

Bogotá D.C. 08 MAY 2017

Doctor
MIGUEL ÁNGEL PINTO
Presidente
Cámara de Representantes
Carrera 7 No. 8-68
E. S. D.

[Handwritten signature]
08/05/17
NO: 1000

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de Acto Legislativo 01/ 2016 Senado 220/2017 Cámara. Referendo Adopción de Menores por Parejas entre Hombre y Mujer *"Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer"*.

Honorable Representante Pinto:

Respetuosamente, me permito poner en su conocimiento el análisis y las consideraciones de la Defensoría del Pueblo, en relación con el Acto Legislativo de la referencia.

Cordialmente,


CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA
Defensor del Pueblo

Anexo: Análisis sobre la constitucionalidad Proyecto de Acto Legislativo 01/ 2016 Senado 220/2017 Cámara

Proyectó: Mariana Medina, Bianca Cantillo

Revisó: Delegada Asuntos constitucionales y Legales. Paula Robledo Silva *PR*

Archivado en: Conceptos proyectos de ley 2017

Consecutivo Dependencia: 4070-326

NO / 534

*Recibí:
08/05/2017
Andrés Florián R.
10:32 hrs*

Análisis sobre la constitucionalidad Proyecto de Acto Legislativo 01/ 2016 Senado 220/2017 Cámara

“Por medio del cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer.”

1. El contenido del proyecto de ley 01/2016

El 20 de julio de 2016, la senadora Viviane Morales Hoyos y el vocero del Comité de Promotores Carlos Alonso Lucio López radicaron en el Congreso de la República el proyecto de ley 01/2016 Senado, de iniciativa popular¹, mediante el cual se convoca a un referendo para la adición de un párrafo al artículo 44 de la Constitución Política. En concreto, el texto que se somete a aprobación parlamentaria pretende que se convoque a referendo para que la ciudadanía decida si la adopción de niños y niñas solo puede ser realizada por parejas heterosexuales.

El párrafo constitucional propuesto dispone lo siguiente:

“La adopción es una medida de protección de los niños, niñas y adolescentes que no tienen familia busca garantizarles el derecho a tener una constituida por una pareja heterosexual en los términos explícitos del artículo 42 de esta Constitución, es decir, por un hombre y una mujer unidos entre sí en matrimonio o unión marital de hecho, con el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la ley.

Aprueba usted el anterior párrafo:

Sí ()

No ()”

Durante el trámite legislativo, se adelantó una audiencia pública los días 24 y 31 de agosto de 2016, y la aprobación en primer debate por la Comisión Primera del Senado fue el pasado 14 de septiembre. El 13 de diciembre de 2016, la Plenaria del Senado de la República aprobó la iniciativa mencionada.

2. Consideraciones de la Defensoría del Pueblo en relación con el proyecto de ley 01/2016

A juicio de la Defensoría del Pueblo, el párrafo que pretende ser adicionado al artículo 44 de la Constitución desconoce abiertamente varios principios constitucionales. Además, contradice importantes desarrollos jurisprudenciales, relacionados con la garantía del derecho a la igualdad de las personas solteras y de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Para fundamentar este planteamiento: primero, se hará referencia al alcance del referendo como mecanismo de participación ciudadana; segundo, se analizará la medida propuesta con base en el juicio integrado de igualdad; tercero, se abordará el principio de

¹ De acuerdo con el informe de ponencia la Registraduría avaló un millón setecientos cuarenta mil ochocientos cuarenta y tres firmas de ciudadanos y ciudadanas que respaldan la convocatoria a referendo. Ver Gaceta del Congreso No. 710 de 2016.

interés superior del niño y la niña; cuarto, se hará referencia a las obligaciones del Estado colombiano y la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte, en relación con la protección de los distintos tipos de familia; y quinto, finalmente, se formularán algunas conclusiones.

Primero. El alcance del referendo como mecanismo de participación ciudadana

Los promotores del proyecto de ley defienden la legitimidad democrática de la convocatoria al referendo desde dos perspectivas: (i) el origen ciudadano de la iniciativa; y (ii) la votación popular como expresión máxima del constituyente primario. Al respecto, es importante señalar que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha reconocido que el referendo, como mecanismo de reforma de la Constitución, es una manifestación del poder constituyente derivado. En ese sentido, ha resaltado que, si bien, este mecanismo cuenta con la participación del electorado, la ciudadanía actúa como órgano constituido y ejerce un poder limitado.

