corte concederá el amparo del derecho de las accionantes a tener una familia en el marco de la autonomía de la voluntad, y del interés superior del niño, y ordenará revocar el acto administrativo que declaró la improcedencia de la solicitud de adopción, para que en su lugar se continúe el trámite administrativo previsto legalmente, y sin que la circunstancia de que Turandot y Fedora sean del mismo sexo, se convierta por sí misma en un obstáculo para la conformación del vínculo filial.

(iv) DECISIÓN

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

PRIMERO.- LEVANTAR LA ORDEN DE SUSPENSIÓN del trámite de revisión de la tutela entablada por Lakmé, Turandot y Fedora contra la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro.

SEGUNDO.- REVOCAR, con fundamento en las consideraciones expuestas y desarrolladas en la presente providencia, la sentencia expedida el día 4 de noviembre de 2009 por el Juzgado Primero Penal con Funciones de Conocimiento, y confirmada en sentencia del 20 de enero de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. En su lugar, CONCEDER EL AMPARO del derecho fundamental de la menor Lakmé a tener una familia.

TERCERO.- ORDENAR a la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro que revoque la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción con fundamento en que la solicitante y la adoptante son del mismo sexo, y que en su lugar, se continúe con el trámite administrativo correspondiente, sin que tal consideración pueda ser invocada para excluir la adopción de Lakmé, y sin perjuicio de que las autoridades exijan el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para la conformación del vínculo filial.

CUARTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en al Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

Con salvamento parcial de voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada

Con salvamento de voto

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General Ad Hoc

ANEXO 1

RELACIÓN DE INFORMES DE LOS ESTUDIOS E INVESTIGACIONES SOBRE EL IMPACTO DE LA CONVIVENCIA, CRIANZA Y ADOPCIÓN DE MENORES POR PAREJAS DEL MISMO SEXO

Entidad que remite

Título

Autor, filiación institucional, año y publicación

Tipo de estudio

Conclusiones

Procuraduría General de la Nación

Síntesis e informe de estudios científicos y jurídicos y experiencia en otros países sobre matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo

Marcelo Viilar, Leonardo McLean, Eduardo Schnitzler, Juan Cianciardo y Carlos Camean Ariza - Universidad Austral Argentina - 2010.

Análisis jurídico y científico del proyecto de ley de adopciones por parejas del mismo sexo en Argentina

El proyecto de Ley de Matrimonio y Adopciones por parejas del mismo sexo debe ser rechazado, por las siguientes razones: (i) La Constitución y los tratados internacionales avalan únicamente la adopción heterosexual; (ii) la prohibición para la adopción homosexual no afecta el derecho a la igualdad; (iii) la adopción debe asemejarse a la relación filial biológica; (iv) la prohibición a la adopción homosexual no implica dejar a los niños abandonados; (v) los estudios científicos demuestran que la adopción por personas de distinto sexo ofrece un entorno más favorable para el desarrollo, y que los adoptados por parejas homosexuales se ven expuestos a perjuicios graves, en materias como las siguientes: afectación de la identidad sexual, tendencia a la promiscuidad y a uniones sensiblemente menos estables y duraderas, afectación en el rendimiento escolar; (vi) los estudios científicos que afirman que resulta indiferente la crianza con parejas del mismo sexo, no son fiables ni metodológica ni científicamente.

Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias

Kokin de Irala y Cristina de López del Burgo - Universidad de Navarra - 2006, Cuadernos de Bioética.

Análisis metodológico de los estudios empíricos sobre la adopción heterosexual y homosexual, a partir de las siguientes variables: (i) selección de las muestras comparadas; (ii) el ajuste de las variables de confusión; (iii) estudio de las variables de interés; (iv) tamaño muestral; (v) representatividad de la muestra y generalización de los resultados; (vi) tiempo de seguimiento; (vii) valoración adecuada de la exposición y los subsiguientes desenlaces; (viii) validación de los instrumentos de medida; (ix) sesgos de información.

(i) No existe ningún estudio satisfactorio desde el punto de vista metodológico, que avale la inocuidad o indiferencia de la adopción de niños por parejas del mismo sexo; (ii) los estudios científicos con un diseño metodológico al menos aceptable, indican que los niños criados por parejas del mismo sexo presentan peores valores en indicadores de salud y sociabilidad, y que tales parejas carecen de la

idoneidad para la adopción, debido a factores como problemas de salud mental, inestabilidad de la pareja y estilos de vida más arriesgados; (iii) los estudios científicos con un diseño metodológico al menos aceptable, indican que el entorno educativo más óptimo para niños, sigue siendo el de una pareja heterosexual establemente comprometida en el matrimonio; (iv)

Homosexualidad y esperanza., Terapia y curación en la experiencia de un psicólogo

Gerard J.M. Van den Aardweg – Universidad de Amsterdam- EUNSA – 2004

Calificación médica de la homosexualidad, y viabilidad de la modificación de los patrones de homosexualidad

(i) La homosexualidad es una patología; (ii) La homosexualidad puede ser tratada, entendida y curada.

What Research Shows: NARTH`s Response to the APA Claims on Homosexuality. A report of the Scientific Advisory Committee of the National Association and Therapy on Homosexuality

James E. Phelan, Neil Whitehead, Philip M Sutton – 2009 – Journal of Human Sexuality

Respuesta a la Asociación Americana de Psicología sobre sus conclusiones acerca de la condición de la homosexualidad, y sobre las posibilidades de tratamiento y curación de la misma

(I) No es cierta la conclusión de la APA según la cual no existen evidencias de que la homosexualidad sea curable; (ii) No es cierta la conclusión de la APA según la cual, los tratamientos para modificar la orientación sexual sean dañinos y perjudiciales, y que provoquen depresión y otros comportamientos auto-destructivos; (iii) No es cierta la conclusión de la APA, según la cual no existen mayores patologías en la población homosexual, que en el resto de la población. (como abuso de sustancias como alcohol y drogas, riesgo de VIH y otras enfermedades de transmisión sexual, tendencias suicidas, desórdenes mentales como ansiedad, depresión, desórdenes

alimenticios, afectación de las relaciones interpersonales,

Same sex parenting and children`s outcomes: a closer examination of the American Psychological associations`s brieg on lesbian and gay parenting

Loren Marks - loisiana State University - 2'12 - Social Science Resarch

Análisis crítico de la conclusión de la APA del año 2005, según la cual no existe ninguna evidencia de que niños criados y adoptados por parejas del mismo sexo se encuentren en desventaja frente a los demás niños

La conclusión de la APA sobre la inexistencia de riesgos inherentes a la crianza y adopción de niños por parejas del mismo sexo, carece de respaldo científico

No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo

Mónica Fontana Abad, Patricia Martínez Peroni y Pablo Romeu - Univesidad de San Pablo, y San Fracisco de Vitoria - Editado por www.hazteoir.org.

Análisis crítico de los esetudios empíricos sobre la crianza y adopción de niños por parejas del mismo sexo, con especial énfasis en la identificación de las fallas metodológicas de los mismos, así como de las conclusiones que se pueden obtener de los elementos no descartables de tales investigaciones

(i) Los estudios e investigaciones empíricas que descartan los riesgos inherentes a la crianza y adopción de niños por parejas del mismo sexo, no son cooncluyenes porque presentan distintas fallas metodológicas, como las siguientes: tamaño insuficiente de las muestras, falta de aletoriedad, uso de grupos de control inadecuados, implementación de comparaciones incorrectas; (ii) de los elementos investigativos con mediano rigor metodológico, se concluye que los niños que viven en un entorno homosexual son más proclibves a tener problemas, en cmpoaración con el resto de la población, por la presencia dde problemas psicológicos, trastronos de conducta, experiencias traumáticas, problemas de salud en general, y conductas de riesgo en relaciones afectivas.

Selling homosexual to America

Paul E. Rondeau - Universidades de Concordia y de Regent - 2002

Análisis crítico de las estrategias discursivas y publicitarias de los activistas homosexuales para difundir y extender sus propias creencias en la agenda pública y en el cuerpo social.

El activismo gay ha diseñado una estrategia discursiva y publicitaria orientada a que el entremado social acepte, sin fórmula de juicio, las aspiraciones de esta comunidad, a través de las técnicas modernas de marketing. Estas estrategias comprenden, entre otras, el diseño de un discurso que vincula las aspiraciones de la comunidad gay a las aspiraciones generales a la justicia, la equidad y la democracia, como si ahí se "jugara" la democracia y la libertad; la silenciación y la segregación de las voces médicas y técnicas disidentes; el uso sistemático de las técnicas modernas de mercadeo; la utilización de una retórica provadora, hostil y sugestiva; boicots a empresas y organizaciones disidentes, entre otras.

How Different are the adult children of parents who have same-sex relationships?
Findings from the New Family Structures Study

Mark Regnerus - Population Research Center de la Universidad de Texas - 2012 -
Social Science Research

Resultados de encuesta de amplia muestra aleatoria a adultos jóvenes (18 a 39 años) en Estados Unidos, que indaga sobre su situación social, emocional y relacional, y vincula estas variables a la estructura familiar de la que provienen.

