

## **PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. 020 SENADO**

### **“Por el cual se modifica el artículo 44 de la Constitución Política”**

#### **El Congreso de Colombia**

#### **DECRETA:**

**Artículo 1.** El artículo 44 de la Constitución Política quedará así:

“Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En materia de adopción, el estado garantizará que los adoptantes correspondan en su composición, a una pareja conformada por un hombre y una mujer, bajo parámetros tales que se corrobore el pleno ejercicio de los derechos superiores del menor”.

**Artículo 2.** El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

Atentamente,

**JIMMY CHAMORRO CRUZ**

Senador de la República

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **Acto Legislativo No. \_\_\_\_\_ de 2014 “Por el cual se modifica el artículo 44 de la Constitución Política”**

#### **I. OBJETO**

El proyecto busca reformar la Constitución Política para establecer como obligación del estado, garantizar que en materia de adopción, la familia adoptante debe componerse por padres de distinto sexo y bajo parámetros tales que se corrobore el pleno ejercicio de los derechos del menor.

#### **II. ANTECEDENTES**

##### **2.1 Derecho superior de los niños**

Se ha admitido, tanto en el ordenamiento nacional como internacional, que los niños son parte esencial de la sociedad, pues representan un valor absoluto para la construcción del futuro, la trasmisión del conocimiento y la permanencia de las culturas en el tiempo.

Bajo esa perspectiva, y además por la situación de debilidad en que se encuentran frente a los adultos, surge la necesidad de garantizar en el presente inmediato, la plenitud de los derechos de los niños, así es como en 1924 se logró la Declaración de Derechos de los niños en Ginebra, siendo este uno de los primeros precedentes sobre la materia.



Más adelante, en 1946 dentro de la Organización de las Naciones Unidas se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF–, unidad dedicada a la protección de derechos de la infancia en el mundo.

El 20 de noviembre de 1959 en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Niño, en la cual se consideró que era necesario establecer principios básicos para la defensa de los mismos, esto en aras de reafirmar los derechos fundamentales del hombre y el valor de la persona humana, así como el propósito de promover el progreso social y elevar el nivel de vida en un amplio concepto de libertad.

Lo anterior, entendiendo que todas las personas tienen los mismos derechos y libertades, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; garantías que en el caso de los niños deben profundizarse pues en ellos se reconoce una mayúscula falta de madurez física y mental.

Así pues en esta declaración, se introdujeron diez principios contenidos en igual número de artículos, que pueden sintetizarse así:

- ✓ Derecho pleno a la igualdad, sin distinción de raza, religión, idioma, nacionalidad, sexo, opinión política, o cualquier otra distinción.
- ✓ Derecho a una protección especial para su desarrollo físico, mental y social.
- ✓ Derecho a un nombre y a una nacionalidad.
- ✓ Derecho a beneficios mínimos de seguridad social y a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.



- ✓ Derecho a educación y cuidados especiales para aquellos niños con discapacidad física o mental.
- ✓ Derecho a recibir comprensión y amor, de sus padres y de la sociedad, para el pleno desarrollo de su personalidad.
- ✓ Derecho a educación gratuita, al menos en sus etapas elementales, y a la recreación con fines igualmente educativos.
- ✓ Derecho a recibir auxilio de forma prioritaria, en cualquier eventualidad o circunstancia.
- ✓ Derecho a la protección contra toda forma de abandono, crueldad y explotación.
- ✓ Derecho a ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier índole, así como a ser educado bajo parámetros de comprensión, tolerancia, paz y fraternidad universal.

Ahora bien, en el marco del ordenamiento colombiano, se prevé que los derechos de los niños son de carácter fundamental y gozan de una protección especial y superior. Al respecto, el artículo 44 de la Constitución Política establece que:

*“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

*La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*

*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.*

Dicha garantía superior se reglamentó, entre otras normas, mediante la Ley 1098 de 2006 por medio de la cual se expidió el código de la infancia y la adolescencia, que tiene como finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Allí el legislador consagró que para materializar los derechos de los menores, son la familia, la sociedad y el Estado, corresponsables en su atención, cuidado y protección (art. 10).

Igualmente que se reconocen y aceptan las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad (art. 12).

Acerca del principio de interés superior de los menores, la Corte Constitucional en Sentencia T-260 de 2012, en la que se abordó el derecho a su intimidad y el habeas data, precisó que:

*“Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental - que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el*



*artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales”.*

## **2.2 Los hijos en el marco de la familia y la adopción**

En punto al tema objeto del presente análisis, en sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional consideró que el matrimonio no es la única forma de conformación de la familia, en tal sentido admitió que esta surge también de la unión libre que es merecedora la misma protección constitucional que la primera, pues *“independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales... la igualdad está referida a los derechos y obligaciones, motivo por el cual, aunque “no implica identidad”, el legislador “no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente”.*

Por tal motivo, razonó que la comunidad de vida que desarrollan los compañeros permanentes, también da lugar a la descendencia y por ello, en atención a lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política, tienen iguales derechos y deberes los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él.

