



Bogotá, D.C., 27 AGO 2014

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64 (parcial), 66 (parcial), 68 numerales 3 y 5 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, y el artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990

Demandante: DIEGO ANDRÉS PRADA VARGAS

Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Expediente D-10315

Concepto 25818

Según lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, rindo concepto sobre la demanda que, en ejercicio de la acción pública establecida en los artículos 40, numeral 6°, y 242, numeral 1° de la Carta, instauró el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas contra los artículos 64 (parcial), 66 (parcial), 68 numerales 3° y 5° (parciales) de la Ley 1098 de 2006, y el artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, cuyo texto se transcribe a continuación resaltando los apartes pertinentes:

“LEY 1098 DE 2006

Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006

Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

[...]

ARTÍCULO 64. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ADOPCIÓN. *La adopción produce los siguientes efectos:*

- 1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.*
- 2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.*
- 3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.*
- 4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140 del Código Civil.*

5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

[...]

ARTÍCULO 66. DEL CONSENTIMIENTO. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del **cónyuge o compañero permanente del adoptante**.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

[...]

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

3. **Conjuntamente los compañeros permanentes**, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior. [...]

5. **El cónyuge o compañero permanente**, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

PARÁGRAFO 1o. *La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.*
PARÁGRAFO 2o. *Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores”.*

“LEY 54 DE 1990
por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen
patrimonial entre compañeros permanentes.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

[...]

*Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre **un hombre y una mujer**, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, **al hombre y la mujer** que forman parte de la unión marital de hecho”.*

1. Resumen de la demanda

El accionante solicita la inconstitucionalidad parcial de los artículos 64, 66, y de los numerales 3° y 5° del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), así como la inconstitucionalidad parcial del artículo 1° de la Ley 54 de 1990, por considerar que las expresiones demandadas son contrarias al preámbulo y los artículos 1°, 7°, 13, 42, 44 superiores y del artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, junto con el artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

No obstante, antes de formular los cargos de inconstitucionalidad, el ciudadano expone las razones por las cuales él considera que en el presente caso no opera el fenómeno de cosa juzgada constitucional.

1.1. Cosa juzgada constitucional

El accionante sostiene que en el presente caso no opera la cosa juzgada constitucional pese a que se tiene que la Corte Constitucional ha proferido sobre el tema dos sentencias. A continuación se enuncian cada una de éstas y las razones por las que el actor considera que las mismas no

impiden a la Corte Constitucional pronunciarse del fondo sobre su demanda.

(i) Sentencia C-802 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En esta sentencia la Corte decidió inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo acerca de las expresiones demandadas de los artículos 68 de la Ley 1098 de 2006 y 1° de la Ley 54 de 1990, por ineptitud sustancial de la demanda. Sin embargo, según el ciudadano el anterior pronunciamiento no implica que existe cosa juzgada relativa explícita porque la inhibición en la sentencia C-802 de 2009 se debió a que, en aquella oportunidad, los actores *“solamente solicitaban el análisis de la adopción conjunta cuanto el problema jurídico era mucho más amplio, debiéndose haber extendido el debate jurídico a los artículos 64, 66 y 68 numeral 3° y 5° de la Ley 1098 de 2006 en los cuales regulan (sic) la adopción de un menor por el compañero o compañera permanente de su pareja”*. Entiende entonces el ciudadano que la Corte explícitamente *“abrió el camino para que nuevamente se puedan formular los cargos de inconstitucionalidad en contra de la normatividad de la adopción conjunta regulada por la Ley 1098 de 2006 art. 68 y la Ley 54 de 1990, cuando se cumpla con el procedimiento correcto”*.

(ii) Sentencia C-814 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). En esta sentencia se declaró exequible la expresión *“mora”* contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expidió el Código del Menor, así como la expresión *“[l]a pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”*, contenida en el mismo código. Sin perjuicio de lo anterior, el ciudadano considera que se ha desvirtuado la cosa juzgada constitucional que podría suscitar este fallo porque entiende que a partir de la sentencia C-577 de 2011 operó un *“cambio de precedente jurisprudencial”* dado que, a su juicio, la decisión de inexecutableidad en el 2001 se fundamentó en la *“otrora interpretación exegética del artículo 42 de la Constitución Nacional; en cuyo contenido expreso solo se protegía a un tipo de familia la heterosexual y monogámica”*, mientras que ahora, con la sentencia C-577 de 2011, se