(i) Existe un vínculo entre el tipo de estructura familiar a la que se pertenece, y los índices de bienestar en la edad adulta; (ii) dentro de las estructuras familiares posibles, aquellos adultos que han sido criados por mujeres lesbianas presentan un índice de bienestar significativamente inferior, frente al que tienen los adultos educados por sus propios padres biológicos unidos en matrimonio.

Why NARTH? The American Psychiatric Association's Destructive and Blind Pursuit of Political Correctness

Benjamin Kaufman - Universidad de California - Regent University - 2002.

Análisis crítico de la decisión de la APA de retirar la homosexualidad como un desorden dentro del Manual de Diagnósticos y Estadísticas.

La decisión de la APA de retirar la homosexualidad como desorden psiquiátrico es inconveniente e incorrecta, y debe ser reconsiderada porque permite tomar decisiones mejor informadas y evita que la comunidad profesional sea manipulada políticamente en el manejo terapéutico de esta condición

Amici Curiae Brief of Social Science Professors in Support of Hollingsworth and Bipartisan Legal Advisory Group Addressing the merits and Supporting Reversal

Douglas W. Allean, David J. Eggebeen, Alan Hawkins, Byron Johnson, Catherine Pakulak, Joseph Price, y Mark D. Regnerus - 2013,. Escrito dirigido a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

Análisis de la conveniencia de la crianza de niños por parejas del mismo sexo

(i) Hay evidencia que demuestra que los niños tienen un mejor entorno en aquellos hogares que son dirigidos por parejas de distinto sexo; (ii) la afirmación según la cual no hay diferencia en los resultados entre los niños que son criados por padres homosexuales y los niños que son criados por sus padres biológicos, carece de soporte empírico porque se sustentan en estudios que presentan graves fallas metodológicas.

Universidad Sergio Arboleda

No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo

Mónica Fontana Abad, Patricia Martínez Peroni y Pablo Romeu - Universidad de San Pablo, y San Francisco de Vitoria - Editado por www.hazteoir.org.

Análisis crítico de los estudios empíricos sobre la crianza y adopción de niños por

parejas del mismo sexo, con especial énfasis en la identificación de las fallas metodológicas de los mismos, así como de las conclusiones que se pueden obtener de los elementos no descartables de tales investigaciones

(ii) Los estudios e investigaciones empíricas que descartan los riesgos inherentes a la crianza y adopción de niños por parejas del mismo sexo, no son concluyentes porque presentan distintas fallas metodológicas, como las siguientes: tamaño insuficiente de las muestras, falta de aleatoriedad, uso de grupos de control inadecuados, implementación de comparaciones incorrectas; (ii) de los elementos investigativos con mediano rigor metodológico, se concluye que los niños que viven en un entorno homosexual son más propensos a tener problemas, en comparación con el resto de la población, por la presencia de problemas psicológicos, trastornos de conducta, experiencias traumáticas, problemas de salud en general, y conductas de riesgo en relaciones afectivas.

Same sex parenting and children`s outcomes: a closer examination of the American Psychological Association`s brief on lesbian and gay parenting

Loren Marks - Louisiana State University - 2012 - Social Science Research

Análisis crítico de la conclusión de la APA del año 2005, según la cual no existe ninguna evidencia de que niños criados y adoptados por parejas del mismo sexo se encuentren en desventaja frente a los demás niños

La conclusión de la APA sobre la inexistencia de riesgos inherentes a la crianza y adopción de niños por parejas del mismo sexo, carece de respaldo científico

Investigación sobre las nuevas estructuras familiares

Análisis crítico de la tesis tradicional sobre la inocuidad de la formación de hijos por parejas del mismo sexo, a la luz de los resultados de las nuevas investigaciones científicas

Los resultados de las nuevas investigaciones científicas permite reevaluar la tesis de que los niños criados por parejas del mismo sexo no presentan diferencias con aquellos criados en otros entornos. Estas nuevas investigaciones demuestran que sí

existe una repercusión en la vida social, en la salud mental y emocional, en la capacidad de relacionamiento, entre otros.

Parental same sex relationships, family instability, and subsequent life outcomes for adult children: answering critics of the new family structures study with additional analyses

Mark Regnerus - Population Research Center, Universidad of Texas at Austin - 2012-

Examen de la conveniencia de la crianza de niños por parejas del mismo sexo, a partir de los estándares de bienestar de adultos criados en distintas estructuras familiares

Los nuevos estudios empíricos demuestran que la crianza de niños por parejas del mismo sexo sí tiene repercusiones en la vida adulta.

How Different are the adult children of parents who have same-sex relationships?
Findings from the New Family Structures Study

Mark Regnerus - Population Research Center de la Universidad de Texas - 2012 -
Social Science Research

Resultados de encuesta de amplia muestra aleatoria a adultos jóvenes (19 a 39 años) en Estados Unidos, que indaga sobre su situación social, emocional y relacional, y vincula estas variables a la estructura familiar de la que provienen.

(ii) Existe un vínculo entre el tipo de estructura familiar a la que se pertenece, y los índices de bienestar en la edad adulta; (ii) dentro de las estructuras familiares posibles, aquellos adultos que han sido criados por mujeres lesbianas presentan un índice de bienestar significativamente inferior, frente al que tienen los adultos educados por sus propios padres biológicos unidos en matrimonio.

Tipos de familia y bienestar de niños y adultos. El debate cultural del siglo XXI en 13 países democráticos

Repercusión de la estructura y el funcionamiento familiar en el bienestar de niños y adultos, y en el funcionamiento y las dinámicas sociales.

(i) La familia es la institución cultural más importante en las sociedades democráticas; (ii) en la actualidad, hay una presencia cada vez más frecuente de distintos tipos de familia; (iii) en las democracias, las familias diferentes tienen consecuencias diferentes en el bienestar de niños y adultos; (iv) en las democracias, el vínculo de pareja entre hombre y mujer es lo determinante.

Conferencia Episcopal de Colombia

No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo

Mónica Fontana Abad, Patricia Martínez Peroni y Pablo Romeu - Universidad de San Pablo, y San Francisco de Vitoria - Editado por www.hazteoir.org.

Análisis crítico de los estudios empíricos sobre la crianza y adopción de niños por parejas del mismo sexo, con especial énfasis en la identificación de las fallas metodológicas de los mismos, así como de las conclusiones que se pueden obtener de los elementos no descartables de tales investigaciones

(i) Los estudios e investigaciones empíricas que descartan los riesgos inherentes a la crianza y adopción de niños por parejas del mismo sexo, no son concluyentes porque presentan distintas fallas metodológicas, como las siguientes: tamaño insuficiente de las muestras, falta de aleatoriedad, uso de grupos de control inadecuados, implementación de comparaciones incorrectas; (ii) de los elementos investigativos con mediano rigor metodológico, se concluye que los niños que viven en un entorno homosexual son más proclives a tener problemas, en comparación con el resto de la población, por la presencia de problemas psicológicos, trastornos de conducta, experiencias traumáticas, problemas de salud en general, y conductas de riesgo en relaciones afectivas.

Colombia Diversa

Amicus Curiae de Abbie E. Goldberg, Nanette K. Gartrell y Gary J. Gates para la Corte Constitucional

Abbie E. Goldberg, Nanette K. Gartrell, Gary J. Gates

Repaso de la literatura que avala la crianza de niños por lesbianas, hombres gay y mujeres bisexuales, a partir de la experiencia en Estados Unidos y Europa

(i) Existen distintos mecanismos para acceder a la paternidad por parte de las personas LGB; (ii) no existen diferencias significativas en la salud mental, estrés de crianza e idoneidad en la crianza, entre padres y madres LGB y los padres y las madres heterosexuales; (iii) no existen diferencias significativas entre los hijos criados por padres del mismo sexo, y padres heterosexuales, en términos de autoestima, calidad de vida, adaptación psicológica o funcionamiento social; (iv) no existen diferencias significativas en la relación entre niños y padres LGB y padres heterosexuales, en términos de calor filial, relación emocionalidad y calidad de la relación; (v) la falta de reconocimiento legal del segundo padre en una relación homosexual, puede poner en riesgo la relación entre padre e hijo después de la disolución de la relación de los padres.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

ADOPCION CONSENTIDA DE PAREJAS DEL MISMO SEXO DE HIJO BIOLOGICO DE COMPAÑERO O COMPAÑERA PERMANENTE-Caso en que debió ampararse el derecho a la no discriminación de las madres tutelantes (Salvamento parcial de voto)

Si bien con esta decisión la Corte da un paso significativo en la protección de la autonomía, la honra y la dignidad de todas las formas de familia reconocidas en la Constitución, considero que en esta sentencia, además de tutelar el derecho de la menor a tener una familia, debió ampararse el derecho de sus madres a la no discriminación

Referencia: Sentencia SU-617 de 2014

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, presento las razones que me llevan a salvar parcialmente mi voto a la presente sentencia.

Si bien con esta decisión la Corte da un paso significativo en la protección de la autonomía, la honra y la dignidad de todas las formas de familia reconocidas en la Constitución, considero que en esta sentencia, además de tutelar el derecho de la menor a tener una familia, debió ampararse el derecho de sus madres a la no discriminación.