En tal sentido, explicó que si bien los compañeros permanentes tienen igualdad de derechos y obligaciones, frente a los cónyuges, son dos formas diferentes de conformación de la familia, situación que en consecuencia amerita un tratamiento distinto, *“lo que genera un espacio para la existencia de estatutos dispares que, en ciertos aspectos, contemplen tratamientos diversos y justificados”.*

Desde la perspectiva de los hijos, se advirtió en la referida providencia que al abordarse el tema desde la óptica de los





hijos, *“...no procede aplicar el mismo régimen al que están sometidas las relaciones de pareja, ya que en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad, porque, en relación con los hijos, “no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial”, igualdad absoluta que no existe “en la protección de las diferentes uniones convivenciales”.*

En consecuencia, ilustró que el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Constitución, siempre que encuentre las condiciones personales y afectivas más adecuadas para su educación moral y formación ciudadana; asumiendo con ello, que además de las familias concebidas a partir del matrimonio y las uniones libres, existen otras formas de familia que se encuentran en el espectro y que no pueden desconocerse, tal es el caso de la familia de crianza y las denominadas *“monoparentales”*, concebidas como aquellas conformadas por un solo progenitor -ejm. madres cabeza de familia-.

En ese orden, consideró la Corte respecto a la adopción que:

*“...En la propia jurisprudencia constitucional se ha indicado que en el caso de los niños físicamente entregados en adopción la familia biológica cede su prioridad, puesto que es altamente probable que con los familiares adoptivos se establezcan vínculos de afecto y dependencia cuya alteración incidiría negativamente sobre la estabilidad del menor”, por lo que la adopción adquiere carácter irrevocable “una vez se ha consolidado el proceso respectivo”.*

*...La adopción consiste en “prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por los lazos de la sangre” y su finalidad “no es solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta”.*

*La adopción tiene, entonces, “una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del*





*interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo”, en el cual halla fundamento, así como en los artículos 42 y 45 superiores que “establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral”.*

*El artículo 42 de la Carta establece que los hijos adoptados “tienen iguales derechos y deberes” y la Corte ha acotado que, en atención a las formas de fundar la familia “los hijos pueden ser de tres clases, a las que se refiere el mismo canon constitucional: hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos”, entre los cuales, por disponerlo así la Constitución, no puede haber diferencias de trato.*

*Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza”.*

*A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador, que ha establecido medidas de acción positiva favorables a la madre, precisamente por “el apoyo y protección que brinda ésta a su grupo familiar más cercano”, medidas que la Corte ha extendido “al hombre que se encuentre en una situación de hecho igual”, no “por existir una presunta discriminación*



*de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos” .*

*También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las llamadas “familias ensambladas”, que han sido definidas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”, siendo todavía objeto de disputa doctrinaria lo concerniente a su conformación, susceptible de generar diversas modalidades que no es del caso estudiar aquí .*

*A modo de conclusión conviene reiterar que “el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”.*

*Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”*

### **2.3 Derechos de las parejas del mismo género**

Se trata de un tema que genera toda serie de inquietudes, contradicciones, debates y polémicas. Algunas a propósito de



tradiciones y costumbres, otras acerca de libertades individuales, la evolución del hombre y hasta racionamientos acerca de lo que puede considerarse normal, irregular, bueno o malo.

En Colombia, los derechos de las parejas del mismo género ha encontrado su mayor desarrollo por vía jurisprudencial a través de las directrices perfiladas por la Corte Constitucional, corporación que ha valorado categóricamente la existencia de diferencias y el derecho a elegir estructuras de vida disímiles de las que podrían considerarse las formas tradicionales. En tal sentido, paulatinamente se ha reconocido un tratamiento igualitario en diversos espectros de la cotidianidad con respecto a las parejas heterosexuales.

Así pues, el tratamiento de orden constitucional que se ha dado a la materia, tiene su origen en mecanismos, a saber: i) las acciones de tutela que promueven quienes de alguna forma han visto soslayados sus derechos y garantías; y ii) el control constitucional que ostenta la Corte Constitucional como máxima guardiana del texto superior.

Las siguientes, son algunas de las sentencias que han contribuido para el desarrollo del tema:

- **Sentencia T-594 de 1993:** En ésta, se abordó el libre desarrollo de la personalidad para consolidar que la esencia del mismo, como derecho, *“es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público”*.



En concreto, en aquella oportunidad la Corte consideró que *“Es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino., o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su modo de ser, de su pensamiento y de su convicción ante la vida”*.

En tal sentido, tuteló los derechos de un ciudadano a *“la libre expresión de la individualidad, en el libre desarrollo de la personalidad y en la facultad de toda persona de utilizar el nombre que prefiera para definir su identidad personal”*.

- **Sentencia T-539 de 1994:** La Corte estableció algunos límites de los derechos de los homosexuales, en el sentido de que si bien no pueden ser objeto de discriminación, por el hecho de que su conducta sexual no observe los mismos parámetros de la mayoría de la población, no es menos cierto que *“Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia”*.

Bajo esa perspectiva, negó la petición de tutela de dos ciudadanos que pretendían que se ordenara al Consejo Nacional de Televisión, presentar una pauta comercial que se denominó *“Sida-referencia-Beso-duración 40”*, en el cual aparecían *“dos hombres que se besan y luego se alejan caminando, abrazados, por la Plaza de Bolívar de Bogotá...”*, tras considerar que la autoridad de televisión actuó dentro de un amplio margen de discrecionalidad permitido por el ordenamiento y que además no atentaba contra el libre desarrollo de la personalidad ni la igualdad.



- **Sentencia C-098 de 1996:** En esta ocasión un ciudadano demandó la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la Ley 54 de 1990, en la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes, por considerarlos violatorios de los artículos 1, 13, 16, 18 y 21 de la Constitución Política.