adoptó una interpretación diferente de la referida norma constitucional, en la que se sostiene que la familia puede ser fundada por diferentes situaciones e individuos, de forma que la heterosexualidad no es una característica predicable de todo tipo de familia. A partir de esta distinción el accionante concluye que la Corte reinterpreto el concepto de familia y aceptó que ésta *“se crea ahora tanto por vínculos jurídicos como por vínculos naturales o de hecho, ahora integrando a la familia creada por personas con orientación sexual homosexual dentro del nuevo concepto de familia desarrollado por el artículo 42 de la CN (sic)”*.

Por las consideraciones expuestas, el accionante afirma que ya no existe cosa juzgada y que, por lo tanto, su demanda de inconstitucionalidad es procedente, por lo que pasa a exponer los que cargos en la que la misma se fundamenta, los cuales se resumen a continuación.

1.2. Violación del preámbulo y del artículo 1° constitucional

En la demanda se afirma que las expresiones demandadas desconocen el derecho fundamental a la dignidad humana reconocido en el Constitución Política y puntualmente en su preámbulo y en su artículo primero, partiendo del alcance que le ha dado la jurisprudencia constitucional, esto es, de su triple connotación como (i) vivir como se quiere, (ii) vivir bien y (iii) vivir sin humillaciones. Para explicar esto, el actor aduce que con normas como la demandada el Estado:

(i) *“[D]esestimula la vida en pareja de los homosexuales, pues por un lado no tienen protección legal alguna y por el otro por la intromisión legal a sus proyectos de vida, ya que no pueden erigirse bajo su plan de vida, de ser percibidos como familia y hacer parte de ella”*, impidiendo con ello también la autodeterminación de estos ciudadanos;

(ii) Desprotege a las parejas homosexuales, desconociéndoles el derecho al mínimo vital que incluye no sólo un aspecto material sino también espiritual¹; y

(iii) Está sometiendo a las personas homosexuales a una humillación, al no reconocerlas, la cual se concreta en la *“imposibilidad de reivindicar sus derechos frente al Estado y la comunidad al (sic) ser reconocido como miembro de una pareja, ya que el Estado no lo permite con su legislación vigente”*.

Por otra parte, el actor afirma que las normas demandadas son contrarias al artículo 1° constitucional, no sólo por las razones sintetizadas atrás, sino también porque considera que conllevan a una violación del principio de pluralismo. En este sentido, manifiesta que el reconocimiento del pluralismo implica la obligación del Estado de proteger *“los (sic) diferentes construcciones afectivas que se enmarcan bajo el concepto de familia”*, de donde concluye que las normas acusadas, al *“establecer solamente como familia a la conformada por un hombre y una mujer o a un cónyuge o compañera permanente”*, quebrantan dicho principio constitucional. En ese sentido, el actor insiste en que la Corte Constitucional reemplazó la familia heterosexual y monogámica instituida por el artículo 42 constitucional, permitiendo una *“pluralidad cultural de la familia”*.

1.3. Violación del artículo 13 constitucional, artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Para contribuir a la estructura lógica de esta intervención, esta vista fiscal considera pertinente agrupar en un solo cargo los argumentos expuestos por el accionante que son relativos a la violación del derecho a la igualdad y

¹ En este punto el demandante cita un informe de la Universidad de los Andes y Colombia Diversa, sobre parejas del mismo sexo.

a la prohibición de discriminación por razones de sexo, pese a que en la demanda están distribuidos de forma separada y repetitiva.

El accionante sostiene, en primer lugar, que las normas censuradas generan una violación del derecho a la igualdad en tanto implican, en su concepto, una discriminación en razón de la orientación sexual, puesto que la legislación vigente solo protege a las parejas heterosexuales, reconociéndoles derechos patrimoniales, el estatus de familia y el derecho a adoptar, mientras que, por su parte, las parejas homosexuales se encontrarían en total desprotección legal.

Así, según se sostiene en la demanda, aunque tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo se refieren a la prohibición por razones de sexo, en su opinión también se encuentra proscrita la discriminación en razón de la orientación sexual, bien sea porque ésta se entienda comprendida dentro de la expresión "sexo" o porque la misma se entienda cobijada bajo la expresión "*cualquier otra condición*", también contenida en las mencionadas normas internacionales².