Acompañé la decisión de revocar las sentencias proferidas por los jueces de instancia, no porque discrepara totalmente de sus fundamentos y conclusiones, en particular de la protección dispensada al derecho a la igualdad, sino por el propósito estrictamente instrumental de facilitar la comprensión de la decisión adoptada por la Sala Plena, sin que para ello se requiriera acudir a los fallos de instancia. Sin embargo, salvo parcialmente el voto para señalar que, en mi criterio, la Sala Plena debió retomar y fortalecer las consideraciones relativas al derecho a la no discriminación de las madres tutelantes que estuvo presente en la decisión del juez de primera instancia y, en consecuencia, ordenar su protección en la parte resolutive de esta providencia.

Fecha ut supra

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Y LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

FAMILIA-Formas de constituir/DERECHO A CONSTITUIR UNA FAMILIA-Predicable también de las parejas de personas del mismo sexo/FAMILIA Y PAREJAS DEL MISMO SEXO-Reconocimiento en sentencia C-577/11 (Aclaración de voto)

Acompañamos la decisión adoptada por la Sala Plena por cuanto constituye un avance significativo en la protección de la familia, que además consolida la jurisprudencia constitucional en la materia, y en especial el precedente fijado en la sentencia C-577 de 2011, donde la Corte reconoció que la garantía conferida por el artículo 42 Superior comprende las múltiples formas de familia que existen en la sociedad. La presente sentencia mantiene esta orientación y además constituye un avance, al señalar y poner en práctica la inviolabilidad de la autonomía, la honra y la dignidad de toda familia, amparando en este caso el derecho de los menores que crecen en el seno de una familia conformada por una pareja del mismo sexo a continuar recibiendo su amor y cuidados, y a no ser separados de ella por motivos discriminatorios.

FAMILIA-Se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política/INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN LA ADOPCION-Protección/ADOPCION-Orientado a la búsqueda del interés superior del menor (Aclaración de voto)

La Ley no concibe la adopción como una institución reducida a la función de suplir vínculos naturales, sino como instituto que permite incluso expandir, gracias a la libertad jurídica, nuestros confines biológicos para crear vínculos entre quienes no los tienen 'por naturaleza'. Esta concepción tiene una clara justificación constitucional, no sólo en cuanto maximiza el derecho a la libertad individual, sino también porque -en beneficio de los menores- expande la protección jurídica hacia formas diversas y legítimas de construir relaciones afectivas y de solidaridad entre los miembros de una familia.

PAREJAS HOMOSEXUALES DECIDIDAS A CONFORMAR FAMILIA Y SU DESARROLLO CONCRETO-Decisión acerca de dicha posibilidad no le atañe a la Corte Constitucional, sino al Congreso de la República (Aclaración de voto)

En materia de adopción ha sido el Congreso quien, en democracia, ha dado un significativo paso para eliminar la discriminación en contra de las parejas del mismo sexo. Si ya el legislador tomó la palabra para abrir la posibilidad de adopción igualitaria, sólo le corresponde a la Corte Constitucional hacer efectivo un mandato legal con el que no sólo se

avanza en la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, sino que además se expanden las posibilidades jurídicas de adoptar y, con ello, la posibilidad de garantizar el derecho a tener una familia a los menores que carecen de ella.

PAREJA HOMOSEXUAL Y EL CONCEPTO DE FAMILIA-Jurisprudencia constitucional (Aclaración de voto)

El actual Código de la Infancia y la Adolescencia no excluye a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar. La jurisprudencia constitucional es ahora distinta, y ha experimentado un inocultable avance hacia la eliminación de toda forma de discriminación contra este tipo de parejas. Por tratarse entonces de una sentencia sobre una disposición preconstitucional hoy derogada, anterior a la jurisprudencia sobreviniente sobre protección integral de la familia integrada por personas del mismo sexo, la sentencia C-814 de 2001 no contiene una regla decisoria para casos de esta naturaleza.

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Modalidad de familia constitucionalmente protegida (Aclaración de voto)

No compartimos la consideración según la cual la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado. Entendemos que se trata de un desafortunado obiter que, además de carecer de toda justificación constitucional, no refleja la consolidada jurisprudencia de esta Corte sobre la igual dignidad de todas las formas de familia, expresada de manera unánime en la sentencia C-577 de 2011.

Referencia: Sentencia SU-617 de 2014 (Expediente T-2597191)

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

“La familia está donde están los afectos”

(Magistrado Ciro Angarita Barón)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, a continuación presentamos las razones que nos llevan a aclarar nuestro voto a la presente sentencia.

Acompañamos la decisión adoptada por la Sala Plena por cuanto constituye un avance significativo en la protección de la familia, que además consolida la jurisprudencia constitucional en la materia, y en especial el precedente fijado en la sentencia C-577 de 2011[48], donde la Corte reconoció que la garantía conferida por el artículo 42 Superior comprende las múltiples formas de familia que existen en la sociedad. La presente sentencia mantiene esta orientación y además constituye un avance, al señalar y poner en práctica la inviolabilidad de la autonomía, la honra y la dignidad de toda familia, amparando en este caso el derecho de los menores que crecen en el seno de una familia conformada por una pareja del mismo sexo a continuar recibiendo su amor y cuidados, y a no ser separados de ella por motivos discriminatorios.

No obstante, aclaramos nuestro voto para manifestar nuestra discrepancia con algunas consideraciones que, a manera de obiter dicta, se expresan en la parte motiva la sentencia, las cuales deben ser claramente distinguidos de la regla de decisión y las órdenes impartidas en el caso concreto.

1. En primer lugar, no compartimos la concepción según la cual la finalidad fundamental de la adopción es “sustituir las relaciones filiales naturales”, razón por la cual sería relevante, a estos efectos, la distinción entre las parejas conformadas por hombre y mujer y las integradas por personas del mismo sexo. Tal entendimiento difiere de la definición de adopción prevista en el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia, donde se la concibe como una medida de protección que busca “establecer de manera irrevocable una relación filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. La Ley no concibe la adopción como una institución reducida a la función de suplir vínculos naturales, sino como instituto que permite incluso expandir, gracias a la libertad jurídica, nuestros confines biológicos para crear vínculos entre quienes no los tienen ‘por naturaleza’. Esta concepción tiene una clara justificación constitucional, no sólo en cuanto maximiza el derecho a la libertad individual, sino también porque –en beneficio de los menores– expande la protección jurídica hacia formas diversas y legítimas de construir relaciones afectivas y de solidaridad entre los miembros de una familia.

La lectura “naturalista” de la adopción que, a manera de obiter, se expresa en la sentencia, desconoce que el Derecho y todas las instituciones que se crean en virtud del mismo, constituyen artificios a través de los cuales la humanidad ha logrado expandir su libertad,

en la medida en que gracias a dichas instituciones podemos hacer no sólo aquello que “naturalmente” hacemos (respirar, dormir, comer, etc.), sino que también podemos hacer otras cosas que sólo existen en virtud de las reglas que las crean. A esto, filósofos del lenguaje como John Searle lo llaman “hechos institucionales”, por oposición a los “hechos brutos” o “naturales”. Así por ejemplo, de manera “natural” las personas no podemos jurar, prometer, transmitir propiedad, obligarnos, casarnos, divorciarnos, hacer un jaque mate o un gol, etc. Para realizar este tipo de acciones, que sin duda expanden nuestra libertad y nos permiten realizar más plenamente nuestra humanidad, necesitamos reglas de competencia que nos permitan suscribir y rescindir contratos de compraventa y matrimonio, que establezcan qué vale como un jaque mate en ajedrez o como un gol en el fútbol.[49]

Las normas que regulan la adopción son precisamente de este tipo: normas de competencia que permiten establecer relaciones filiales entre personas que “por naturaleza” no la tienen. Y la posibilidad de expandir la libertad natural para crear vínculos gracias a la libertad jurídica que procuran instituciones como la adopción, tiene una clara justificación constitucional, ya no sólo desde el punto de vista de la expansión del derecho general de libertad, sino porque a través de ella se logra expandir los lazos afectivos y de solidaridad que hacen valiosa a una familia más allá de las estrechas amarras que nos impone lo que hoy concebimos como “natural”.

Es esta la interpretación que mejor se ajusta a la letra del artículo 61 del Código de Infancia y Adolescencia y la que le permite una más clara y plausible justificación constitucional.

2. En segundo lugar, contrario a la interpretación que con valor de *obiter dictum* se expresa en la sentencia, entendemos que la legislación vigente en Colombia posibilita la adopción entre compañeros del mismo sexo. A este respecto, no puede la Corte desconocer la clara diferencia que media entre la regulación preconstitucional prevista en el Código del Menor de 1989, donde se reservaba la adopción de manera expresa a parejas heterosexuales, y la regulación adoptada en el Código de Infancia y Adolescencia expedido en 2006, donde se establece la posibilidad de adopción conjunta o consentida (arts. 68 num. 3 y 5) para los “compañeros permanentes” sin distinguir si se trata de pareja conformada por hombre y mujer o por personas del mismo sexo. En materia de adopción ha sido el Congreso quien, en democracia, ha dado un significativo paso para eliminar la discriminación en contra de

las parejas del mismo sexo. Si ya el legislador tomó la palabra para abrir la posibilidad de adopción igualitaria, sólo le corresponde a la Corte Constitucional hacer efectivo un mandato legal con el que no sólo se avanza en la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, sino que además se expanden las posibilidades jurídicas de adoptar y, con ello, la posibilidad de garantizar el derecho a tener una familia a los menores que carecen de ella.