La Corte advirtió que el alcance de la definición legal de unión marital de hecho, reivindica y protege un grupo anteriormente discriminado –uniones de hecho-, pero no crea un privilegio que resulte censurable, pues según la Constitución *“la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades...”*.

Así las cosas, el reconocimiento de los derechos patrimoniales a quienes conforman uniones maritales de hecho, responde a una concepción de equidad en la distribución de los beneficios y cargas que se desprenden de esa relación de pareja.

En ese orden de ideas, a juicio de la Corte *“El hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales, no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso”*, por tanto consideró que la omisión que el demandante le endilgó al legislador *“podría ser objeto de un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad, si se advirtiera en ella un propósito de lesionar a los homosexuales o si de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra. Sin embargo, el fin de la ley se circunscribió a proteger las uniones maritales heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno, como en efecto no ha ocurrido”*.

- **Sentencia C-481 de 1998:** Se presentó demanda de inconstitucionalidad contra el literal “b” del artículo 46 del decreto 2277 de 1979, en el cual se establecía el homosexualismo como causal de mala conducta dentro del ejercicio de la profesión docente.



Al respecto, determino la Corte que la expresión objeto de reproche, fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley 200 de 1995 –código disciplinario único de la época-, en la cual se excluyó dicha circunstancia como causal de mala conducta, por tanto, para aquel momento ya no existía razón jurídica que sustentara la aplicación de la aludida causal, entre otros aspectos, por razón del principio de favorabilidad al que se supedita el derecho sancionatorio.

Sin embargo, la Corporación consideró necesario adentrarse en el examen de la demanda, debido el estado de inseguridad jurídica que se suscitó y, asimismo era plausible que dicha expresión estuviese produciendo efectos con relación a los educadores no oficiales.

Así pues, ilustró la Corte que:

*“...Durante mucho tiempo, los homosexuales han estado sujetos a formas muy intensas de marginación y de exclusión social y política, no sólo en nuestro país sino también en muchas otras sociedades. Así, no sólo los comportamientos homosexuales han sido y siguen siendo penalizados por diversos ordenamientos jurídicos sino que, además, en la vida cotidiana, las personas con esta preferencia erótica han sido excluidas de múltiples beneficios sociales y han debido soportar muy fuertes formas de estigmatización social, las cuales incluso han llegado, en los casos más extremos, a legitimar campañas de exterminio contra estas poblaciones. Además, en el caso de las mujeres homosexuales o lesbianas, y como lo señalaron algunos de los testimonios presentados en la audiencia pública ante la Corte, habría una especie de doble discriminación, pues a la tradicional segregación por ser mujeres, se suma otra por tener orientaciones homosexuales.*

*...Esta situación de los homosexuales ha sido justificada con base en concepciones según las cuales estas personas, debido a que presentan una orientación sexual distinta a la mayoría de la población, debían ser consideradas anormales, enfermas o inmorales.*





*Así, con algunas notables excepciones como Freud, la psiquiatría y la psicología consideraron durante mucho tiempo a la homosexualidad como una enfermedad mental, que debía ser tratada y curada. Sin embargo, desde los años cincuenta, varias investigaciones, y en especial los trabajos de la psicóloga estadounidense Evelyn Hooker, cuestionaron esa percepción tradicional, pues mostraron que la homosexualidad en sí misma no implica ningún desorden siquiátrico, por cuanto no genera problemas emocionales, ni afecta la posibilidad de vida en sociedad de la persona. Según estos estudios, no existe ninguna diferencia de adaptación psicológica entre un homosexual y un heterosexual ya que ambos pueden llevar vidas social y humanamente satisfactorias. A partir de estas investigaciones parece claro entonces que los problemas de muchos homosexuales derivan no de su preferencia sexual como tal, sino de la marginación y del estigma social a que se encuentran sometidos. Es decir, que no son los problemas de los homosexuales los que provocan una marginación social sino que, al contrario, es la marginación social la que genera problemas en ciertos homosexuales. Por tal razón, la Asociación Americana de Siquiatría eliminó, en 1973, la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales en su Manual estadístico y diagnóstico de desórdenes mentales (“Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders” o DSM). En el mismo sentido se pronunció en 1975 la Asociación Americana de Psicología, al considerar que la evidencia empírica no permitía establecer ningún vínculo entre la orientación sexual de una persona y una eventual psicopatología. Igualmente, como bien lo señala el actor, para la Organización Mundial de la Salud, la homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una variación de la orientación sexual humana. Por consiguiente, las visiones tradicionales de la homosexualidad como una enfermedad o una anomalía que debe ser curada médicamente no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas, pues desconocen los avances de las teorías psicológicas en este campo y se fundan en una confusión conceptual. Así, y como bien lo señala uno de los intervinientes, los homosexuales son una minoría estadística, y en tal sentido “anormales” pues se distancian de la norma mayoritaria, pero eso no significa que sean personas “anormales” desde el punto de vista psicológico y patológico. En efecto, un fenómeno puede ser estadísticamente anormal pero no por ello indeseable ya que, en los propios términos del interviniente, es anormal y atípico que alguien sea un genio, pero no es algo indeseable.”*



Luego, relevó que ciertos sectores le restan valor a los referidos estudios acerca del comportamiento homosexual, bajo la premisa de que presentan problemas metodológicos que impiden determinar de forma concluyente, que la orientación sexual se define por causas exclusivamente genéticas.