Textualmente la Corte lo ha expresado en los siguientes términos:

“El referendo como mecanismo de reforma constitucional es, siempre, manifestación del poder constituyente derivado y ni siquiera la intervención del electorado para votar la propuesta, después de haber sido tramitada en el Congreso y revisada por la Corte Constitucional, tiene la fuerza jurídica suficiente para transformar el referendo en acto constituyente fundacional, primario u originario.

[...] cuando la ciudadanía participa en la convocatoria de un referendo actúa como órgano constituido y, por ende, con poder limitado, porque una es la situación cuando el pueblo, en un acto de afirmación y por fuera de todo cauce normativo, decide reformar la Constitución o darse una nueva y otra distinta aquella en la cual a la luz de las previsiones constitucionales, el pueblo es convocado para que decida si convoca una asamblea nacional constituyente o para que exprese su afirmación o su negación a una propuesta de reforma a la Constitución, pues en el primer caso el pueblo actúa como constituyente primario, en tanto que en el segundo obra en el ámbito de los poderes constituidos.”²

En ese sentido, la Corte ha resaltado que, a través, del referendo no es posible que un grupo de ciudadanos y ciudadanas, aunque sea mayoritario, desconozca el modelo democrático y el carácter diverso de la Constitución de 1991, que constituye una manifestación de la pluralidad de la nación.³ La jurisprudencia constitucional ha enfatizado que si bien la Constitución colombiana no tiene cláusulas pétreas o inmodificables, el poder de reforma del constituyente derivado tiene límites materiales de manera que, no es posible introducir cambios que sustituyan o subviertan la Constitución vigente.

En el caso objeto de análisis se pretende introducir a la Constitución un párrafo en el cual se prohíbe expresamente a las parejas conformadas por personas del mismo sexo y a las personas solteras la posibilidad de adoptar niños y niñas. No obstante, la Constitución de 1991 no sólo reconoce el derecho a la igualdad formal y material; prohíbe, expresamente, cualquier tipo de trato discriminatorio, en especial, en contra de aquellas poblaciones vulnerables como personas con orientación sexual diversa e identidad de género diversa; y además autoriza las medidas de acción afirmativa en favor de estas poblaciones. Igualmente, la Constitución define a Colombia como una nación pluralista e

² Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 2011.

³ Ibid.

inuyente basada en el respeto de la dignidad humana y el reconocimiento de la diversidad de sus habitantes, en la que los derechos de niños y niñas son prevalentes.

Dado que la propuesta de reforma constitucional pretende negar a las parejas conformadas por personas del mismo sexo y a las personas solteras la posibilidad de adoptar y desconoce la posibilidad de conformar diversas formas de familia, es posible sostener que esta medida no solo vulnera abiertamente el contenido y alcance del derecho a la igualdad, la prohibición de discriminación y el principio de interés superior de la infancia, sino que además, lesiona los principios fundacionales del Estado colombiano que constituyen la piedra angular de la Constitución y del ordenamiento jurídico, estos son, la dignidad humana, el respeto y el reconocimiento de la diversidad de las y los habitantes del territorio nacional, la obligación de aplicar el principio de interés superior de la infancia y la obligación de brindar protección especial a aquellas poblaciones que han sido históricamente discriminadas.

Si bien la Constitución colombiana de 1991 no tiene “cláusulas pétreas” ni principios intangibles, la Corte Constitucional ha sostenido que el poder de reforma de la Constitución es limitado. Así, el constituyente derivado tiene competencia para modificar la Constitución pero no puede sustituirla o reemplazarla por una nueva. El Alto Tribunal se ha dado a la tarea de esclarecer cuál es el límite competencial al ejercicio del poder de reforma constitucional, concedido al constituyente derivado.⁴

En ese sentido, a juicio de la Defensoría del Pueblo, es posible sostener que el proyecto de ley 01/2016 Senado 220/2017 Cámara excede los poderes de reforma del poder constituyente derivado porque no pretende modificar la Constitución sino introducir un elemento que la sustituye y la convierte en una Constitución nueva, que autoriza la reproducción de tratos discriminatorios y contradice los principios y las características definitorias de la Constitución colombiana de 1991. Así las cosas, resulta válido afirmar que el proyecto de ley mencionado sustituye la Constitución.