La sentencia propone una interpretación que desconoce el sentido de la determinación adoptada por el legislador, basada en el siguiente razonamiento: (i) El Código de Infancia y Adolescencia guarda silencio sobre si, para efectos de adopción, se entiende que son compañeros permanentes las parejas del mismo sexo; (ii) para colmar este “vacío” se acude al artículo 1º de la Ley 54 de 1990, donde se establece que compañeros permanentes son el “hombre y la mujer” que conforman una unión marital de hecho, sin integrarla con la declaratoria de exequibilidad condicionada de dicha disposición, establecida en la sentencia C-075 de 2007[50]; (iii) para justificar lo anterior, se argumenta que en este pronunciamiento la Corte circunscribió la asimilación normativa entre parejas del mismo sexo y heterosexuales al régimen patrimonial de tales uniones.

Disentimos de este razonamiento. Allí donde el legislador no distingue, no es dable al intérprete distinguir, cuando con ello persigue establecer tratamientos desiguales que carecen de justificación constitucional, como ocurriría en caso de establecer una discriminación en contra de los compañeros permanentes del mismo sexo. Por otra parte, si en gracia de discusión se admite que existe un “vacío” o una duda interpretativa, no es válido colmarla acudiendo a una definición que, además de ser preconstitucional, está contenida en una ley cuyo objeto es regular el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Si bien el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 señala que la definición de “compañeros permanentes” allí contenida opera “para todos los efectos civiles”, el cuerpo legal en el que se inserta tan sólo se ocupa de regular los aspectos patrimoniales de las uniones de hecho entre compañeros permanentes; fue en razón de ello que la Corte en la sentencia C-075 de 2007 se limitó a examinar la constitucionalidad de aquella definición en cuanto ella excluía a las parejas del mismo sexo del régimen patrimonial establecido a favor de las uniones conformadas por hombre y mujer.

En cualquier caso, si se insistiera en emplear la definición de compañeros permanentes

contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, ello sólo podría hacerse integrando la declaración de exequibilidad condicionada establecida en la sentencia antes mencionada, para entender que también los compañeros permanentes del mismo sexo tienen igual derecho a adoptar. Lo que no resulta admisible es, por un lado, desconocer el específico contexto normativo en el que se inscribe el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, y acudir al mismo como si se tratase de una definición general de lo que significa la expresión “compañeros permanentes” para todos los efectos civiles y, al mismo tiempo, pretextar el carácter especial de la normatividad en que está contenida para concluir que la extensión de dicha definición a las parejas del mismo sexo, dispuesta por la Corte en la mencionada sentencia, sólo aplica para los aspectos patrimoniales de la unión entre compañeros permanentes.

3. En tercer lugar, aclaramos nuestro voto para manifestar que, contrario a lo que sugiere el texto de esta providencia, la sentencia C-814 de 2001[51] no constituye un precedente aplicable al presente caso. En aquella ocasión la Corte se ocupó de examinar si una regulación legal expedida antes de la Constitución de 1991 y para entonces vigente, que limitaba la adopción a parejas conformadas por “hombre y mujer”, resultaba legítima a la luz de la Carta.[52] Aunque la Corte sostuvo que la norma era admisible, eso sólo significa que -para esa época- el legislador podía configurar la adopción de esa manera. Hoy ocurre, sin embargo, algo distinto. El actual Código de la Infancia y la Adolescencia no excluye a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar. La jurisprudencia constitucional es ahora distinta, y ha experimentado un inocultable avance hacia la eliminación de toda forma de discriminación contra este tipo de parejas. Por tratarse entonces de una sentencia sobre una disposición preconstitucional hoy derogada, anterior a la jurisprudencia sobreviniente sobre protección integral de la familia integrada por personas del mismo sexo, la sentencia C-814 de 2001 no contiene una regla decisoria para casos de esta naturaleza.

4. Asimismo, aclaramos nuestro voto para señalar que no compartimos la consideración según la cual la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado. Entendemos que se trata de un desafortunado obiter que, además de carecer de toda justificación constitucional, no refleja la consolidada jurisprudencia de esta Corte sobre la igual dignidad de todas las formas de familia, expresada de manera unánime en la sentencia C-577 de 2011.

5. Por último, consideramos importante resaltar que la familia cuyos derechos fueron amparados en este proceso, bajo el orden constitucional vigente tiene igual dignidad que las demás. Como decía el Magistrado Ciro Angarita Barón, 'la familia está donde están los afectos'.

Fecha ut supra,

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Salvamento de voto de los magistrados

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y

Martha Victoria Sáchica Méndez

a la sentencia SU-617/14

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Se partió de una concepción errónea de la adopción como un derecho de los adoptantes, cuando ésta debe entenderse como una medida de protección y restablecimiento de derechos del menor de carácter definitivo (Salvamento de voto)

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Negativa a dar trámite a solicitud de adopción por el ICBF no puede considerarse un trato discriminatorio en razón de la opción sexual

(Salvamento de voto)

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Se incurre en contradicción al limitar las órdenes exclusivamente a dar continuidad al trámite administrativo de adopción pero excluyendo del análisis condiciones particulares del entorno familiar como que la pareja adoptante esté conformada por personas del mismo sexo (Salvamento de voto)

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Se omitió analizar en profundidad si efectivamente se presentaron condiciones que amenacen los derechos del menor, las cuales justifiquen las medidas de protección decretadas en la sentencia (Salvamento de voto)

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Se desconoció la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de parejas adultas del mismo sexo (Salvamento de voto)

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Se ignoró que la permisión de adopción a parejas conformadas por personas del mismo sexo involucra, además de la autonomía de la voluntad de los adoptantes, los derechos y el interés superior de los niños así como el interés general (Salvamento de voto)

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-En el marco internacional su reconocimiento se ha llevado a cabo la mayoría de veces por vía legislativa y de forma minoritaria a través de decisiones judiciales (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Límites del juez constitucional para reconocer derechos de adopción a parejas del mismo sexo por cuanto corresponde al Congreso (Salvamento de voto)

Con el debido respeto por la decisión de la Sala Plena, manifestamos nuestro salvamento de voto en relación con la decisión mayoritaria en el caso concreto, toda vez que no compartimos ni la fundamentación, ni la conclusión a la que finalmente se llegó, al conceder la tutela solicitada por las señoras Turandot y Fedora y la menor Lakmè, por las siguientes razones:

1. La adopción no es un derecho sino una medida de protección

En primer lugar, consideramos que la sentencia SU-617/14, parte de una concepción equivocada de la adopción, como quiera que esta figura no constituye un derecho, sino que es "... principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza" (art. 61, Código de la Infancia y la Adolescencia).

No se trata, por tanto, de un derecho-facultad que les permita a las personas decidir adoptar un hijo y que en ese sentido, el Estado les tenga que garantizar el cumplimiento de esa aspiración. La adopción es, entre todas las medidas de restablecimiento de los derechos del menor (art. 51 Ib.), la única que no es transitoria, sino que por implicar una modificación de la relación paterno filial es de naturaleza irrevocable y permanente. Por su relevancia para el menor y la sociedad, la adopción es una facultad de la cual es titular y responsable el Estado, por lo cual nunca es automática, ni siquiera en los casos en que medie la voluntad directa de los padres biológicos del menor (art. 68.5 Ib.).

Así mismo, siempre, sin ninguna excepción, la medida de protección debe estar precedida de un proceso administrativo a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familia, ICBF a través de las defensorías de familia y los jueces de familia, quienes son las autoridades competentes para evaluar las condiciones de vulnerabilidad para sus derechos en que se encuentra un menor, que concluye con la declaratoria de adoptabilidad y posteriormente, las condiciones favorables para su desarrollo que deben tener las familias adoptantes. Es potestad de las autoridades competentes, establecer si las condiciones de la familia adoptante son las más propicias para el bienestar del niño.

Es por ello que no puede considerarse que la negativa del ICBF, en el caso concreto, de no dar trámite a la solicitud de adopción, constituya algún trato discriminatorio por razón de la opción sexual. En nuestra opinión, con esta decisión, se terminó derogando la potestad que tienen los defensores y jueces de familia para determinar cuándo una medida de adopción es procedente o no por vía de tutela, lo cual extralimita el ámbito propio de protección de los derechos del menor.

Por otra parte, si bien la orden dada por la Sala Plena en el marco del caso concreto se limita exclusivamente a darle continuidad al trámite administrativo de adopción, pues "la

Corte no puede ordenar directamente la adopción de la menor” (P. 52 Sentencia), resulta confuso y contradictorio que en el párrafo siguiente se sostenga que la condición de que Turandot y Fedora sean una pareja del mismo sexo no pueda convertirse “por sí misma en un obstáculo para la conformación del vínculo filial”. Consideramos necesario aclarar en este salvamento que, a la luz de la fórmula usada por la Corte en la ratio de la decisión y del interés superior del menor, las autoridades no pueden cerrar los ojos frente a una condición particular del entorno familiar de imprescindible valoración como lo es el hecho de que los adoptantes conforman una pareja del mismo sexo, ya que la finalidad de tener en cuenta esa circunstancia, lejos de buscar discriminar a la pareja por su condición, resulta adecuada y proporcional frente a la necesidad de proteger al menor en el marco de una decisión que es responsabilidad absoluta del Estado.