Sin embargo, ponderó categóricamente, que independientemente de tal debate, lo cierto es que para el ordenamiento constitucional colombiano esa discusión no es relevante en la medida que ambas tesis conducen al mismo resultado, pues la Carta en sus artículos 13, 15 y 16, prohíbe la discriminación por razón de sexo, garantiza el derecho a la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Bajo el anterior panorama, desarrolló estos tres postulados, para concluir que cualquier discriminación de esa naturaleza resulta inaceptable y, declaró la inexecutable de la norma acusada.

- **Sentencia SU-623 de 2001:** En este evento, un ciudadano acudió al juez de tutela a efectos de que se protegieran los derechos fundamentales de su compañero, a quien pretendía afiliar al sistema general de seguridad social en salud, dentro de su grupo familiar, lo cual fue negado por la EPS.

Para superar el escollo, la Corte destacó que el ordenamiento jurídico se encontraba ideado bajo el presupuesto de cobertura para individuos y familias, éstas últimas que deben entenderse se conforman por un hombre y una mujer conforme a la norma superior.

En consecuencia, dicha negación no constituía un trato discriminatorio pues el artículo 163 de la ley 100 de 1993, establecía una diferenciación justificada dado que el legislador había querido proteger a los compañeros y compañeras permanentes por medio de la figura de la unión marital de hecho, reservada a las parejas heterosexuales.

- **Sentencia C-814 de 2001:** En aquella data, se demandó la inconstitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en el Decreto 2737 de 1989 -código del menor de la época-, por considerarlos violatorios de la Carta Fundamental en sus artículos 5, 13, 16, 42, 44, 45 y 67.

Para el demandante, restringir el procedimiento de adopción a padres adoptantes que demostraran idoneidad “moral” suficiente, constituía una violación al espíritu pluralista y liberal de la Carta Política de 1991; a lo cual se sumaba una discriminación aún más peyorativa en contra de las parejas homosexuales por prohibírseles adelantar procedimientos administrativos de esa índole.

Bajo el anterior marco, la Corte se refirió al aspecto de la moralidad, en los siguientes términos:

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



*jurídicas, o para limitar derechos de las personas, pero siempre y cuando tales conceptos hagan referencia a la moral social o moral pública.*

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

*En efecto, al Estado pluralista no le son indiferentes los antecedentes de comportamiento de quien pretende hacerse cargo de un menor en calidad de padre o madre del mismo. El principio del interés superior del menor que preside todo proceso en el que estén involucrados los niños, impone al legislador la adopción de medidas que garanticen la efectividad de dicho principio, y la exigencia general de requisitos de idoneidad para adoptar es una de ellas. La ley, a través de estas exigencias, pretende lograr que quien adopta sea en realidad alguien que esté en posibilidad de ofrecer al menor las mayores garantías en cuanto a su desarrollo armónico, y en este sentido, una persona que presenta antecedentes de un comportamiento acorde con la moral social, asegura al Estado en mejor forma que la educación del niño se llevará a cabo de conformidad con dichos criterios éticos, lo cual, sin duda, redundará en la adaptabilidad del menor al entorno social y en la posibilidad de llevar un proyecto de vida armónico con el de los demás. Por el contrario, la entrega del menor a quien desenvuelve su proyecto vital en condiciones morales socialmente repudiadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etc, pone al niño en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica y armónica dentro del entorno socio-cultural en el cual está insertado”.*

Se explicó entonces, que la adopción es una medida de protección que se le otorga al menor con el propósito de satisfacer su derecho fundamental a tener una familia y no



ser separado de la misma. En esa línea de pensamiento, corresponde al Estado velar porque se observe el interés superior de los menores, lo cual incluye una rigurosa verificación de los requisitos mínimos exigidos en la legislación, a fin de garantizar no solo su capacidad, sino que reúnen condiciones de *“idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuado y estable al menor”*.

De este modo, consideró la Corporación que la exigencia de dichos parámetros de *“moralidad”* resultaban útiles toda vez que garantizan, entre otros aspectos, *“...que la educación de los menores adoptados se lleve a cabo de conformidad con los criterios éticos que emanan de la noción de moral social o moral pública (objetivo que como se vio, es constitucional al tenor de lo dispuesto por el artículo 67 superior). Además, la norma es necesaria para garantizar dicha educación, que en el supuesto contrario se vería seriamente dificultada. Desde este punto de vista, asegura la prevalencia del derecho a la educación moral (entiéndase según la moral social) del menor, frente al derecho de quien pretende adoptar a desarrollar su proyecto de vida de conformidad con su propio juicio moral. La norma cumple así con el mandato superior de prevalencia de los derechos de los niños”*.

Adicionalmente, se expresó en aquella oportunidad que la interpretación literal del artículo 42 de la Carta, conduce a concluir que el constituyente quiso proteger la familia, la monogámica y heterosexual, pues a ello se refiere la expresión *“por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*.

- **Sentencia T-803 de 2003:** En ésta ocasión, un ciudadano solicitó se tutelara su derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, debido a que fue expulsado de una asociación por su condición de homosexual.

En los fallos de primera y segunda instancia, se negó el amparo bajo el entendido de que la demandada era una entidad de carácter privado sin ánimo de lucro, que se



reserva el derecho de admisión y se rige por sus propios estatutos.