Segundo. La medida propuesta por el proyecto de ley 01/2016 Senado 220/2017 Cámara y el test integrado de igualdad

La garantía del derecho a la igualdad del artículo 13 de la Constitución de 1991 comprende varias facetas. No solamente implica que los ciudadanos y las ciudadanas tienen derecho a recibir el mismo trato ante la ley, sino que además, prohíbe que se infrinjan tratos discriminatorios a las personas por su sexo, nacionalidad, ideología, nacionalidad, orientación sexual u origen étnico.

No obstante, no todo trato diferente es reprochable desde el punto de vista constitucional. El ordenamiento jurídico colombiano permite la adopción de medias de acción afirmativa en favor de grupos que han sido históricamente discriminados. La Constitución enuncia un

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2009. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. “En relación con la competencia es necesario puntualizar que el artículo 241-1 de la Constitución se la confiere a la Corte Constitucional para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Carta, sólo por vicios de procedimiento en su formación, al paso que el artículo 379 establece que los actos legislativos, la convocación a un referendo, la consulta popular o el acto mediante el cual se convoca a una asamblea constituyente sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución”.

conjunto de categorías que se consideran sospechosas porque están asociadas a prácticas que tienden a sub valorar o a poner en condiciones de desventaja a determinados grupos.

Los criterios sospechosos han sido definidos en los siguientes términos:

Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que *“(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”*⁵

Con el fin de determinar cuáles de estas medidas están apoyadas en razones constitucionalmente legítimas, la Corte Constitucional ha empleado la metodología del *test integrado de igualdad* para estudiarlas. Así, en el caso objeto de análisis, es necesaria la aplicación del *test* con el fin analizar si el párrafo constitucional propuesto se ajusta a la Constitución y lo definido por la Corte Constitucional.

En aplicación del *test* integrado de igualdad es necesario determinar, por un lado, el nivel de intensidad con el que se aplicará, dependiendo de la medida que se analiza y, por otro lado, (i) si la medida que se pretende implementar es adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) si el trato diferente es o no “necesario”, es decir, si existe o no otra medida que sea menos onerosa, para alcanzar el fin propuesto; y (iii) finalmente, si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con el trato diferenciado.

En este caso concreto, el nivel de intensidad aplicable es *estricto* ya que se trata de medidas que, prima facie, pueden resultar discriminatorias, bien porque imponen tratamientos gravosos a poblaciones históricamente discriminadas como, por ejemplo, las personas con orientación sexual e identidad de género diversas. En concreto, el párrafo propuesto para ser incorporado en la Constitución desconocería la posibilidad de adoptar a las parejas conformadas por personas del mismo sexo y personas solteras.

Por otro lado, es necesario determinar si la imposibilidad de que las familias conformadas por parejas del mismo sexo y personas solteras de adoptar, persigue un fin válido a la luz de la Constitución, si es una medida necesaria y proporcional.

(i) ¿Negar a las parejas del mismo sexo y a las personas solteras la posibilidad de adoptar persigue un fin válido a la luz de la Constitución de 1991?

⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-098 de 1994, C-481 de 1998, C-112 del 2000, T-314 de 2011, T-691 de 2012, T-562 de 2013, T-804 de 2014.

El ordenamiento jurídico colombiano ha definido la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y le ha otorgado un marco de protección especial. Así, la jurisprudencia constitucional ha señalado, entre otras cosas, que la protección de la familia se manifiesta, por ejemplo, en la protección de su patrimonio, en el reconocimiento de iguales derechos a los hombres y mujeres, en la consideración especial de los niños y niñas como titulares de derechos fundamentales, en el reconocimiento de su formación por vínculos “naturales” o jurídicos, en la protección a los distintos tipos de familia, o en la afirmación de que las parejas integradas por homosexuales tienen una necesidad de protección idéntica a la otorgada a las parejas heterosexuales.

En concreto, respecto de las parejas del mismo sexo la Corte Constitucional ha venido reconociendo, progresivamente, que éstas tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales. Así, ha protegido el régimen patrimonial formado por compañeros permanentes del mismo sexo, ha extendido la noción de compañero/a permanente y los beneficios legales que comporta, ha reconocido que los o las compañeros (as) permanentes de las parejas del mismo sexo son beneficiarias de la pensión de sobreviviente; entre otros derechos.