De igual forma, el accionante también sostiene que existe una vulneración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 2), sin embargo este instrumento internacional no es un parámetro de constitucionalidad, por ello es necesario hacer algunas precisiones sobre este punto, antes de realizar el análisis de constitucionalidad a la luz del derecho a la igualdad. La citada declaración no reúne todos los requisitos del artículo 93 superior para poder hacer parte del bloque de constitucionalidad: (i) ser un tratado internacional, (ii) ratificado por el Congreso de Colombia, (iii) reconocer derechos humanos cuya limitación está prohibida en los estados de excepción. En efecto, la Declaración

² Conviene precisar que en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se utiliza la expresión "*cualquier otra condición social*".

Universal de Derechos Humanos³, como su nombre lo indica, no es un tratado internacional susceptible de ser ratificado por los Estados, es decir, pertenece a la categoría del *soft law* (y no a la del *hard law*), se trata de un “documento que no forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, en tanto que éste no es propiamente un tratado o un convenio internacional de derechos humanos suscrito por Colombia e incorporado al ordenamiento jurídico a través de una Ley de la República”⁴.

De igual forma, luego de intentar hacer un test de proporcionalidad, el actor concluye que aunque la medida contenida en las normas acusadas persigue un fin constitucionalmente legítimo, como es la protección de la familia heterosexual y monogámica por la que optó el Constituyente y quedó plasmado en el artículo 42 superior, y efectivamente permite concretar la protección de la familia como institución básica de la sociedad y los derechos de los niños en estado de abandono, en su criterio no es la medida menos gravosa posible y, en todo caso, la misma resulta lesiva del derecho a la igualdad de las parejas homosexuales.

En este sentido, el trato discriminatorio que según el accionante se le está dando a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, consiste en que, dada la ausencia de normatividad en su beneficio, las mismas no tienen los mismos derechos patrimoniales que las parejas heterosexuales, ni son reconocidas como familia o pueden ejercer el derecho a adoptar. Como consecuencia de lo anterior, el en la demanda se concluye que las normas demandadas impiden “que las parejas homosexuales adquieran los mismos derechos que se deducen de las uniones maritales de hecho o de los matrimonios, además no se puede ejecutar el contrato de matrimonio y por lo tanto tampoco adoptar niños conjuntamente”.

2.4. Violación del artículo 42 constitucional

³ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁴ Procuraduría General de la Nación, concepto No. 5643 del 26 de septiembre de 2013, dentro del proceso de inconstitucionalidad D-9786.

En la demanda también se acusa a las normas demandadas de ser contrarias al “nuevo concepto de familia [según la nueva] interpretación [del] artículo 42”. Así, como puede observarse, el parámetro de constitucionalidad que utiliza el actor para sustentar este cargo no es propiamente el artículo 42 constitucional sino la más reciente interpretación que, a su juicio, la Corte Constitucional ha hecho del mismo. En este sentido, para el ciudadano resulta claro que la concepción de familia, según lo decidido por el constituyente, ya no se limita únicamente al reconocimiento de una familia conformada por un hombre y una mujer (heterosexual y monogámica) sino que incluye otras formas de constitución de la familia, como es la “familia homosexual”.

2.5. Violación del artículo 44 constitucional y, específicamente, del derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella

En la demanda se parte de reconocer la prevalencia del interés superior de los niños, en tanto que los menores, debido a su grado de vulnerabilidad merecen un trato preferente dentro del ordenamiento jurídico. De esta manera, sostiene el accionante que la obligación principal del Estado es “proveer al niño expósito un hogar, una familia que lo ayudará a crecer en condiciones de amor, de cuidado, de respeto, de tolerancia y de dignidad” y que la medida idónea para proteger el derecho de los niños que viven en hogares sustitutos a tener una familia, es la adopción, que como el propio accionante también lo reconoce, es una “figura establecida para proteger y garantizar los derecho sujetos de especial protección”⁵.

Sin embargo, el actor afirma que la regulación de una medida tan importante como la adopción no puede contradecir la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que entiende que reconoce el pluralismo y la

⁵ Sin embargo, previamente el accionante había afirmado que la adopción es un derecho de las parejas homosexuales.

diversidad cultural, y por ende concluye que la oportunidad del niño en situación de abandono a tener una familia es más importante que la orientación sexual de los adoptantes, lo que significa que a las parejas conformadas por personas del mismo sexo también se les debe conceder la posibilidad de adoptar.