Pese a lo anterior, la Corte destacó que:

*“...aún cuando el reglamento de una institución educativa, conciba como causal de expulsión el estado de embarazo de una alumna, el llevar el cabello largo, sus convicciones religiosas, entre otras, prima sobre estas conductas el derecho fundamental a la educación, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, el respeto a la dignidad humana o cualquier otro derecho que se vea amenazado, y esto encuentra su razón de ser, al considerar que si le está vedado a la ley vulnerar derechos constitucionales, con mayor razón no podrá hacerlo una disposición reglamentaria o interna de una institución. Obligatoriedad que no riñe con la Constitución, al ser considerada norma de normas.*

*...la Sala encuentra que independientemente de la condición sexual del actor, la asociación demandada no está autorizada para no renovar su inscripción, pues como primera medida en ningún momento se refirió a la condición gay del actor, siendo éste el motivo principal de la acción de tutela, y dados los antecedentes que se presentan en los que se vislumbra, que coincidentalmente después de que el señor... defendió un proyecto de ley, reconociendo su condición sexual, fue retirado de la asociación, sin más argumento que la defensa de sus estatutos y sin consideración a la trayectoria del demandante como miembro... la que ha sido llena de condecoraciones y un buen comportamiento que garantiza los objetivos de la Institución.*

*Por tanto, si bien es cierto que una organización se rige bajo sus propios principios y reglamentos, también lo es que, no puede el reglamento interno de una asociación, ser arbitrario, discriminatorio y desconocer derechos protegidos constitucionalmente, pues, se repite esto le está prohibido inclusive a la ley”.*

- **Sentencia C-075 de 2007:** En ésta se abordó puntualmente el tema del régimen patrimonial de compañeros permanentes del mismo sexo.



Para el efecto, un grupo de ciudadanos demandó parcialmente los artículos 1° y 2° de la Ley 54 de 1990 “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005.

Razonó la Corte en ésta oportunidad que:

*“La ley, al regular la denominada “unión marital de hecho”, establece un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales. En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución.*

*... El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las pareja homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los*





*requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales. Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado”.*

- **Sentencia T-856 de 2007:** Aquí, nuevamente un ciudadano solicitó se protegieran los derechos de su compañero del mismo sexo, a quien pretendía afiliarse al sistema general de seguridad social en salud, debido a su calidad de desempleado y al grave estado de salud en el que se encontraba, petición que en principio negó la EPS apoyándose en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 que no contempla expresamente dicha posibilidad para las parejas homosexuales, por cuanto “no tienen cabida” en el concepto de familia consagrado en el artículo 42 de la norma superior.

Sin embargo, en esta ocasión se razonó que “la sentencia C-075 de 2007 introdujo una nueva perspectiva al problema pues esta Corporación declaró exequible la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005 en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”. Por lo tanto a partir de la decisión las parejas homosexuales pueden constituir uniones maritales de hecho cuando hagan “una comunidad de vida permanente y singular”. En el mismo orden de ideas para todos los efectos civiles se denominan compañero y compañera permanente a los integrantes de la pareja homosexual que forman parte de la unión marital de hecho.





*... Podría argumentarse que la negativa de la entidad promotora de salud a la afiliación, al igual que la postura de los jueces de instancia al negar el amparo solicitado por el demandante, estaba justificada por un precedente jurisprudencial, pues en la sentencia SU-623 de 2001 esta Corporación había sostenido que la negativa de afiliación como beneficiario en el régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud de una pareja homosexual no constituía un trato discriminatorio debido a que la regulación legal de la materia –el artículo 163 de la ley 100 de 1993- establecía una diferenciación justificada en la especial protección que había hecho el Legislador de los compañeros y compañeras permanentes por medio de la figura de la unión marital de hecho, reservada a las parejas heterosexuales.*

*De este modo, advirtió que dicho razonamiento no es válido porque a partir de la sentencia C-075 de 2007 se extendieron los efectos de la Ley 54 de 1990, es decir, la figura de la unión marital de hecho y la calidad de compañero o compañera permanente a las parejas homosexuales, y en consecuencia, desde aquel momento el argumento esgrimido por la entidades promotoras de para negar la afiliación era insostenible a la luz de la jurisprudencia constitucional”.*

Bajo el anterior panorama, advirtió la Corte que la EPS accionada debió acceder a la petición del tutelante en la medida que fue posterior al proferimiento de la sentencia C-075 de 2007.

- **Sentencia C-029 de 2009:** En aquel momento, un grupo de ciudadanos impetró demanda de constitucionalidad contra diversas normas del ordenamiento que consideraban contrarias al estatuto superior, por cuanto erigían un tratamiento discriminatorio a las parejas del mismo sexo.

Así las cosas, en la citada providencia se aclaró el alcance de las mismas en el sentido de que dichas parejas también tienen la posibilidad de: i) declarar su unidad de vivienda como patrimonio familiar; ii) acudir a la administración de justicia para fijar regulación en materia de alimentos y denunciar casos de violencia intrafamiliar; iii) acceder a los



subsidios otorgados por el Gobierno Nacional para la adquisición de vivienda familiar; y iv) reclamar el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito –SOAT-, en caso de accidentes padecidos por tales parejas.

- **Sentencia C-577 de 2011:** En esta ocasión un grupo de ciudadanos demandó algunas expresiones del artículo 113 del Código Civil, el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009, en los cuales se estableció que el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer, así como que la familia podía conformarse únicamente por decisión estos, únicamente.

Ésta providencia constituye uno de los más contundentes avances en el reconocimiento de derechos de la comunidad gay, toda vez que la Corte advirtió que no se encontraba facultada para modificar el ordenamiento jurídico en tanto preveía que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer; no obstante, advirtió que dicho precepto no puede entenderse en perjuicio de los derechos de las parejas del mismo sexo que libremente optan por la conformación de una familia en esas condiciones.