El concepto de familia defendido por el ordenamiento jurídico no solo hace referencia a las familias heterosexuales, sino que reconoce y protege la existencia de diversos tipos de familias, como, por ejemplo, aquéllas conformadas por las parejas del mismo sexo y las de personas solteras. Al respecto, la Corte ha afirmado que “la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”, lo que implica el reconocimiento de su diverso origen (...)”⁶

Así, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la garantía de los derechos fundamentales involucrados en la defensa de un concepto amplio de familia, que se desprende de la interpretación de los artículos 5º y 42 de la Constitución, prohíben la desprotección a causa de la orientación sexual, toda vez que la Constitución incluye dentro de sus fines la protección de las libertades, creencias y derechos de todas las personas. Así, ha establecido que “el reconocimiento y protección de ‘la diversidad étnica y cultural de la nación’, claramente es contraria a la imposición de un solo tipo de familia y a la consiguiente exclusión de las que no reúnen las condiciones de la que, supuestamente, es la única reconocida y protegida.”⁷

En ese sentido, y teniendo en cuenta que en este caso, el supuesto fin que se persigue con el referendo es la protección de la familia, resulta claro que negar la posibilidad de adoptar a las parejas del mismo sexo y a personas solteras no protege la familia como institución fundamental de la sociedad colombiana, sino que por el contrario, resulta ser una restricción injustificada de los derechos de formas alternativas de familia. La discriminación por la orientación sexual se materializa no solo en actos de violencia física y verbal, sino en actitudes diferenciadoras de impacto negativo hacia personas de cierta inclinación sexual, y puede ocasionar vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la sexualidad y la dignidad humana, entre otros.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011.

⁷ *Ibid.*

Por esa razón, no resulta válido afirmar que la aplicación de este tratamiento diferenciado a las personas solteras y a las parejas del mismo sexo respecto de las parejas heterosexuales persiga un fin válido a la luz de la Constitución, pues como se explicó, la protección que el ordenamiento jurídico otorga a la familia implica la protección a todos los tipos de familia y prohíbe la desprotección a causa de la orientación sexual o un modelo único de la misma.

Dado que el trato diferenciado que se pretende otorgar a las personas solteras y a parejas del mismo sexo no persigue un fin válido a la luz de la Constitución, no es necesario determinar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, para alcanzar el fin propuesto y tampoco se requiere determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con el trato diferenciado, pues está claro que la medida es discriminatoria y por tanto, contraría la Constitución.

Tercero. El principio de interés superior del niño y la niña

Existen múltiples instrumentos jurídicos nacionales e internacionales relacionados con la protección de los derechos de los niños y las niñas. En términos generales, estas herramientas reconocen la necesidad de brindar una protección especial a esta población por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

En el marco del derecho internacional, es importante destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, en el art. 10 establece que *“se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, contempla en el artículo 19 que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que:

“[c]uando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”⁸. Además ha indicado que “[l]a prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado

⁸ Corte I.D.H.: Caso Bulacio vs. Argentina.. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, par. 134, p. 55.

e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”.⁹

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991, establece que las instituciones públicas o privadas, los tribunales y las autoridades administrativas deben tener en consideración el interés superior de los menores de edad, asegurar su protección y tomar todas las medidas necesarias para garantizar su cuidado y bienestar (art. 3).

La jurisprudencia de los máximos tribunales de protección de los derechos humanos han resaltado que el interés superior del niño y la niña debe entenderse como un principio que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de la Convención, reconociendo el carácter integral de los derechos de la niñez.

Igualmente, la Observación General Número 14 de Naciones Unidas aclara que el objetivo del concepto de *interés superior* es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño y la niña. Además, subraya que el interés superior de la niñez es un concepto triple, un derecho sustantivo de los niños y niñas “a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”; un principio jurídico interpretativo fundamental que establece que si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva los derechos de los niños y niñas; y una norma de procedimiento, pues siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a niños o niñas se “deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.”

Al respecto, es fundamental hacer referencia al caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, relativo a la adopción de parejas del mismo sexo, en el que la Corte IDH señaló que “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”¹⁰.