2. Aclaraciones preliminares

Previo a la determinación de los problemas jurídicos propuestos con la demanda arriba resumida, así como presentar las respectivas consideraciones, para esta jefatura resulta necesario y conveniente hacer algunas aclaraciones preliminares sobre el contenido y el fin de la demanda *sub examine*.

En primer lugar, debe decirse que la pretensión del demandante carece de sentido. En efecto, el ciudadano solicita a la Corte Constitucional que declare inexecutable las expresiones censuradas, sin percatarse que si se acceden a sus pretensiones se vaciaría de contenido a las disposiciones demandadas, tanto de la Ley 50 de 1990 como del Código de Infancia y Adolescencia dejando a los niños en situación de vulnerabilidad sin la posibilidad de ser beneficiarios de la adopción como una medida de protección de sus derechos. No obstante, este despacho no solicitará a la Corte que se declare inhibida por esta razón, puesto que al parecer esa imprecisión se debió a un error conceptual por parte del ciudadano, pues lo que en realidad parece que pretende con la acción pública de inconstitucionalidad es que por vía jurisprudencial se dé al artículo 42 constitucional un alcance que el Constituyente no quiso darle. Por lo tanto, en este concepto se presentarán los argumentos que permiten concluir que las expresiones atacadas son plenamente conformes a la Constitución Política.

2.1. Sobre la sentencia C-577 de 2011 y algunos de los argumentos del accionante

Uno de los aspectos de la demanda que llama poderosamente la atención de esta vista fiscal se refiere a la argumentación tendiente a demostrar que no sobre el contenido normativo de las normas demandadas no existe cosa juzgada por cuenta del cambio de precedente jurisprudencial que se hizo en la sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Como se recordará, el accionante señala que en esa decisión judicial la Corte Constitucional modificó la interpretación exegética del artículo 42 Superior que hasta entonces había sostenido esa misma corporación y, en su lugar, la reemplazó por una lectura sociológica de la familia. Como consecuencia de todo ello, el actor entiende que no hay cosa juzgada debido a que este cambio de interpretación permitiría que el estudio de una norma jurídica, que anteriormente ya fue analizada en sede de control abstracto de constitucionalidad con fundamento en similares o iguales mismos argumentos, pudiese hacerse nuevamente precisamente a la luz de los *“cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad”*⁶.

En suma, el actor entiende que, dado que la Constitución es un texto “viviente”, la transformación interpretativa del mismo supone una modificación automática del parámetro constitucional de corrección de las normas legales que desvirtúa la cosa juzgada constitucional.

Sin embargo, aunque esta jefatura considera que en el presente caso sólo puede predicar la cosa juzgada constitucional respecto de las expresiones demandadas de la Ley 54 de 1990 (y no en relación a las normas censuradas de la Ley 1098 de 2006) en virtud de lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007, debido a que en esta decisión se extendió el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho a las parejas homosexuales —como será explicado más adelante—, en

⁶ Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

todo caso resulta imprescindible hacer algunas reflexiones sobre el argumento del accionante que se acaba de explicar.

Lo anterior pues, aunque este tipo de argumentación ha sido aceptado por la Corte en diversas oportunidades⁷, el jefe del ministerio público considera inevitable hacer frente al mismo los siguientes reparos.

2.1.1. La necesidad de las mutaciones constitucionales

Lo primero que esta jefatura considera oportuno destacar es en que, dada la naturaleza y las notas características de las normas constitucionales, es inexorable que en ciertas ocasiones interpretar e incluso añadir nuevos elementos a las disposiciones superiores que no aparecen explícitamente en las palabras del texto constitucional. En efecto, las normas constitucionales se caracterizan, por regla general⁸, por tener una estructura abierta toda vez que contienen valores y principios, los cuales, a su turno, no pre-ordenan soluciones concretas a problemas específicos⁹.

Sin embargo, a ese panorama se debe añadir el hecho de que, de cualquier manera, a pesar de estas particularidades, el operador judicial no puede dejar de aplicar las disposiciones constitucionales so pretexto de su

⁷ Al respecto véase la reciente sentencia C-332 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo), así como la jurisprudencia que allí se cita, especialmente en las notas 7 y 11.