En consecuencia, le concedió un periodo de dos años al legislador para que legislara de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, a fin de eliminar el déficit de protección que les afecta, lo cual en efecto no ocurrió y por tanto tomó vigencia el ordinal quinto de la decisión en el que se ordenó que *“Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”*.



Por la relevancia de la decisión, conviene citar algunos apartes de la misma. Por ejemplo sobre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, y el concepto mismo de la familia, se dijo que:

*“El artículo 42 de la Carta establece que los hijos adoptados “tienen iguales derechos y deberes” y la Corte ha acotado que, en atención a las formas de fundar la familia “los hijos pueden ser de tres clases, a las que se refiere el mismo canon constitucional: hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos”, entre los cuales, por disponerlo así la Constitución, no puede haber diferencias de trato. Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza”. A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador, que ha establecido medidas de acción positiva favorables a la madre, precisamente por “el apoyo y protección que brinda ésta a su grupo familiar más cercano”, medidas que la Corte ha extendido “al hombre que se encuentre en una situación de hecho igual”, no “por existir una presunta discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos”. También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las*



*llamadas “familias ensambladas”, que han sido definidas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”, siendo todavía objeto de disputa doctrinaria lo concerniente a su conformación, susceptible de generar diversas modalidades que no es del caso estudiar aquí. A modo de conclusión conviene reiterar que “el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”. Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”.*

De otro lado, respecto a la intervención del Estado en las relaciones biológicas o de crianza, indicó que:

*“Si bien existe un ámbito para la regulación estatal, también hay límites que la ley debe observar y, aunque la protección derivada del carácter institucional en ocasiones amerita la intervención estatal en las relaciones familiares, no cabe perder de vista que esa intervención requiere de razones poderosas que la justifiquen y que debe ser ejercida razonablemente y “no bajo la perspectiva de una función ciega y predeterminada, independiente de las circunstancias, sino fundada en la realidad”, pues, por ejemplo, tratándose de los menores “solo tiene cabida en cuanto se requiera su actividad y en búsqueda de mejores condiciones que las actuales”, a más de lo cual el Estado “cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres*



*no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena”.*

Más adelante concretó que:

*“El reconocimiento constitucional del matrimonio para los heterosexuales y su consiguiente protección expresamente contemplada en la Carta no implican, necesariamente, la prohibición de prever una institución que favorezca la constitución de la familia integrada por la pareja homosexual de conformidad con un vínculo jurídicamente regulado. En efecto, la expresa alusión al matrimonio heterosexual y la ausencia de cualquier mención al vínculo jurídico que formalice la unión entre personas del mismo sexo no comportan una orden que, de manera perentoria, excluya la posibilidad de instaurar un medio por cuya virtud la familia conformada por homosexuales pueda surgir de un vínculo jurídico, pues el contenido del artículo 42 superior no está en contradicción con los derechos de las parejas homosexuales y por lo tanto, tampoco impide que se prevea una figura o institución jurídica contractual que solemnice la relación surgida de la expresión libre de la voluntad de conformar una familia con mayores compromisos que la originada en la simple unión de hecho. Ciertamente el matrimonio entre los miembros de parejas heterosexuales está expresamente permitido en la Carta vigente, pero no hay razón para entender que esa permisión implícitamente contenga la exclusión de toda posibilidad de hacer viable el ejercicio de los derechos de las personas homosexuales en el ámbito familiar y, en concreto, de los que han llevado a concluir que es menester superar un déficit de protección mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica”.*

Bajo esos postulados, analizó la Corte que existe un déficit de protección de las parejas del mismo sexo, quienes carecen de las herramientas legales que les permita las mismas posibilidades que tienen las parejas heterosexuales a la hora de constituir una familia, en punto a este aspecto acotó que:





*“Actualmente la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales. En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales. No se puede desconocer que en esta cuestión se encuentra profundamente involucrada la voluntad, puesto que la familia homosexual surge de la “voluntad responsable” de conformarla y no se ajusta a la Constitución que esa voluntad esté recortada, no sirva para escoger entre varias alternativas o se vea indefectiblemente condenada a encaminarse por los senderos de la unión de hecho cuando de formar familia se trate, o quede sujeta a lo que la Corte vaya concediendo, siempre que tenga la oportunidad de producir una equiparación en un campo específico. Que la expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales, puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano debe tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual. No sobra advertir que la existencia de una figura contractual que permita formalizar el compromiso torna posible hacer público el vínculo que une a la pareja integrada por contrayentes del mismo sexo, lo que ante la sociedad o el grupo de conocidos o allegados le otorga legitimidad y corresponde a la dignidad de las personas de orientación homosexual, que no se ven precisadas a ocultar su relación ni el afecto que los lleva a conformar una familia”.*

