



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711400794261

Fecha: 03-05-2017

Página 1 de 10

Bogotá D.C.,

Doctora
AMPARO YANETH CALDERÓN PERDOMO
Comisión Primera Constitucional
Cámara de Representantes
Carrera 7ª N° 8 – 68
Ciudad

RECIBI
COMISION I CONSTITUCIONAL
CAMARA DE REPRESENTANTES
FECHA Mayo 5/17
HORA 9:50 a.m.
Esther
FIRMA

ASUNTO: Concepto sobre el **PL 220/17 (C) – 001/16 (S)** “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”.

Cordial saludo,

Teniendo presente que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, tercero en el *iter* legislativo, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la Gaceta del Congreso N° 008 de 2017.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3° del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, sin perjuicio de los comentarios que estimen pertinente realizar otras autoridades para las cuales este tema resulte sensible, formula las siguientes observaciones:

1. CONTENIDO

La propuesta tiene por objeto convocar al pueblo de Colombia para que de conformidad con los artículos 374 y 378 superiores, decida si aprueba o no un proyecto de acto legislativo mediante referendo:



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711400794261

Fecha: 03-05-2017

Página 2 de 10

[...]

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

El Pueblo de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 44 de la Constitución Política tendrá un párrafo adicional que quedará así:

“Parágrafo. La adopción como 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: ()”

[...]

2. CONSIDERACIONES

2.1. En primer lugar, es pertinente expresar que si bien con la Constitución Política de 1991 se estableció que Colombia al constituirse en un Estado Social de Derecho (ESD) se caracteriza, entre otros motivos, por adoptar un marco normativo democrático, participativo y pluralista, lo cual hace suponer la importancia de soportar aspectos de carácter legítimo en el funcionamiento y toma de decisiones bajo la supervisión del Estado al momento de pretender modificar preceptos superiores, eso sí, sin que éste asuma una postura restrictiva sino, por el contrario, se oriente y atienda ejes axiales del ordenamiento.

En ese sentido, no puede pasarse por alto que el referendo al ser reconocido y avalado tanto a nivel legal como constitucional, como un mecanismo de participación ciudadana, tiene un impedimento expreso que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, el cual está relacionado con lo que se ha denominado “*prohibición de la sustitución de la constitución*”, a saber:

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711400794261

Fecha: 03-05-2017

Página 3 de 10

[...] Esta Corporación ha señalado que la modificación de la Constitución mediante el referendo no puede desconocer los límites competenciales que se siguen de su texto y, en esa medida, no es posible que el pueblo sustituya así la Carta. Este planteamiento se ha fundado, entre otras razones, en el hecho consistente en que la manifestación popular en esas condiciones se apoya en un procedimiento reglado impuesto por el Constituyente de 1991¹ y en consecuencia, su decisión es expresión de un poder derivado, incluso en aquellos casos en los cuales el referendo constitucional es de iniciativa ciudadana². En prueba de ello, ha sostenido que la modificación de la Constitución a través del referendo se encuentra diseñada de manera tal que combina (i) instrumentos de democracia participativa, en tanto es el pueblo quien toma la decisión, (ii) formas de democracia representativa dado que es el Congreso quien aprueba la ley que convoca y (iii) controles judiciales puesto que se exige una decisión de la Corte Constitucional antes del pronunciamiento del pueblo³.

En estrecha conexión con ese punto de partida y demandando del poder constituyente algunos rasgos para que su manifestación sea legítima –plural y deliberante–, esta Corporación ha señalado que la competencia del pueblo para modificar la Constitución puede ser más amplia o más reducida según su facultad para precisar la agenda o la extensión de sus posibilidades de manifestación⁴. En el caso del referendo de iniciativa ciudadana ha advertido que el pueblo tiene límites para su pronunciamiento dado que la agenda la fija un grupo de ciudadanos que no actúa como poder constituyente o el Gobierno Nacional, de una parte y el pronunciamiento del pueblo solo tiene el alcance de aceptar o rechazar la propuesta, de otra⁵. En todo caso, al definir el alcance del control de la Corte la sentencia C-397 de 2010 señaló que en relación con la intensidad del examen por violación de límites competenciales no existía diferencia alguna entre el referendo con iniciativa gubernamental y aquel precedido de iniciativa ciudadana.