⁸ En las constituciones también existen reglas que pre-ordenan soluciones concretas y, sobre las cuales, el ejercicio de aplicación no resulta ser, *prima facie*, tan difícil. Esto ocurre por ejemplo con la regla contenida en el artículo 197 de la Constitución que dispone, por ejemplo, “Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos periodos”. La aplicación de esta norma requeriría un ejercicio de subsumción en el cual se tendría que verificar, para el caso concreto, si la norma legal analizada en el control de constitucionalidad, establece una regla opuesta, en cuyo caso, resultaría ser inconstitucional. Paradójicamente, esta estructuración de las reglas parece darle una mayor objetividad y estabilidad a este tipo de normas frente a, por ejemplo, los principios constitucionales.

⁹ A estos factores que inciden en la existencia de estas transformaciones interpretativas de la Constitución se añaden otros como los siguientes: (i) si una Constitución tiene una antigüedad considerable (como la de los Estados Unidos, más no como la Constitución Política de 1991) puede decirse que sus redactores no pudieron prever situaciones que para ese momento no existían; y (ii) si la Constitución tiene un buen número de reformas constitucionales que la han puesto al día frente a los cambios presentados en la realidad, es muy posible que el número de mutaciones constitucionales sea menor (lo que de hecho parecería ser más apropiado para la Constitución colombiana actual, en tanto que la misma tiene 23 años y ha sido reformada en 38 ocasiones). Cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 181 y Luciano PAREJO-ALFONSO, “Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea”, en *Reforma de la Constitución y Control de Constitucionalidad*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pp. 27-28. Como se observa ninguno de los dos supuestos se produce en el caso colombiano.

amplitud y generalidad, toda vez que las mismas constituyen auténticas normas jurídicas que, además, ostentan la mayor jerarquía dentro de todo el ordenamiento jurídico (art. 4° Superior).

Por lo tanto, ante normas constitucionales amplias o incluso ambiguas, el juez constitucional debe realizar un esfuerzo interpretativo importante porque, por una parte, debe resolver el caso con el material jurídico disponible pero, al mismo tiempo, debe mantenerse dentro de las “cuatro esquinas del texto constitucional”¹⁰, vale decir, no puede sustituir al constituyente y diseñar nuevas normas de rango constitucional que no se deducen razonablemente de las disposiciones constitucionales contenidas en el texto constitucional o en el bloque de constitucionalidad¹¹ pues, incluso, no debe olvidarse que el juez constitucional, antes que único o máximo intérprete de la Constitución, es guardián de su integridad y supremacía¹².

En atención a lo anterior, a ese fenómeno por medio del cual se añade una nueva capa de significados que se deducen razonablemente del texto por la vía de la jurisprudencia, la doctrina del derecho público europeo lo ha denominado como “mutaciones constitucionales”¹³, mientras que en el

¹⁰ Expresión de John HART ELY, contenida en: *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del hombre Editores y Universidad de Los Andes, trad. de Magdalena Holguín, 1997.

¹¹ Según el Diccionario de la Lengua Española, la primera acepción del verbo “interpretar” es “*Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto*”. Como se observa, uno de los límites naturales de la interpretación es su labor es descubridora y en cierta medida creativa. Pero, de cualquier modo, el límite insuperable estriba en la imposibilidad de desconocer el sentido del objeto que se interpreta. Significado disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=interpretar>. Fecha de consulta: 8 de agosto de 2014.

¹² Cfr. Artículo 241 de la Constitución Política.

¹³ Este concepto fue inicialmente acuñado por el jurista alemán Georg JELLINEK en: *Reforma y mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, CEC, Madrid, 1991. Aunque diversos autores han tratado de definir el concepto de las mutaciones, según HESSE “una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”. Konrad HESSE, *Escritos de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, Madrid, 1992, p. 85.

derecho anglosajón se le conoce como “*Constitución no escrita*”¹⁴ o “*Constitución invisible*”¹⁵.