En esa oportunidad básicamente se estableció que si las parejas heterosexuales tienen derecho a adoptar, sería discriminatorio negar esa misma facultad a las parejas de personas del mismo sexo. Así mismo, que la garantía del derecho a tener una familia de todo niño o niña implica permitir que una pareja del mismo sexo los adopte, pues si se les impide, se le estaría vulnerando este derecho a la niñez.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la incorporación del principio de interés superior del niño y la niña se llevó a cabo a través del artículo 44 de la Constitución Política que dispone que los derechos de los niños y niñas prevalecen sobre los de los demás. Asimismo, el Código de la Infancia y la Adolescencia en los artículos 6, 8, 9, 18 y 20 recoge este mandato.

⁹ Corte I.D.H.: Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130, par. 134, p. 59.

¹⁰ Corte I.D.H.: Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional¹¹ se ha pronunciado en múltiples oportunidades; al respecto ha indicado que el interés superior de las personas menores de 18 años *“debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”*. Así mismo aclaró que *“...El sentido mismo del verbo ‘prevalecer’ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor.”*¹²

En ese sentido, ha resaltado que el interés superior de la niñez no es un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica, al contrario, ha aclarado que el contenido de este principio, que es de naturaleza real y relacional, *“sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.”*¹³

También, ha señalado un conjunto de criterios que permiten determinar el grado de implementación de este principio constitucional, en una situación concreta, como la garantía del desarrollo integral y armónico del niño y la niña; la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales; el equilibrio entre los derechos del niño o la niña y los padres y madres y la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo de la niñez.¹⁴

Así pues, las posturas que sostienen que la adopción por parte de las parejas del mismo sexo y de personas solteras contrarían los derechos de los niños y las niñas deben probar que efectivamente esta les causa un daño, lo cual en concepto de la Defensoría del Pueblo -a partir de la revisión y análisis de varios estudios calificados sobre el tema- no ocurre, y por el contrario, resulta en la garantía del derecho a tener una familia y no ser separados de ella.

Sobre el derecho de los niños y niñas a tener una familia y no ser separado de ella la Corte ha indicado:

“Es así como el derecho a tener una familia y no ser separado de ella ha sido protegido de manera sostenida por esta Corte. En efecto, por ejemplo en la sentencia T-278 de 1994 el Tribunal recordó que la familia es la primera institución social e incluso es anterior a la sociedad y al Estado, entidades que por lo tanto están instituidas para servir a su bienestar, del cual dependen las condiciones para un desarrollo pleno e integral de la persona. En ese sentido, puede afirmarse, como lo hizo la sentencia T-587 de 1998, que la vulneración del

¹¹ Ver al respecto, entre otras sentencias, T-408 de 1995; T-503 de 2003 y T-397 de 2004; T-885 de 2005; T-689 de 2012; T-212 de 2013.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-408 de 1995.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-900 de 2006 y T-510 de 1993.

derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño en situación de abandono no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, peligro de trata, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos inapropiados. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad. Por esta razón, la violación del mismo implica una degradación del ser humano de tal magnitud que resulta incompatible con el principio de dignidad consagrado en la Carta. Cualquier separación abrupta, intempestiva e injustificada de un niño y su familia hace que se desconozca su pertenencia a una institución necesaria para su desarrollo integral lo que lo priva de un factor determinante de su más íntima individualidad.”¹⁵

Por otro lado, en relación con la adoptabilidad de menores de edad, la Corte ha establecido que el objetivo de esta medida es la protección de derechos de población en condición de vulnerabilidad, como los niños y las niñas, frente a una interpretación de la ley que no es conforme con el principio de interés superior de la niñez, en un contexto en el cual las personas menores de 18 años son una población en desventaja en términos representativos, cuyos derechos deben ser protegidos, al margen de la decisión de las mayorías políticas.

De manera que, respecto al referendo propuesto, es necesario revisar si los argumentos que se presentan referidos al impacto negativo de la adopción por parte de personas homosexuales y personas solteras logran evidenciar el supuesto daño que se les causaría a las niñas y los niños con ello, o si más bien, se sustentan en estereotipos o presunciones.