2. La Corte desconoció en el caso concreto la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de parejas de personas adultas del mismo sexo

Si bien en la sentencia se sostiene que la acción de tutela se dirige a proteger el interés superior de los niños, lo cierto es que la Corte asume de manera intuitiva, que con la decisión del ICBF se vulneraron derechos fundamentales de la menor Lakmé, sin analizar, en profundidad, si existen condiciones que ameritan la medida de protección ante una vulneración de los mismos.

En realidad, la Corte deja de lado este aspecto crucial para la procedencia del amparo constitucional y fundamenta esencialmente su decisión en la vulneración de los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad y de los principios de dignidad humana y pluralismo que consideró fueron desconocidos por el ICBF al haberse negado la adopción con fundamento en la condición homosexual de la pareja solicitante. Es decir, en los derechos de Turandot y Fedora.

El problema jurídico planteado por la tutela, como se expone en la página 48 de la Sentencia, se centraba en la existencia de un vicio material en la resolución de la Defensoría de Familia de Rionegro que declaró la improcedencia de la adopción, por contradecir la legislación, lo cual fue desvirtuado por el análisis realizado por el Magistrado Ponente; la vulneración de los derechos de Turandot y Fedora a tener una familia, el principio de igualdad, la prohibición de discriminación en función de la orientación sexual, el

derecho a la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad. Adicionalmente, plantea la acción, los derechos a la educación, la salud, la alimentación y la recreación del menor.

La Sentencia estima que se presenta una vulneración a los derechos del menor, sin analizar si existían condiciones que ameritaran la medida de protección o vulneración a los alegados por las accionantes (educación, salud, alimentación y recreación del menor). Lo anterior, lleva al proyecto a la siguiente conclusión sin fundamento previo:

“Pese a que la determinación de Turandot de insertar a Fedora a su núcleo familiar es admitida constitucionalmente en virtud del principio de autonomía, y pese a que a partir de esta decisión constitucionalmente protegida, se ha conformado una familia en los términos indicados anteriormente, las barreras normativas han impedido el reconocimiento jurídico de tal situación fáctica, y la consolidación de tales lazos. En estas circunstancias, la crianza, el cuidado y la manutención de Lakmé por parte de Fedora están librados a su buena voluntad, el ejercicio de las prerrogativas derivadas de la patria potestad no se han consolidado, y no existen derechos sucesorales entre ellos dos. Todo ello se traduce en un déficit de protección de la menor, a todas luces inaceptable a la luz de la preceptiva constitucional”.

Esa conclusión parte de unas premisas que no se demuestran, pues no se establece qué: (i) sin el reconocimiento a Fedora de una patria potestad ella no continuará cumpliendo con las obligaciones que de facto ha adquirido con Lakmé, (ii) que la protección brindada por la madre biológica a la menor es insuficiente y por lo tanto se genera una situación de vulnerabilidad, y (iii) que no existen en el ordenamiento colombiano figuras que le permitan a Fedora reconocer derechos a Lakmé, no exponiendo razones por las que, por ejemplo, figuras jurídicas como la de madre de crianza, resultarían insuficientes.

3. El nuevo parámetro constitucional de la Familia como consecuencia de la Sentencia C-577 de 2011 y los límites democráticos de la Corte Constitucional como garante de la Carta Política

Consideramos necesario resaltar que aunque a partir de la Sentencia C-577/11 la Corte Constitucional admitió que las parejas del mismo sexo sí constituyen familia, también señaló que la configuración de un estado civil y el establecimiento de los derechos que le

resulten inherentes es competencia del Constituyente o del Congreso. El carácter de familia que se reconoció en dicha sentencia a las uniones de parejas del mismo sexo, se hizo desde la perspectiva de la autonomía personal, es decir, de la voluntad propia, privada e interna de conformar una familia, mientras que permitir la adopción a estas parejas implica hacer este reconocimiento de la familia, omitiendo considerar que no se trata de un asunto exclusivo y reservado a dos personas adultas, sino que están de por medio los derechos y el interés superior del niño y el interés general, omitiendo considerar que cuando se hace referencia a la adopción de un hijo, se alude a un contexto en el que el Estado interviene en virtud de la relevancia social, que reviste la necesidad de para preservar ese interés de los menores y de la familia, como núcleo esencial de la sociedad.

La decisión de reconocer de manera general esos derechos a las parejas del mismo sexo no es labor del juez constitucional, y mucho menos, de las autoridades administrativas, porque el escenario natural y propicio para ese efecto es el Congreso de la República, en donde hay un sustrato de representación democrática, pues allí tienen asiento los distintos grupos que conforman nuestra sociedad, elegidos por la voluntad popular y que permite una deliberación amplia y prolija sobre un asunto tan trascendental como el de los derechos de las parejas del mismo sexo, representación democrática que presenta un déficit en tratándose de esta Corporación, porque si bien sus miembros son elegidos por el Senado de la República de sendas ternas que conforman el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, no puede compararse con la que tiene el Congreso de la República ni mucho menos con su función deliberativa.

En el mismo sentido, al realizar un análisis de los distintos ordenamientos jurídicos en los que ha sido reconocida la adopción por parte de parejas del mismo sexo, se concluye que de los 21 países que la permiten, 17 lo hicieron por vía legislativa y sólo 4 a través de decisiones judiciales (Sudáfrica mediante Sentencia de su Corte Constitucional del 10 de septiembre de 2002; Israel a través de decisión de la Corte Suprema actuando como Corte Civil de Apelaciones del 10 de enero de 2005; Brasil mediante decisión del 27 de abril del 2010 proferida por el Tribunal Superior de Justicia; y Alemania a través de decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 19 de febrero de 2013).

Se demuestra así que incluso en la ya minoritaria tendencia de los Estados del mundo de reconocer la posibilidad de adoptar niños, niñas y adolescentes por parte de parejas del

mismo sexo, la mayoría de Estados considera que el foro adecuado para hacerlo ha sido el órgano legislativo de cada país. Incluso en los casos en que se ha permitido la adopción a través de decisiones judiciales, la fricción con el legislativo se hace evidente. Así por ejemplo, en casos como el de Alemania, se hizo una remisión directa al Bundestag para que legislara el tema en cuestión de meses, o en el de la Corte Suprema de Israel en el que los miembros de dicho Tribunal que disintieron de la decisión, resaltaron que con ésta usurpaban las funciones del legislador.

Finalmente, consideramos conveniente destacar la necesidad de que los Jueces Constitucionales entiendan los límites que deben observar en el ejercicio de su control judicial, en especial, cuando se trata del respeto de la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos derivado de los principios que encarna nuestra Democracia. En ese sentido, la Corte ha debido actuar en el marco de lo que ha sido denominado por la doctrina norteamericana como un *structural Self-restraint*[53] (autocontrol orgánico), despojándose de todo afán de protagonismo mediático y que, en su lugar, a través de sus decisiones, busque conservar la voluntad del legislador en lo que se ha denominado la “objeción democrática”, que tiene como fundamento la dignidad de ley y la necesidad de que el constitucionalismo en el mundo moderno, reafirme y dé seguridad a la autoridad que emana de la soberanía popular.[54]

En estos términos, dejamos consignados los argumentos por los cuales disintimos tanto la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-617 de 2014, como de sus fundamentos.

Fecha ut supra

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (e)

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO A

LA SENTENCIA SU-617 de 2014

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Caso en que se debió levantar la reserva de identidad de las accionantes (Aclaración de voto)

La Corte debió levantar la reserva de la identidad de las accionantes por dos razones. Por una parte, durante el trámite de tutela, tanto Turandot como Fedora de manera voluntaria revelaron plenamente a la opinión pública sus identidades y ofrecieron detalles sobre el proceso de adopción y de su vida familiar. Adicional a esto, ocultar los nombres de las parejas homosexuales sin que estas hayan solicitado de manera expresa la reserva de sus identidades mantiene un estigma discriminatorio sobre estos ciudadanos y perpetua la invisibilidad que la comunidad LGBTI ha tenido que padecer por su orientación sexual y su identidad de género.

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Caso en que la decisión se construye a partir de una interpretación equivocada del precedente fijado por este Tribunal en la sentencia C-577 de 2011 (Aclaración de voto)

La providencia debió reconocer que la finalidad de la sentencia del 2011 no solo fue la protección a las familias plurales a través del reconocimiento de un déficit de protección legal, sino también buscó prohibir la discriminación señalada en el artículo 13 de la Constitución. La Sala Plena dejó pasar una invaluable oportunidad para construir nuevas reglas para proteger decididamente los derechos de las familias conformadas por personas del mismo sexo. La sentencia debió reconocer expresamente que las autoridades públicas no pueden aplicar un criterio sospechoso como la orientación sexual o la identidad de género de los padres o madres para imponer barreras administrativas que les impidan adoptar y ampliar su familia. Es imposible construir y defender un Estado Social de Derecho que aplique este tipo de diferenciación a sus ciudadanos, y considero que los jueces

constitucionales debemos reaccionar ante cualquier intento por desconocer el principio de igualdad y no discriminación, especialmente cuando se trata de proteger un concepto democrático e incluyente de familia.