En aplicación de los límites a la reforma constitucional este Tribunal ha declarado inexecutable varias reformas constitucionales adoptadas por el Congreso de la República⁶. También al adelantar el control de leyes que convocaban a referendos constitucionales, concluyó que algunas de ellas desconocían, total o parcialmente, las restricciones de la facultad de reforma radicada en el pueblo según el artículo 374.

Así, en la sentencia C-551 de 2003 al examinar una de las preguntas de la Ley 769 de 2003 -Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional- en la que se establecía la posibilidad de reducir o ampliar el término de ocupación del cargo por parte de funcionarios ya electos para aquel entonces, la Corte sostuvo que ello no era

¹ Sentencia C-551 de 2003.

² Sentencia C-141 de 2010.

³ Sentencia C-551 de 2003.

⁴ Sentencia C-397 de 2010.

⁵ Sentencia C-397 de 2010.

⁶ En ese sentido pueden consultarse las sentencias C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C-249 de 2012 y C-1056 de 2012.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711400794261

Fecha: 03-05-2017

Página 4 de 10

posible dado que (i) desconocía la prohibición de emplear el referendo como una forma de obtener un voto de confianza o de una moción de desconfianza, (ii) suponía una modificación a la Constitución mediante una forma plebiscitaria, (iii) implicaba adoptar mediante referendo una regla *ad hoc* carente de generalidad y, en ese contexto contraria al Estado de derecho, (iv) se erigía no en una reforma de la Constitución sino en su quiebre y (v) desconocía la libertad del elector al referirse a mandatarios locales, en tanto imponía a determinados votantes la decisión de elegir por la continuidad de mandatarios de otras entidades territoriales.

Asimismo consideró inexecutable, por sustituir ejes definitorios de la Constitución, la Ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo con el propósito de que el pueblo se pronunciara acerca de la posibilidad de admitir la reelección por segunda vez de la persona que hubiere sido elegida como Presidente de la República en dos ocasiones. La Corte señaló que con ese tipo de modificación se sustituían elementos esenciales de la Carta que *"tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la Carta, son el soporte de esa estructura que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva."*⁷ Adicionalmente, constató una rotura o quiebre de la Constitución dado que la reforma tenía como propósito beneficiar a una persona en particular afectando la generalidad de las leyes y, en esa medida el derecho a la igualdad [...] ⁸.

Bajo esta perspectiva, se tiene que han sido varios los supuestos en los que la Alta Corporación ha declarado la inexecutable de iniciativas tendientes a modificar el texto superior a través de mecanismos de participación ciudadana, como lo es en este caso el referendo, ya que se han desconocido las restricciones en torno a la facultad de reforma como se ha sostenido vía precedente constitucional, y en el cual se encuentran limitaciones. En concreto, para la Corte:

[...] la sustitución es un reemplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra completamente distinta, y cuando se produce la sustitución se incorpora a la Constitución un nuevo elemento que reemplaza al originalmente adoptado por el Constituyente. Para establecer si hay o no sustitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios anteriores y los introducidos son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. La sustitución puede ser total cuando la Constitución como un todo, es reemplazada por otra; o parcial, caso este último en el cual un eje definitorio de la identidad de la Constitución es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente que torna imposible la armonización de la pretendida reforma con el resto de

⁷ Sentencia C-141 de 2010.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-150 de 08 de abril de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201711400794261**

Fecha: **03-05-2017**

Página 5 de 10

normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible [...] ⁹.

[...] Advierte la Corte que el poder de reforma es muy amplio y comprende la adopción de modificaciones importantes e, inclusive, trascendentales. No es la importancia, ni son las implicaciones profundas de una reforma, lo que determina si ésta supone una sustitución de la Constitución. El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria [...] ¹⁰.