La mayoría de los argumentos expuestos en la iniciativa legislativa para sostener que la adopción por parte de las parejas del mismo sexo y de personas solteras contraría los derechos de los niños y las niñas, indican que esto tiene efectos negativos en su desarrollo psicológico. Sin embargo, el psiquiatra infantil Kyle Pruett, autor de *Role of the Father* (1998), en cuyos estudios se sustentó la exposición de motivos del referendo, sostuvo que lo *“sorprendió y decepcionó saber que la senadora Morales usó mi investigación para sustentar su oposición al matrimonio y eventual adopción de parejas del mismo sexo porque no hay nada en mi investigación que lo soporte. Yo hablo de la importancia de los hombres en la vida de los niños, sin insistir en que tengan un lazo biológico, que deban ser heterosexuales, o siquiera deban estar casados”*¹⁶.

Así mismo, en los conceptos enviados a la Corte en el proceso de constitucionalidad que resultó en el fallo inhibitorio de la sentencia C-802 de 2009 y posteriormente en la sentencia C-683 de 2015, se evidenció que la opinión mayoritaria de la comunidad científica¹⁷ es que la presencia de padres o madres del mismo sexo no afecta de manera negativa el desarrollo de las niñas o niños adoptados. Así por ejemplo, el concepto enviado

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-696 de 2015

¹⁶ Revista Semana “Me decepcionó que Viviane Morales usara mi investigación”: Kyle Pruett. 20 de agosto de 2016. En: <http://www.semana.com/nacion/articulo/adopcion-de-parejas-gay-kyle-pruett-habla-sobre-investigacion-que-uso-viviane-morales/489622>

¹⁷ En el mismo sentido los conceptos allegados a la Corte dentro del expediente T-2.597.191

por el Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes que cita un concepto emitido por el Consejo de representantes de la *American Psychological Association* (APA) y el concepto presentado por el Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia, coinciden en afirmar que los resultados de la investigación existente que compara padres homosexuales y madres lesbianas con parejas heterosexuales indican que no hay evidencia científica respecto a los temores sobre la crianza de los niños y niñas por parte de las parejas de personas del mismo sexo y que no existe fundamento verificable de los estereotipos o temores sociales relacionados con la crianza de niños y niñas por parte de padres o madres homosexuales. Es decir, que se encuentra infundado cualquier temor manifestado en ese sentido.

De acuerdo con lo anterior, existen argumentos suficientes que permiten afirmar que la adopción de niños y niñas por parte de parejas del mismo sexo contribuye a garantizar sus derechos a la familia y no ser separados de ella, y que plantear lo contrario, atenta contra esos derechos y, por tanto, también en contra del interés superior de niños y niñas. En ese sentido, vale la pena señalar lo dispuesto por la jurisprudencia:

“En síntesis, dicho derecho implica que un menor de edad no puede ser separado de su familia a menos que concurran circunstancias excepcionales, expresamente previstas en la ley, que demuestren que su desarrollo o integridad física estén en riesgo. Igualmente, dicho derecho tiene una dimensión prestacional que obliga al Estado a remover cualquier barrera administrativa para el goce del mismo y que va más allá de la implementación de medidas de restablecimiento de derechos propias de la jurisdicción de familia.”¹⁸

Cuarto. Las obligaciones del Estado Colombiano y la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional, en relación con la protección a los diversos tipos de familia

La jurisprudencia constitucional y distintos organismos de protección de derechos humanos, nacionales e internacionales, han resaltado la importancia de proteger los diversos tipos de familias que conforman la sociedad.

El ordenamiento jurídico colombiano ha reconocido que la formación de familias, diferentes a aquellas que se consideran tradicionales, debe ser objeto de protección. Por lo que es necesario que las normas se ajusten a estas realidades para garantizar el derecho de *“aquellas relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, las cuales surgen en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia.”*¹⁹

En ese sentido, la Corte ha entendido que el artículo 42 de la Constitución señala que *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar. Dicha igualdad, exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado.”*

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-696 de 2015.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-070 de 2015.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha avanzado hacia el reconocimiento de los derechos de las parejas de personas del mismo sexo. En varios pronunciamientos esta Corporación ha reflejado una postura abierta frente a la diversidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad y con este sustento ha extendido los efectos legales, que en distintos ámbitos se aplican para las parejas o uniones de personas de sexo diferente, a las de personas del mismo sexo.