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Caso en que no se debió omitir el análisis de la violación del derecho a la igualdad de las familias conformadas por parejas homosexuales (Aclaración de voto)

Este caso en particular, requería un juicio o test de igualdad en el entendido que existía claramente una actuación administrativa que se basaba en una distinción particular (la orientación sexual de las solicitantes). Desafortunadamente, la sentencia omite el análisis de la violación del derecho a la igualdad de las familias conformadas por parejas homosexuales, pues si bien es cierto que en los casos de adopción el derecho de los niños y niñas a tener una familia es prevalente, no lo es menos que la diferencia de trato basada en la orientación sexual no es una justificación constitucionalmente admisible.

ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Caso en que debió aplicarse una interpretación sistemática que vinculara las nuevas reglas para la adopción en Colombia (Aclaración de voto)

Referencia: expediente T-2.597.191

Acción de tutela instaurada por la menor Lakmé y las señoras Turandot y Fedora, contra la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro (Antioquía).

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Plena me permito formular una aclaración de voto a la sentencia SU-617 de 2014, en la cual la Corte Constitucional revocó las sentencias de tutela expedidas el 4 de noviembre de 2009 por el Juzgado Penal con Funciones de Conocimiento de Rionegro y el 20 de enero de 2010 por el Tribunal Superior de Antioquia, para proteger el derecho fundamental de la menor y de las peticionarias a tener una familia y ordenó al ICBF continuar con el trámite de adopción sin considerar la condición sexual de las accionantes.

A pesar de compartir la decisión que adoptó por mayoría la Sala Plena, debo separarme de ella en varios aspectos de su parte motiva y resolutive. Para exponer mi posición: i) me referiré a la decisión de mantener la reserva de identidad de Turandot y Fedora; ii) explicaré por qué la decisión se construye a partir de una interpretación equivocada del precedente fijado por este Tribunal en la sentencia C-577 de 2011; iii) examinaré el alcance de la violación a la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución en el presente caso; y iv) concluiré afirmando que la Corte debió aplicar en este caso una interpretación sistemática que vinculara las nuevas reglas para la adopción fijadas por el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia o de la Adolescencia) y de esta manera reconocer la adopción plena para parejas del mismo sexo, sin distinción entre el vínculo jurídico o biológico que tengan con sus hijos.

I. La reserva de identidad no era procedente ni deseable

1. Considero que la Corte debió levantar la reserva de la identidad de las accionantes por dos razones. Por una parte, durante el trámite de tutela, tanto Turandot como Fedora de manera voluntaria revelaron plenamente a la opinión pública^[55] sus identidades y ofrecieron detalles sobre el proceso de adopción y de su vida familiar (sin publicar las identidades de Lakmé y de su hermano menor).

2. Adicional a esto, considero que ocultar los nombres de las parejas homosexuales sin que estas hayan solicitado de manera expresa la reserva de sus identidades mantiene un estigma discriminatorio sobre estos ciudadanos y perpetua la invisibilidad que la comunidad LGBTI ha tenido que padecer por su orientación sexual y su identidad de género. En ese sentido, este caso pudo servir como precedente para que en futuras oportunidades la Corte rescatara la importancia de reconocer abiertamente la diversidad sexual y de género como un derecho constitucionalmente protegido. Como en su momento lo afirmó Ciro Angarita Barón, exmagistrado de esta Corporación, “los jueces en un Estado Social de Derecho son portadores de la visión institucional del interés general”^[56] y claramente un régimen constitucional como el colombiano tiene como fin ofrecer todas las garantías para que la identidad de una familia conformada por personas del mismo sexo no deba ser mantenida en secreto como una forma de proteger su intimidad.

3. Así las cosas, una sociedad que castiga la expresión plena de la identidad de un

ciudadano por su condición sexual está lejos de ser pluralista y no se compadece con el interés general de reconocer la diversidad como un factor constituyente de nuestra base social. Sacar del ostracismo a las parejas del mismo sexo sin duda alguna es una contribución importante que los jueces pueden y deben hacer para la construcción de un país más incluyente.

II. La sentencia C-577 de 2011 se debe interpretar de manera amplia y garantista

4. Aunque la presente decisión reconoce abiertamente el concepto de familia plural, desarrollado en la sentencia C-577 de 2011, esto es que hay varios tipos de uniones familiares que van más allá de la tradicional unión entre un hombre y una mujer, considero que se debió interpretar la misma de una manera finalista. Dicho de otra manera, la providencia debió reconocer que la finalidad de la sentencia del 2011 no solo fue la protección a las familias plurales a través del reconocimiento de un déficit de protección legal, sino también buscó prohibir la discriminación señalada en el artículo 13 de la Constitución.

5. En el siguiente capítulo de esta aclaración, me referiré puntualmente al análisis de la violación del derecho a la igualdad de estas familias, pero considero que es oportuno explicar primero con más detalle lo que entiendo por una interpretación finalista del precedente constitucional fijado en la sentencia C-577 de 2011. Particularmente me referiré a la forma como considero que los jueces deben expandir los precedentes establecidos en aras de garantizar los derechos de las personas.

6. Los jueces constitucionales deben desarrollar su actividad buscando ponderar valores[57] de la manera más democrática posible. Esto impone la obligación de, sin desconocer que la prudencia debe ser un principio rector de la decisión judicial, construir soluciones que demuestren su utilidad social al ser lo más equitativas posible[58]. Tratándose de la construcción y posterior interpretación de los precedentes judiciales, los jueces deben realizar un ejercicio similar a lo que en literatura se conoce como “novela en cadena”[59]. Esto no es otra cosa que la construcción a varios manos de un línea argumentativa que busca evolucionar en el tiempo aplicando soluciones cada vez más pluralistas a casos nuevos o que han sido resueltos en el pasado de una manera restrictiva frente al potencial emancipatorio del discurso de derechos de la Constitución de 1991.

7. Es importante reconocer que los jueces miramos el pasado judicial “no solo para descubrir que dijeron o que pensaron (otros jueces) sino para hacerse una idea de lo que han hecho colectivamente”[60] y así darle coherencia a un sistema de fuentes basado en la decisión judicial. Pero esta coherencia no es absoluta, y debe ser siempre contrastada con la sana crítica propia de cuerpos colegiados que, como la Corte, se renuevan constantemente. Los nuevos integrantes de los tribunales constitucionales no solo tenemos la responsabilidad de respetar el pasado sino de ampliar el alcance de las decisiones judiciales que nuestros antecesores o nuestros pares han tomado. El derecho es una práctica creativa que se basa en el constante cuestionamiento de lo ya probado o establecido y considero que la Sala Plena dejó pasar una invaluable oportunidad para construir nuevas reglas para proteger decididamente los derechos de las familias conformadas por personas del mismo sexo.

8. En ese sentido, no se puede desconocer que la sentencia C-577 de 2011 fue un hito en la protección de los derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo pero considero que ya es hora de expandir esos valiosos esfuerzos realizados con anterioridad y reconocer con vehemencia que el derecho a la igualdad es parte fundamental de este debate y que, como tal, cualquier discriminación que sufren estas familias por el mero hecho de su orientación sexual o identidad de género debe ser reprochado de plano, aplicando un estricto juicio de igualdad. Así, la sentencia debió reconocer expresamente que las autoridades públicas no pueden aplicar un criterio sospechoso como la orientación sexual o la identidad de género de los padres o madres para imponer barreras administrativas que les impidan adoptar y ampliar su familia. Es imposible construir y defender un Estado Social de Derecho que aplique este tipo de diferenciación a sus ciudadanos, y considero que los jueces constitucionales debemos reaccionar ante cualquier intento por desconocer el principio de igualdad y no discriminación, especialmente cuando se trata de proteger un concepto democrático e incluyente de familia. Los afectos y la solidaridad que constituyen este tipo de uniones se originan en el altruismo propio de las relaciones entre padres e hijos y la Constitución debe estar dirigida a proteger los mismos, sin importar las preferencias sexuales de sus miembros.

9. Bajo estas premisas, no tengo duda de que la interpretación más equitativa y democrática que se le debe dar a la sentencia C-577 de 2011 es aquella que reconoce que el déficit de protección de las familias conformadas por parejas del mismo sexo no surge

por una omisión involuntaria y bienintencionada del Legislador, sino por una abierta y grosera discriminación basada en un criterio sospechoso como lo es la orientación sexual o la identidad de género. Dicha conducta no puede ser tolerada a la luz de la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución.