Desde esta óptica, no es viable que sean las mayorías mediante un mecanismo de participación ciudadana, con la consecuente intervención y conocimiento del legislativo, las que definan el tipo de familia en el que se acoja una medida de protección de los niños, niñas y adolescentes para garantizarles sus derechos –dentro de los cuales está el tener una familia–, en cuanto, como ya se anotó, se deben seguir y respetar ejes materiales axiales que son medulares y definitorios en la Constitución, so pena de desconocer principios como el de armonización, razonabilidad, proporcionalidad o igualdad.

A partir de la diversidad de normas nacionales e instrumentos internacionales, es pertinente señalar que los menores cuentan con una protección especial reforzada y así se desprende de la revisión de varios de los artículos constitucionales que tratan la materia y cuya raíz es, precisamente, el artículo 13 superior. En todo caso, el artículo 44 del mismo ordenamiento contempla un espectro de protección que involucra diversos aspectos esenciales que irradian otras fuentes normativas, con lo cual no puede verse afectado en su esencia ni restringirse mediante una serie de factores, como lo sería un nuevo entendimiento del concepto de familia o el que se incorporen criterios sospechosos que puedan causar algún tipo de discriminación.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-574 de 22 de julio de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-1040 de 19 de octubre de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711400794261

Fecha: 03-05-2017

Página 6 de 10

Esta situación se tornaría aún más compleja si se lee con detenimiento lo enunciado en el párrafo del proyecto *sub examine*, en la medida que no se busca modificar el artículo 44 constitucional *per se*, esto es, lo que en un inicio fue la preocupación y el propósito del constituyente primario, sino que se propone un párrafo en el cual se vislumbra una disposición de contenido descriptivo con visos procedimentales que también escapan a lo que ha de ser previsto por textos superiores, transgrediéndose y afectándose de forma significativa la integridad de la norma de normas (art. 4).

2.2. En segundo lugar, es conducente señalar que la discusión en torno a la adopción como medida de protección de los niños, niñas y adolescentes es un tema de gran importancia en nuestro país, dado que se trata de salvaguardar las prerrogativas de sujetos que son considerados de especial protección, por lo que al abordar estos tópicos es menester hacer un estudio detenido sobre sus circunstancias concretas, con mayor razón cuando se trata de valorar la posibilidad de conformar una familia, que como bien se sabe es el núcleo básico de la sociedad.

Sobre el particular, es pertinente traer a colación los resultados más importantes de la literatura sobre afectación del bienestar de los menores de edad adoptados o criados por parejas del mismo sexo, posición que esta Cartera ya tuvo la oportunidad de presentar en la intervención de una demanda que cuestionaba la constitucionalidad de “la legislación que regula el tema de la adopción conjunta y de la adopción de los hijos de compañero permanente, y de la que otorga los derechos únicamente a las uniones maritales de hecho conformadas por un hombre y una mujer” (Expediente D-10315), específicamente en lo tocante con los artículos 64, 66 y 68 (numeral 3 y 5) de la Ley 1098 de 2006 y artículo 1 de la Ley 54 de 1990, por considerar que son contrarios al principio de dignidad humana, el principio de pluralidad y de diversidad cultural, el derecho fundamental a la igualdad y el principio de prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

Si bien en aquella demanda no se elevaba ningún cargo específico en relación con la vulneración del derecho fundamental a la salud (*Cfr.* Ley Estatutaria 1751 de 2015¹¹), se

¹¹ *Cfr.* CORTE CONSTITUCIONAL, sents. T-016 de 22 de enero de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto; C-463 de 14 de mayo de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-760 de 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-313 de 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Esta evolución jurisprudencial se materializó con la expedición de la Ley 1751 de 2015: “*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*”.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711400794261

Fecha: 03-05-2017

Página 7 de 10

incluía la cuestión de si la adopción de parejas del mismo sexo tiene el potencial de afectar la salud y la integridad física y mental de los menores adoptados. Sobre este punto, el Ministerio se pronunció en lo relativo a que no existe evidencia de que la adopción por parejas del mismo sexo genere riesgo para la salud física o mental de los menores.