Así por ejemplo, en la sentencia C-075 de 2007, el concepto de familia fue ampliado y se resolvió declarar la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, entendiéndose que, el régimen patrimonial establecido en esta norma para las parejas de personas de sexo distinto aplica también para aquellas uniones de hecho conformadas por parejas de personas del mismo sexo.

Posteriormente, en la T-276 de 2012 la Corte permitió la “*adopción consentida*” entendida como la posibilidad de que el compañero o compañera del mismo sexo del padre o madre biológico (a) de un niño o una niña pueda presentar solicitud de adopción con el fin de crear un vínculo filial, legalmente reconocido. En esta decisión, el Tribunal Constitucional amparó los derechos a la autonomía familiar, el derecho a tener una familia y el interés superior de la infancia. Para la Corte, la madre de la niña tenía el derecho a decidir libremente que esta compartiera su vida con su compañera del mismo sexo, como consecuencia del vínculo entre ellas.

Dos años más tarde, en la sentencia SU-617 de 2014 la Corte reconoció que las familias conformadas por personas del mismo sexo tienen un déficit de protección respecto de aquellas conformadas por personas heterosexuales. En ese sentido, indicó que era necesario proteger sus derechos a constituir una familia y adoptar, sin que su orientación sexual se convirtiera en un obstáculo para el ejercicio de sus derechos. El Alto Tribunal aplicó el juicio estricto de igualdad para establecer si las accionantes estaban siendo objeto de tratos discriminatorios con base en su orientación sexual. El análisis le permitió concluir que las parejas que hacen parte de la población LGBTI se encuentran en una circunstancia de debilidad manifiesta y que cualquier trato discriminatorio con base en este criterio sospechoso se encuentra prohibido por la Constitución, en virtud de los principios de dignidad, pluralidad e igualdad que orientan el ordenamiento jurídico colombiano.

Más adelante, en la sentencia C-071 de 2015 la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 parciales del Código de Infancia y Adolescencia y el artículo 1 de la Ley 54 de 1990. En la decisión, el Tribunal Constitucional consideró que no resulta válido excluir de los procesos de adopción a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, que forman una familia. Además, resaltó que esta exclusión resulta contraria al principio de interés superior del niño y la niña pues restringe su posibilidad de tener una familia. Igualmente, reiteró que la orientación sexual de una persona no debe confundirse con la falta de idoneidad para adoptar y que negar esta posibilidad a las personas, con base en su orientación sexual, constituye un trato discriminatorio que desconoce los principios, derechos y deberes consignados en la Constitución de 1991.

Textualmente indicó el Tribunal Constitucional:

“Lo que para esta Corporación resulta incompatible con la Carta es restringir genéricamente la adopción a las parejas del mismo sexo, en tanto dicha prohibición no cuenta con una justificación constitucionalmente válida. Por eso, como todo proceso de adopción debe estar siempre dirigido a garantizar el interés superior del niño y el restablecimiento de sus derechos, será deber del Estado verificar en cada caso si se cumplen los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y la idoneidad de la familia adoptante, de tal forma que esta brinde la estabilidad socioeconómica y un ambiente de respeto, amor y bienestar para el menor.”

Esta postura fue ratificada en la C-683 de 2015 en la que la Corte, una vez más, resaltó que las parejas conformadas por personas del mismo sexo son familia y que por lo tanto, gozan de toda la protección que la Constitución Política consagra para esta institución, como núcleo fundamental de la sociedad. Así, indicó que no resulta válido, bajo ninguna circunstancia, excluirlas de los procesos de adopción pues esto, no solo desconoce sus derechos sino que genera un déficit de protección de los niños, las niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono.

Igualmente, insistió en que la adopción por parte de parejas del mismo sexo no compromete de manera negativa la salud física o el desarrollo mental y emocional de los niños y niñas. Hizo referencia a la evidencia científica que demuestra que *“el ajuste en el desarrollo de los menores criados en familias homoparentales, su comportamiento y adaptación social son similares a los de aquellos que crecen en familias heterosexuales; incluso en algunas ocasiones aquellas tienden a promover mayores valores de tolerancia y una representación real de la diferencia sexual”*.

Así las cosas, la jurisprudencia de la Corte parte del presupuesto según el cual ni el sexo, ni la orientación sexual ni el estado civil de las personas constituyen criterios determinantes a partir de los cuales se estructuran los requisitos esenciales para conformar una familia. Esto, además se sustenta en que dado el carácter institucional de la familia, su conformación es una manifestación de principios constitucionales fundamentales como el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad.