III. La Corte no debió omitir el juicio de igualdad en el presente caso

10. Por esta razón, considero que la Corte Constitucional, siguiendo los principios democráticos de utilidad social y de equidad antes descritos, debió reconocer expresamente la dimensión igualitaria del precedente fijado por la sentencia C-577 de 2011. Por un lado, creo que la Sala Plena en esta oportunidad debió acudir al principio democrático para reconocer que, este caso en particular, requería un juicio o test de igualdad en el entendido que existía claramente un actuación administrativa que se basaba en una distinción particular (la orientación sexual de las solicitantes). Desafortunadamente, la sentencia omite el análisis de la violación del derecho a la igualdad de las familias conformadas por parejas homosexuales, pues si bien es cierto que en los casos de adopción el derecho de los niños y niñas a tener una familia es prevalente, no lo es menos que la diferencia de trato basada en la orientación sexual no es una justificación constitucionalmente admisible.

12. En ese sentido, no existen pruebas, ni estudios ni razones suficientes que muestren que los ciudadanos homosexuales no pueden preservar los intereses de cuidado, amor, protección, educación y vida en condiciones dignas de los menores de edad. Por el contrario, durante el proceso la Sala recibió diferentes aportes que señalan con contundencia que no existe ningún riesgo para los niños asociado a su pertenencia a una familia homoparental[61]. Por consiguiente, a mi juicio, argumentar como lo hace la sentencia que el principio de interés superior del niño o niña justifica el trato distinto de las parejas homosexuales, implica mantener un prejuicio inconstitucional, conclusión que considero inaceptable.

13. Frente a este punto, quisiera advertir que la Corte debió aplicar plenamente el precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*[62] donde, entre otras cosas, el Tribunal reconoció que:

“En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés

superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tutela o custodia (...) Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos profundamente puedan tener en las niñas o niños”[63] (resaltado fuera del texto).

14. Aunque la Corte recoge parcialmente dicho precedente, lo hace de una manera que considero inapropiada, pues de la aplicación de los derechos de los menores de edad a tener una familia y de los aspirantes a adoptar a no ser discriminados, resultaba inexorable llegar a la conclusión de que la adopción de menores de edad debía ser autorizada no solo en aquellos casos donde exista un consenso entre los cónyuges y el menor de edad sea hijo biológico de uno de los dos. Es decir, una aplicación correcta del precedente interamericano debió llevar a la Sala a reconocer que la adopción conjunta, y no solo la consentida, es también un camino legítimo y apropiado para que las parejas del mismo sexo, si cumplen los requisitos generales de idoneidad señalados por la ley, puedan conformar una familia plural junto a uno o varios menores de edad. Sin lugar a dudas, la diferencia de trato introducida por la Corte en esta sentencia no sólo mantiene la discriminación y con ella la búsqueda de instrumentos de hecho para conformar una familia, sino que no protege los intereses de los niños y niñas que tienen el derecho de crecer y desarrollarse en una familia amorosa que les brinde el afecto y el apoyo necesario para tener una vida plena.

IV. Las nuevas reglas de la adopción en Colombia

15. A modo de conclusión, quisiera referirme a un asunto que la Sala Plena pasó por alto

en la discusión de este caso y que por su importancia no debió ser omitida de manera deliberada. El cambio normativo suscitado con la derogatoria del artículo 90 del anterior Código del Menor que exigía como requisito para adoptar que los solicitantes fueran una “pareja formada por el hombre y la mujer” y su reemplazo por el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 que autoriza a adoptar a quienes “cumplieron 25 años de edad, siendo solteros, cónyuges o compañeros permanentes que demuestren una convivencia interrumpida de por lo menos dos (2) años”, debe ser interpretado como una legitimación por parte del legislador a las parejas homosexuales a adoptar, sin limitación alguna, tanto a niñas y niños en situación de abandono o a los hijos de sus compañeros o compañeras.

16. Sin perjuicio de que la Corte Constitucional se pronuncie eventualmente sobre la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, lo cierto es que una interpretación sistemática (entendida como aquella que integre varias normas para dar una respuesta coherente a un problema judicial determinado[64]) que aplique los precedentes constitucionales sobre la expresión “compañeros permanentes”[65], el principio constitucional del interés superior del niño o niña y la prohibición plena de discriminar a los ciudadanos por su orientación sexual o identidad de género permite concluir que el nuevo orden legal colombiano acepta la adopción plena como un derecho de las parejas del mismo sexo. Derecho limitado, claro está, por la idoneidad que estas parejas -sin importar su condición sexual- puedan tener en cada caso concreto para ofrecer una estabilidad afectiva, económica y social al menor de edad.

En los anteriores términos, dejo resumidos los argumentos que sustentan la razón de mi respetuosa aclaración en los aspectos relacionados.

Fecha ut supra.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Mediante Auto del 4 de octubre de 2010, esta Corporación ordenó mantener en reserva los nombres reales de las accionantes, para asegurar su intimidad y su integridad psíquica

y moral.

[2] La entidad refiere los siguientes datos: (i) 949 niños han sido adoptados por el cónyuge o compañero permanente del padre o madre biológica; (ii) 473 niños, por personas solteras o familias monoparentales, de las cuales 333 corresponden a mujeres, y 140 a hombres.

[3] M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[4] Corte IDH, caso Atala Riffo y niñas vs Chile, sentencia del 21 de noviembre de 2012, Serie C No. 239.

[5] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[6] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[7] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[8] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[9] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[10] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[11] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[12] Como fundamento de esta tesis se citan los artículos 37 y 52 del Decreto 2591 de 1991 y el Auto 127 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

[13] Estas aserciones se apoyan en las sentencias T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-476 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[14] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[15] En el Anexo 1 a esta sentencia se relacionan los informes de los estudios e investigaciones realizadas sobre el impacto de la convivencia, crianza y adopción de menores por parejas del mismo sexo.

[16] La doctrina y la legislación en el derecho comparado distingue entre inseminación homóloga e inseminación heteróloga. En aquella el óvulo de la mujer receptora es fecundado con gametos masculinos de cónyuge o pareja; en esta última, en cambio, los gametos masculinos provienen de un tercer donante, normalmente desconocido para ella.

[17] En efecto, según los artículos 119.1, 123 y 124 de la Ley 1098 de 2006, la declaratoria de adoptabilidad establecida administrativamente debe ser homologada en la vía judicial. Así, en el Artículo 119.1 se dispone que “corresponde al juez de familia, en única instancia (...) 1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes”. Por su parte, el Artículo 123 establece que la sentencia de homologación de la declaratoria de adoptabilidad se dictará de plano, y en caso de que se advierta “la omisión de algunos de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane”. Finalmente, el Artículo 124 del mismo cuerpo normativo, fija las reglas de competencia respectivas, disponiendo que “es competente para conocer el proceso de adopción en primera instancia el juez de familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentra el niño, niña o adolescente”.

[18] Este entendimiento de la subsidiariedad de la acción de tutela en el marco de los procesos administrativos de adopción y de otras medidas de protección de menores, es consistente con amplia jurisprudencia de esta Corporación. La Corte ha sostenido que aunque normalmente estas controversias deben canalizarse ante el juez de familia y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de las vías procesales ordinarias, excepcionalmente tales debates pueden ventilarse directamente ante el juez constitucional, en el marco de la acción de tutela. Dentro de esta línea se encuentran las siguientes sentencias: T-498 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-276 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-844 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-580A de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-557 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa; T-887 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-090 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-497 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[19] Sobre la evaluación en concreto del requisito de inmediatez, cfr., entre otras, las siguientes sentencias: T-328 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-883 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-691 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-265 de

2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-299 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-189 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-594 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-526 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

[20] Sentencia T-1028 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[21] Así por ejemplo, entre los meses de junio y septiembre de 2009, las accionantes obtuvieron la declaración notarial de 9 personas, que afirmaron tener conocimiento sobre la relación entre ellas y sobre el momento desde el cual éste vínculo se consolidó.

[22] El Artículo 68.5 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé la adopción por consentimiento, en la que la madre o padre biológico conserva su filiación con el menor, pero consiente en que la segunda filiación sea conferida a su cónyuge o compañero con el que ha convivido durante al menos dos años ininterrumpidos. En este sentido, la referida norma establece que “podrán adoptar (...) el cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.”. Según el Artículo 124 del mismo cuerpo normativo, en estos casos se requiere que el padre o madre preste solicite a la autoridad y preste el consentimiento para que su hijo sea adoptado por su cónyuge o compañero.

[24] Antes de esta fase normalmente se presenta un acercamiento de la familia con el programa de adopción del ICBF, donde son informados sobre su importancia, naturaleza, requisitos y trámite, y donde son preparados por un equipo de profesionales del respectivo Centro Zonal.

[25] Los Lineamientos Técnicos del Programa de Adopción establecen al respecto lo siguiente: “Recepción de documentos. Las familias residentes en Colombia. El Defensor de Familia del centro zonal (...) recibe los documentos y el formulario de solicitud de adopción establecidos en el anexo 3 (...) Dicha documentación será analizada por la Defensoría de Familia si opera descentralizado (...) El Defensor de Familia dará el visto de legalidad y remite al Trabajador social para continuar con la intervención respectiva y quien posteriormente lo remite al psicólogo”

[26] Artículos 63 a 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

[27] La aserción de la Defensoría de Familia se sustentó en el Artículo 218 del Código Civil, modificado por el Artículo 6 de la Ley 1098 de 2006. Este precepto consagra el deber de vincular a los procesos de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, al presunto padre o madre biológica, para que dentro del mismo trámite sea declarada la maternidad o paternidad, según el caso. En este sentido, se establece que “el juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o a la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre”.