Como se verá a continuación, la literatura relevante sobre la materia reporta que no existen riesgos para la salud o bienestar de los menores de edad derivados de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Por el contrario, la orientación sexual de los padres es, en general, indiferente para el desarrollo cognitivo y social de los menores. Adicionalmente, en muchos casos –como en la adopción de menores de alto riesgo– puede contribuir a su bienestar.

De acuerdo con la Academia Americana de Pediatría¹², la literatura disponible en más de 30 años de investigación, indica que no existen efectos en la salud y el bienestar de los menores derivados de la orientación sexual de sus padres. *Contrario sensu* el bienestar de los menores de edad se ve más afectado por aspectos como la ausencia de soporte social y económico en la familia o la existencia de malas relaciones entre los menores y sus padres, las cuales nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres. Esta literatura demuestra además que los menores sufren mayor afectación en su bienestar por las disparidades legales y el estigma que puede derivarse de normatividades restrictivas para las parejas del mismo sexo.

En el mismo sentido, una revisión de la literatura realizada por investigadores de la Facultad de Educación de la Universidad de Amsterdam¹³, considerando los estudios empíricos publicados entre 1978 y 2003 sobre familias conformadas por parejas de dos mujeres, demostró que los posibles efectos en la salud de los menores que hacían parte de estas familias estaban más relacionados con el estigma de la relaciones entre dos mujeres que del hecho de que fueran dos mujeres las cabezas de familia.

¹² Perrin EC, Siegel BS; Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health of the American Academy of Pediatrics. Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian. *Pediatrics*. 2013 Apr;131(4):e1374-83. doi: 10.1542/peds.2013-0377. Epub 2013 Mar 20.

¹³ Bos HM1, van Balen F, van den Boom DC. Lesbian families and family functioning: an overview. *Patient Educ Couns*. 2005 Dec;59(3):263-75.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711400794261

Fecha: 03-05-2017

Página 8 de 10

Justamente por esta razón la Academia Americana de Pediatría ha sugerido en varias oportunidades que el bienestar de los menores de edad se beneficiaría de la legalización de los matrimonios de parejas del mismo sexo y la adopción por parejas dispuestas y capaces para esta tarea, independientemente de su orientación sexual¹⁴.

Lo anterior se explica no sólo en el hecho de que en principio no se han constatado riesgos para los menores de edad derivados de la adopción de parejas del mismo sexo, sino también en el hecho de que los estudios empíricos indican que el bienestar y el desarrollo de menores en las familias homosexuales y heterosexuales son bastante similares. En ese mismo estudio de la Facultad de Educación de la Universidad de Amsterdam¹⁵, se concluyó también que en todos los aspectos relevantes para la protección de los menores de edad y su bienestar, las familias homosexuales y heterosexuales eran bastante similares¹⁶. Igualmente, los investigadores de la Facultad de Psicología de la Universidad de Birkbeck¹⁷ concluyeron en un metanálisis de la literatura que los procesos de ajuste en el desarrollo de menores eran similares para menores con padres homosexuales y con padres heterosexuales. Según estos investigadores: *“El desarrollo óptimo de los menores de edad parece estar más influenciado por la naturaleza de las relaciones y las interacciones en la unidad familiar que por la estructura de esta”*¹⁸. Lo anterior implica que algunos menores en familias conformadas por parejas del mismo sexo tienen resultados positivos en su desarrollo y otros tienen resultados negativos, de la misma manera que ocurre en las familias heterosexuales y sin que la orientación sexual de los padres sea determinante.

De hecho, la adopción por parejas del mismo sexo contribuye a mejorar el bienestar de los menores de edad tanto como la adopción de parejas heterosexuales. Así lo concluyó, por ejemplo, un estudio realizado por investigadores de la Universidad de California que

¹⁴ American Academy of Pediatrics Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health. Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian. *Pediatrics*. 2013 Apr;131(4):827-30. doi: 10.1542/peds.2013-0376. Epub 2013 Mar 20.

¹⁵ Bos HM1, van Balen F, van den Boom DC. Lesbian families and family functioning: an overview. *Patient Educ Couns*. 2005 Dec;59(3):263-75.