Así pues, según el ordenamiento jurídico colombiano, la idea de que la familia no corresponde con un único modelo de vinculación entre dos personas de acuerdo con la Constitución, es que ésta establece dentro de sus principios el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad, de modo que las personas tienen el derecho de formar libremente la relación que consideren y de constituir a partir de ella una familia, que, si se fundamenta en la voluntad y el consentimiento -libre y responsable-, tiene el derecho de gozar de igual protección a la de las familias constituidas a partir de formas convencionales.

Es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile declaró responsable al Estado chileno por violación de los derechos a la igualdad y no discriminación, dado que la Corte Suprema de este país decidió retirarle a la señora Atala Riffo la custodia de sus hijas por su orientación sexual.

La Corte IDH señaló que el principio del interés superior del niño y la niña *“se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos con pleno aprovechamiento de sus*

potencialidades". Y que en los casos de custodia y cuidado, es necesario valorar objetivamente los comportamientos parentales específicos y su impacto en el desarrollo de los niños y niñas, según los riesgos reales probados y no basarse en especulaciones, presunciones o estereotipos. Así el Alto Tribunal señaló:

"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 tuición 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 la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños".

La Corte IDH resaltó que es obligación de los Estados parte proteger el derecho a la igualdad y evitar la discriminación por orientación sexual de las personas. En ese sentido indicó que *"la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones"*. Por tanto, no es posible exigir a una madre la adopción de una concepción tradicional sobre el rol social de las mujeres como madres.

Recientemente, en el caso Duque contra Colombia se condenó al Estado por haber vulnerado los derechos de una pareja conformada por personas del mismo sexo, en tanto a uno de los miembros no se le reconoció la pensión de sobreviviente de su compañero, en razón de su orientación sexual.

En esta oportunidad, la Corte resaltó que *"los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto"*. Es decir, que están obligados a revertir todas aquellas disposiciones que causen perjuicios a un grupo determinado de personas y ejercer acciones positivas frente a las prácticas de terceros.

La Corte IDH logró constatar que el Estado colombiano no presentó una justificación objetiva y razonable para crear una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, determinó que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del Decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia era discriminatoria y violaba lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.

Así las cosas, es indiscutible que las uniones de personas del mismo sexo pueden constituir una familia que se encuentra protegida por la Constitución, del mismo modo que la constituida por personas de diferente sexo o por personas solteras y por ello, todo trato distinto que hagan las autoridades con base en la orientación sexual o el estado civil de las personas se presume discriminatorio e inconstitucional.

Quinto. Conclusiones

A juicio de la Defensoría del Pueblo:

El proyecto de ley 01/2016 Senado 220/2017 Cámara excede los poderes de reforma del poder constituyente derivado porque no pretende modificar la Constitución sino introducir un elemento que la sustituye y la convierte en una Constitución nueva, que autoriza la reproducción de tratos discriminatorios y contradice los principios y las características definitorias de la Constitución colombiana de 1991.

La medida que pretende introducir el proyecto de ley 01/2016 Senado 220/2017 Cámara vulnera el derecho a la igualdad. Su estudio a través del *test integrado de igualdad* permite afirmar válidamente que la aplicación de este tratamiento diferenciado a las personas solteras y a las parejas del mismo sexo respecto de las parejas heterosexuales no persigue un fin válido a la luz de la Constitución, pues, la protección que el ordenamiento jurídico otorga a la familia implica la garantía de los derechos de todos los tipos de familia y prohíbe la desprotección a causa de la orientación sexual, el estado civil o un modelo único de familia.

Los distintos tipos de familia se encuentran protegidos por la Constitución, del mismo modo que la familia constituida por personas heterosexuales, y por ello, todo trato distinto que hagan las autoridades con base en la orientación sexual de las personas se presume discriminatorio e inconstitucional.

La adopción de niños y niñas por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo y personas solteras constituye una garantía del principio de interés superior y los derechos a tener una familia y no ser separados de ella. Lo contrario, contribuye a crear un déficit en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono y vulnera los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a constituir una familia de las personas con orientación sexual diversa y las personas solteras.

Cordialmente,



CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA
Defensor del Pueblo