## **2.4 La adopción homoparental en el mundo**

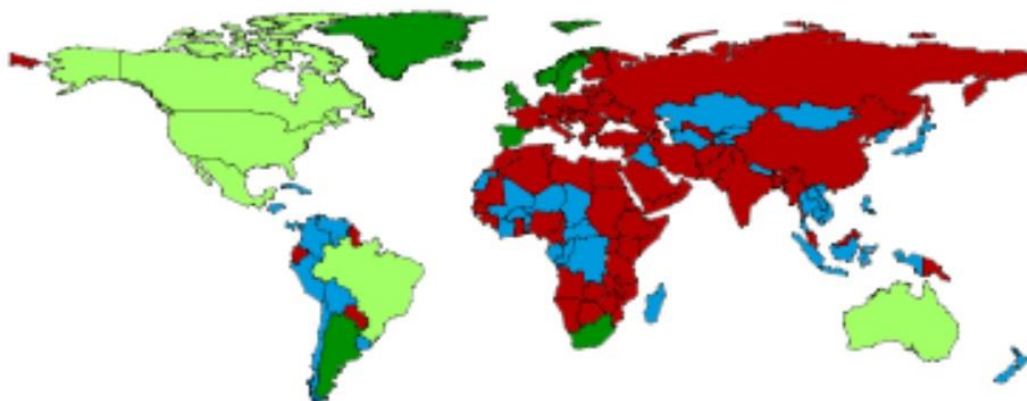
Sin lugar a dudas, este es un tema de gran importancia y controversia en el ámbito internacional, pues se trata de poner en el espectro el alcance de los derechos individuales, el concepto de familia y la responsabilidad que tienen los Estados, no solo de asegurar un mínimo ambiente de convivencia para sus individuos en el orden interno, sino de garantizar además la transmisibilidad de aspectos sociales, culturales y políticos – entre otros-, en un mundo globalizado.

La regulación de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, ha generado que los distintos ordenamientos acojan alguna postura, prohibicionista o de permisión, que nos limitaremos a enunciar para simplemente identificar la situación colombiana en el marco internacional.

Aunque existe una cantidad considerable de países que no han exteriorizado en su ordenamiento una posición clara sobre la materia -especialmente en Suramérica-, existe otro tanto que si han adoptado una postura determinante.

Así por ejemplo, estados como Francia, Italia, Alemania, Portugal, Grecia, Ecuador y Paraguay, no permiten la adopción por parte de parejas homosexuales; mientras que Dinamarca, Noruega, Suecia, Holanda, Reino Unido, Sud África y Argentina, lo aprobaron libremente; de otra parte en Canadá, Estados Unidos, Australia, México y Brasil, sólo es posible en algunas áreas.





 Sin datos  Sí  Sólo en algunas áreas  No

Fuente: Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex

### III. JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO

Con el presente proyecto se propone reformar el artículo 44 de la Constitución Política, con la finalidad de proteger y lograr el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, respecto de los cuales el Estado -especialmente en materia de adopción-, ejerce un rol de garante y por tanto es su deber propender por establecer esquemas básicos en los que aquellos puedan desarrollarse física y mentalmente, libres de todo apremio.

Efectuado el recuento a propósito de la evolución y el reconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo, y entendidos los presupuestos a partir de los cuales se admite como necesario garantizar el interés superior de los niños; consideramos de la mayor conveniencia que el Congreso de la Republica, aborde la presente temática para afianzar a través de



la Constitución Política que la adopción de menores de nuestra patria sea exclusivamente de las parejas heterosexuales.

A nuestro juicio, realizada la exposición en punto al derecho de las parejas del mismo género y el derecho de los niños, consideramos que si bien en el ambiente de discusión pudieran confundirse hacia un mismo norte, tales derechos tienen orígenes y fundamentos absolutamente diferentes.

Lo anterior, por cuanto el derecho de las parejas homosexuales raya en el ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad -entre otros-, con respecto a las familias convencionales, es decir, supone una discusión acerca de las prerrogativas de los adultos que en el contexto de su autodeterminación, optan por conformar núcleos de distinto orden que conforme a las interpretaciones de la Corte Constitucional, no pueden ser objeto de discriminación.

Por otro lado, los derechos de los niños se desarrollan en pro de ellos mismos, valga la redundancia, para lo cual debe entenderse que la familia es solo un vehículo que permite garantizar el pleno ejercicio de las prerrogativas de aquellos.

La Corte Constitucional en la evolución de su jurisprudencia, ha admitido que no solo existe una forma de familia, pues si bien se puede partir del concepto básico, convencional y biológico, aquellas que se conforman por parejas heterosexuales, pueden transmutarse para convertirse en otros núcleos, como es el caso de las compuestas por madres cabezas de familia o, las denominadas “ensambladas” que se integran por personas que tienen hijos de una relación previa.

En esa línea de pensamiento, debe admitirse que la adopción es otra herramienta en pro de la niñez y la adolescencia, la cual se articula con la concepción de familia para garantizar los derechos de los menores, es decir, la adopción no es un derecho

de los adoptantes, sino una figura jurídica y social que consiste en “*prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por los lazos de la sangre*”, con el único propósito de garantizarle al adoptado sus derechos fundamentales.

Así las cosas, entendiendo el rol de garante que cumple el Estado, consideramos necesario incluir en el texto del artículo 44 de la Carta Magna, que:

*“En materia de adopción, el estado garantizará que los adoptantes correspondan en su composición, a una pareja conformada por un hombre y una mujer, bajo parámetros tales que se corrobore el pleno ejercicio de los derechos superiores del menor”.*

Lo anterior, se justifica en la medida que se pretende proteger los derechos de los niños, a ser adoptados y pertenecer a una familia, y no el eventual interés que pueda tener esta en adoptar a un menor.

El Estado es el garante de los derechos de todos los niños adoptables, quienes no cuentan con capacidad de obrar por razón de su inmadurez, por ende es necesario garantizar que dicho procedimiento suceda en un escenario ideal, entendido éste como aquel que resulte de una ecuación lógica, en el que no se dé lugar a juicios de valor, suposiciones o conjeturas sobre su idoneidad.