¹⁶ Bos HM1, van Balen F, van den Boom DC. Lesbian families and family functioning: an overview. *Patient Educ Couns*. 2005 Dec;59(3):263-75.

¹⁷ Tasker F. Lesbian mothers, gay fathers, and their children: a review. *J Dev Behav Pediatr*. 2005 Jun;26(3):224-40.

¹⁸ Traducción libre. Texto original: “Children’s optimal development seems to be influenced more by the nature of the relationship and interactions within the family unit than by the particular structural form it takes”.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711400794261

Fecha: 03-05-2017

Página 9 de 10

encontró los mismos niveles de mejoría, en términos de bienestar y desarrollo, de un conjunto de niños en situación de alto riesgo adoptados por parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales. Ambos grupos de niños tuvieron incrementos similares en sus niveles de desarrollo y bienestar¹⁹.

Las anteriores no son conclusiones aisladas o ampliamente debatidas en la literatura especializada, por el contrario son conclusiones recurrentes y relativamente pacíficas en los estudios clínicos y no clínicos y los metanálisis en la materia²⁰. En coherencia con ello, no existe evidencia independiente y de buena calidad que indique que pueden existir riesgos para la salud y el bienestar de los menores de edad derivada de la adopción o la crianza por parejas del mismo sexo.

En lo sucesivo, el Ministerio no tiene evidencia de que exista mayor afectación de la salud o el bienestar de menores de edad criados por parejas del mismo sexo en el contexto del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Actualmente, existe un conjunto de procedimientos y canales para atender casos de afectación de la salud física y mental de menores de edad, derivada de sus padres o de cualquier otro individuo con independencia de la orientación sexual de los padres o cuidadores. Estos canales y mecanismos de protección están disponibles y deben funcionar para atender las necesidades en salud derivadas de problemas en el entorno familiar de todo tipo de familias: heterosexuales, homosexuales, uniparentales y demás estructuras familiares existentes en la práctica.

En ese orden, de conformidad con lo que se ha venido tratando y en consonancia con los soportes que se han expuesto, se puede expresar lo siguiente:

¹⁹ Lavner JA1, Waterman J, Peplau LA. Can gay and lesbian parents promote healthy development in high-risk children adopted from foster care? *Am J Orthopsychiatry*. 2012 Oct;82(4):465-72. doi: 10.1111/j.1939-0025.2012.01176.x.

²⁰ Con conclusiones en el mismo sentido ver: Hunfeld JA, Child development and quality of parenting in lesbian families: no psychosocial indications for a-priori withholding of infertility treatment. *A systematic review. Hum Reprod Update*. 2002 Nov-Dec;8(6):579-90., Fauser BC, de Beaufort ID, Passchier JP; Scand J Psychol. 2002 Sep;43(4):335-51; Anderssen N1, Amlie C, Ytterøy EA. Outcomes for children with lesbian or gay parents. A review of studies from 1978 to 2000. *Pediatr Rev*. 1994 Sep;15(9):354-8; quiz 358; Gold MA1, Perrin EC, Futterman D, Friedman SB. Children of gay or lesbian parents; Patterson CJ. Children of lesbian and gay parents. *Child Dev*. 1992 Oct;63(5):1025-42.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711400794261

Fecha: 03-05-2017

Página 10 de 10

- a. No se han identificado riesgos para la salud y el bienestar de los menores de edad derivada de la adopción de parejas del mismo sexo. El desarrollo cognitivo y emocional de los menores de edad es similar en parejas heterosexuales y homosexuales.
- b. El único factor diferenciador en el bienestar de menores adoptados o criados por parejas del mismo sexo está en el estrés y las dificultades que pueden causar las restricciones legales y el estigma.
- c. El Sistema General de Seguridad Social en Salud cuenta con un conjunto de herramientas y coberturas para atender las necesidades en salud física y mental, de los menores de edad relacionadas con conflictos y abusos en las familias con independencia de la orientación sexual de los padres.

En estos términos se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia.

Atentamente,


ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social