[28] Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, 28 de febrero de 2013, ref.: 00537-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

[29] Lo anterior no desconoce el profundo debate en torno al derecho del menor de conocer su origen biológico, sobre el anonimato del donante, o sobre el tipo de relación que se pueda conformar entre éste y su descendencia biológica. Es decir, la regla sobre la imposibilidad de diferir indefinidamente la adopción en este escenario, no determina la respuesta a ninguno de estos otros cuestionamientos, que deben ser resueltos por el legislador.

El Artículo 7.1. de la Convención Internacional de Derechos del Niño, establece que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer sus padres y ser cuidado por ellos”. Esta disposición general es concordante con la solución jurídica del Código de la Infancia y la Adolescencia referida específicamente a la hipótesis de la adopción, cuando en el Artículo 75 establece que “todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar”, sin perjuicio de que sean los propios padres (incluso adoptivos), los que determinen el momento y las condiciones en que no sea desfavorable inconveniente para el niño conocer esta información.

Por otra parte, el anonimato es igualmente un tema controvertido en el derecho comparado.

Así por ejemplo, aunque Gran Bretaña mantuvo durante mucho tiempo una regla estricta sobre el anonimato del donante, hace 5 años tal prohibición fue abolida. Algo semejante ha

ocurrido en Suecia, Austria los Países Bajos. Algo distinto ocurre en países como España, donde la Ley 14 de 2006 establece un principio general de anonimato del donante y de confidencialidad sobre sus datos personales, que solo puede ser exceptuado en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida o salud de los menores.

[30] El artículo 68.5 del Código de la Infancia y la Adolescencia no ha sido objeto de un pronunciamiento de constitucionalidad. Aunque la disposición fue impugnada, en la sentencia C-840 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), este tribunal se declaró inhibido para emitir un fallo de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda; adicionalmente, el cuestionamiento del actor en este proceso se refería al requisito temporal de la unión permanente, y no a al requisito implícito de la heterosexualidad de la pareja.

[31] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[32] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[33] Artículo 66 de la Ley 1098 de 2006.

[34] El Artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que la resolución que declara la adoptabilidad produce la terminación de la patria potestad del niño, la cual debe ser inscrita en el correspondiente registro civil.

[35] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[36] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[37] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[38] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[39] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[40] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[41] Al respecto se sostiene lo siguiente en la sentencia: “Ampliamente se ha discurrido aquí acerca de que, de conformidad con una interpretación del artículo 42 de la Carta, se puede concluir que el Constituyente de 1991 le confirió un especial tratamiento al

matrimonio al preverlo en relación con las parejas heterosexuales, por lo cual no se aprecia inconstitucionalidad en la mención que el artículo 113 del Código Civil hace del hombre y la mujer, en cuanto autorizados para celebrar el matrimonio, pues ello se aviene a las prescripciones superiores (...) Como quiera que, tratándose del matrimonio y de su requisito de heterosexualidad, no hay oposición entre las exigencias del artículo 13 superior y el contenido del artículo 42 de la Carta, es inadmisibles predicar la existencia de una discriminación proveniente del segmento tachado de inconstitucional, debiendo aclararse que si, dentro de la variedad de familias constitucionalmente protegidas, la Carta brinda una especial protección a la surgida del matrimonio celebrado entre heterosexuales, ello no significa desprotección del resto de familias que también son institución básica y núcleo fundamental de la sociedad, ni la existencia de un propósito discriminador, que tampoco se encuentra en el artículo 113 del Código Civil, pues, pese a su antigüedad más que centenaria, recogió la realidad de su tiempo de la misma forma como lo hizo la Constitución, al brindarle especial atención a la familia heterosexual surgida del matrimonio, entre otras razones, porque en ninguno de los dos momentos había cobrado visibilidad la realidad homosexual, que solo vino a plantear reivindicaciones públicas en las postrimerías del siglo XX”.

[42] Al respecto se sostiene lo siguiente en la sentencia aludida: “Puesto que del análisis efectuado se ha deducido que las parejas del mismo sexo deben contar con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho, que la regulación de esta figura corresponde al legislador, que no hay lugar a que en esta sentencia la Corte proceda a diseñarla y fijar su alcance y que no cabe una sentencia de inexequibilidad diferida, pues no se ha declarado la inexequibilidad de los preceptos acusados, dada la importancia de la materia y de los derechos involucrados, la Corporación considera pertinente dirigir un exhorto al Congreso, a fin de que se ocupe del análisis de la cuestión y de la expedición de una ley que, de manera sistemática y organizada, regule la comentada institución contractual como alternativa a la unión de hecho”.

[43] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[44] El Artículo 90.2 del Código del Menor establecía que podían adoptar conjuntamente “la

pareja formada por el hombre y la mujer que demuestra una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres años”.

[45] El Artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 dispone al respecto lo siguiente: “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre asegurarse que los niños, niñas y adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”.

[46] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[47] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[48] MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, AV. Juan Carlos Henao Pérez, AV y SV. María Victoria Calle Correa, AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, AV. Jorge Iván Palacio Palacio, AV. Nilson Pinilla Pinilla, AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

[49] Jhon Searle. Actos de habla. Ensayos de filosofía del lenguaje, trad. L. M. Valdés Villanueva, Barcelona, Planeta - De Agostini, 1994, p.p. 58-61.

[50] MP. Rodrigo Escobar Gil, AV. Jaime Córdoba Triviño, SV. Jaime Araújo Rentería, AV. Nilson Pinilla Pinilla, AV. Rodrigo Escobar Gil, AV. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[51] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, SV. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett, AV. y SV. Jaime Araújo Rentería.

[52] En la sentencia C-814 de 2001 la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 90.2 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), el cual establecía que podían adoptar conjuntamente “la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestra una convivencia ininterrumpida de por los menos tres años”.

[53] Ver POSNER, Richard A. “The Meaning of Judicial Self-Restraint”. Indiana Law Journal, Vol. 59, No. 1. 1983.

[54] Ver WALDRON, Jeremy, "Constitutionalism: A Skeptical View" (2012). New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 248. Disponible en: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1249&context=nyu_plltwp. WALDRON, Jeremy. "The Dignity of Legislation". Cambridge University Press (The Seeley Lectures). 1999.

[55] Frente al particular, se pueden consultar las entrevistas que las dos mujeres ofrecieron a varios medios nacionales e internacionales durante el trámite de la acción de tutela. Entre otras, cabe destacar las siguientes: "La historia detrás de la pareja gay que está a un paso de adoptar". Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/historia-detras-de-pareja-gay-esta-un-paso-de-adoptar-articulo-514480>. (Consultado el 28 de enero de 2015); "La familia que ganó el pulso a la Corte". Disponible en <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/habla-ana-leiderman-y-veronica-botero-pareja-de-lebianas/14462079>. (Consultado el 28 de enero de 2015); "Una familia arcoíris con historia germano-colombiana". Disponible en: <http://www.dw.de/una-familia-arcoiris-con-historia-germano-colombiana/a-16798116>. (Consultado el 28 de enero de 2015); y "La lucha de una madre por adoptar a su propia hija". Disponible en: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/04/130202_colombia_adopcion_matrimonio_parejas_mismo_sexo_homosexual_gay_aw. (Consultado el 28 de enero de 2015).

[56] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-406/92. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

[57] Parto de la base, reconocida por varios constitucionalistas, de que los jueces al acudir al control material constitucional lo que realmente hacen es articular los valores de una sociedad de manera tal que se convierten en los teóricos políticos de los derechos fundamentales en los Estados Sociales de Derecho, o en otras palabras, quienes deciden la manera como el sistema político los debe proteger. (Ver: Robertson, David. "The Judge as Political Theorist". Princeton University Press: Oxford. 2010. Capítulo 8).

[59] Cfr. Arango, Rodolfo. "¿Hay respuestas correctas en el Derecho?" Siglo del Hombre Editores: Bogotá. 1999.

[60] Ibidem. p. 16.

[61] Cfr. “Sexual Orientation, Parents & Children”. Disponible en: <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx> (consultado el 29 de enero de 2015) y “Promoting the Well-Being of Children Whose Parents Are Gay or Lesbian”. Disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/early/2013/03/18/peds.2013-0376> (consultado el 29 de enero de 2015).

[62] Aunque el caso Atala Rifo y niñas c. Chile es conocido por la opinión pública debido a su repercusión mediática se puede consultar la ficha técnica de la sentencia en el sistema de relatoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer con más detalle el contexto y los hechos del mismo:
http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612 (consultado el 29 de enero de 2015).

[63] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Rifo y niñas c. Chile. Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 24 de febrero de 2012. Consideración 110 y 111.

[64] Cfr. Dworkin, Ronald. “Una cuestión de principios”. Siglo Veintiuno Editores: Buenos Aires. 2012. Capítulo 1.

[65] Ver, entre otras, sentencias C-075/07; C-283/11 y C-238/12.