Así las cosas, como consecuencia de todo lo anterior, proponemos, para eliminar toda duda o controversia, confiar la misión de contribuir y coadyuvar en la formación de los niños susceptibles de ser adoptados, únicamente a las parejas heterosexuales.

Ahora, si bien podría discutirse sobre la posibilidad que tienen las familias conformadas de forma diferente, para ofrecerle a un

menor un entorno favorable de desarrollo, ello sería asumir un riesgo que podría denominarse experimental, pues como se ha dicho, los estudios sobre su idoneidad no son concluyentes, de modo que el margen de error que tendría el Estado para equivocarse en su decisión, sería mucho más amplio.

La tarea de la adopción a nuestros menores Colombianos, debe corresponder únicamente a las parejas heterosexuales, pues es irrefutable que sobre esa base se han construido las sociedades en el mundo.

Es por tal razón, que conscientes de las dificultades que históricamente se han identificado en los entornos familiares tradicionales, proponemos pactar adicionalmente dentro del texto superior, que el Estado garantice la adopción en núcleos heterosexuales, pero bajo parámetros tales que se corrobore el pleno ejercicio de los derechos de los menores.

Por las razones expuestas, solicitamos al Honorable Senado de la República adelantar el trámite correspondiente del presente proyecto de acto legislativo.

## **Bibliografía**

- Declaración de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas 1959).
- Sentencia, T-594 (Corte Constitucional 1993).
- Sentencia, T-539 (Corte Constitucional 1994).
- Sentencia, C-098 (Corte Constitucional 1996).
- Sentencia, C-481 (Corte Constitucional 1998).
- Sentencia, C-814 (Corte Constitucional 2001).
- Sentencia, SU-623 (Corte Constitucional 2001).
- Sentencia, T-803 (Corte Constitucional 2001).
- Sentencia, C-075 (Corte Constitucional 2007).
- Sentencia, T-856 (Corte Constitucional 2007).



- Sentencia , C-029 (Corte Constitucional 2009).  
Sentencia, C-577 (Corte Constitucional 2011).  
Sentencia, T-260 (Corte Constitucional 2012).  
*Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Principales instrumentos y normas internacionales y nacionales.* (2013). Presidencia de la República.
- Matrimonio para las parejas del mismo sexo en Colombia: Un debate inacabado. (abril de 2013). *Observatorio Legislativo*(219).
- Arias, A. C., & Lafourie, M. M. (s.f.). *Aceptación de la adopción por hombres homosexuales en estudiantes de medicina.* Recuperado el 27 de agosto de 2014, de <http://www.uelbosque.edu.co/>: [http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/revista\\_colombiana\\_enfermeria/volumen6/aceptacion\\_adopcion.pdf](http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/revista_colombiana_enfermeria/volumen6/aceptacion_adopcion.pdf)
- Barón, C. F., & Cárdenas, D. E. (2009). Perspectiva de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia en la jurisprudencia de la corte constitucional. *Estudios en Derecho y Gobierno ISSN 2027-3304*, 97 - 116.
- Cardozo, H. E., & Rey, L. A. (s.f.). *Adopción de Niños por Parejas del Mismo Sexo.* Recuperado el 27 de Agosto de 2014, de [www.unilibre.edu.co](http://www.unilibre.edu.co/): <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dc1.pdf>
- Concha, G. B. (2001). El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho Vol. 28*, 355-362.
- Gulfo, Y. E. (s.f.). Reseña Histórica: Derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico colombiano y la persistencia del déficit en estos derechos. *Revista Virtual Legam*, 35-45.
- ILGA. (s.f.). *Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex.* Recuperado el 27 de agosto



- de 2014, de [www.ilga.org](http://www.ilga.org):  
[http://ilga.org/ilga/es/article/about\\_ilga](http://ilga.org/ilga/es/article/about_ilga)
- Jaramillo, J. D. (2011). *Estudio de Caso: La Adopción en Parejas Homoparentales en Colombia*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Lemus, J. R. (2011). *Matrimonio Civil entre parejas del mismo sexo. Reificación Evitable*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Mazo, D. G., & Ocampo, O. P. (2012). *La adopción de los niños por parte de personas con orientaciones sexuales minoritarias: Un análisis desde el interés superior del niño y la perspectiva del adoptante*. Medellín: Universidad Eafit.
- Mejía, D. C., & Uribe, J. E. (s.f.). *Algunas consideraciones sobre la adopción homoparental en el ordenamiento jurídico colombiano*. Recuperado el 26 de agosto de 2014, de [www.leyex.info](http://www.leyex.info):  
<http://www.leyex.info/magazines/TSVOL28N596.pdf>
- Ordóñez, J. (s.f.). *Matrimonio Igualitario en Colombia: posibilidad de promover una cultura democrática e inclusiva desde los medios de comunicación*. Recuperado el 26 de agosto de 2014, de [www.ustadistancia.edu.co](http://www.ustadistancia.edu.co):  
<http://soda.ustadistancia.edu.co/enlinea/paginaimagenes/PRESENTACIONESyPONENCIAS/Memorias%20Ponencias/Bogota/Educacion%20y%20derechos%20humanos/Mesa%201%20Septiembre%2021/Jairo%20Ord%F3%F1ez.pdf>
- Vélez, S. E. (2011). Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. *Revista de Derecho Universidad del Norte*(36), 126-159.

Atentamente,

**JIMMY CHAMORRO CRUZ**  
Senador de la República

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---