2.1.2. Los límites a las mutaciones constitucionales

Reconocer la existencia de las mencionadas transformaciones implica también aceptar que deben existir límites para el juez constitucional. En este sentido, considerar que la interpretación constitucional no tiene ningún tipo de restricciones, a tal punto que el hermeneuta pueda válidamente atribuirle al texto un sentido opuesto al que se deduce de sus palabras, implicaría que las frases de la Constitución, esto es, el documento mismo, perderían toda relevancia y que la verdadera norma constitucional serían sus interpretaciones, incluso cuando aquellas sean contrarias al texto constitucional. En efecto, ante una concepción semejante habría que preguntarse: ¿para qué la Constitución si su intérprete puede darle cualquier significado? Lo anterior, pues bajo esa perspectiva el intérprete deja de ser el guardián de la Constitución y el hermeneuta de ésta (sometido a la Constitución) y pasa a ser constituyente¹⁶.

¹⁴ Cfr. Thomas C. GREY, “Do We Have An Unwritten Constitution?”, en *Stanford Law Review*, 3, 703-718 (1975).

¹⁵ Véase a Laurence TRIBE, *The invisible Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

¹⁶ En este mismo sentido debe decirse que si el juez constitucional no está de acuerdo con alguna disposición constitucional, el mismo no puede aducir que formalmente la ha interpretado, cuando materialmente la ha derogado. Por el contrario, para que su deseo o postura se cristalice una sentencia no es el camino sino que lo que procede es una reforma constitucional. Así, un verdadero compromiso del juez con la Constitución es aplicarla fielmente, aun cuando las decisiones que deba adoptar de conformidad con la misma sean contrarias a sus posturas ideológicas personales. Un ejemplo de este compromiso constitucional puede verse en la opinión concurrente del juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Anthony Kennedy en el caso *Texas v. Johnson* [491 U.S. 397 (1989)], en donde la Corte sostuvo que sancionar la quema de la bandera estadounidense infringía la Primera Enmienda relativa a la libertad de expresión. Aunque el juez Kennedy sostuvo que irrespetar un símbolo patrio es un acto que, desde su perspectiva, es reprochable, consideró que la Constitución lo permitía y que, por tanto, le correspondía fallar en ese sentido. El extracto relevante de esa opinión concurrente es el siguiente: “*The hard fact is that sometimes we must make decisions we do not like. We make them because they are right, right in the sense that the law and the Constitution, as we see them, compel the result. And so great is our commitment to the process that, except in the rare case, we do not pause to express distaste for the result, perhaps for fear of undermining a valued principle that dictates the decision. This is one of those rare cases*”.

Aunque con estas consideraciones esta vista fiscal no pretende de ninguna manera poner fin a la compleja discusión teórica relacionada con los límites de la interpretación constitucional, sí desea precisar que existe consenso en que, ante la claridad del texto superior (claridad que puede ser respaldada por otras razones), el juez no puede, dejar de lado su significado real y optar por uno totalmente opuesto¹⁷. Por esa razón, la doctrina más autorizada sobre el particular, ha señalado que uno de los límites infranqueables de cualquier interpretación constitucional es que no se puede dejar sin efecto o suprimir sin más, el significado razonable que se deduce de la norma.

2.1.3. El caso *sub examine*

Como bien lo anota la Corte Constitucional, la interpretación que se tuvo del primer inciso del artículo 42 de la Constitución hasta la sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza) tenía como criterio predominante la heterosexualidad y la monogamia¹⁸ de la familia que, como lo señala el mismo Tribunal en ésta última sentencia, “*se ha acogido por corresponder a la decisión mayoritaria de la Corte*”.

A pesar de esto, en esa decisión del año 2011 la Corte Constitucional cambió esa concepción sobre la familia. En efecto, en esa oportunidad se señaló que la interpretación que efectuaban los accionantes del artículo 42, en el sentido de entender como familia también a las parejas homosexuales, era “*plausible*” (a pesar de ser opuesta a la anterior), teniendo en cuenta que el nuevo concepto de familia “*fundamenta su existencia en*

¹⁷ Este es uno de los límites de las mutaciones. Al respecto véase a Konrad HESSE y a Pedro DE VEGA en la obra y el texto ya referenciados.

¹⁸ Esta interpretación, como bien lo reconoce la Corte Constitucional, se deriva de una interpretación textual e de la Constitución: “*Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional relativa al concepto de familia se fundamenta, básicamente, en la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 superior y, en lo que hace al matrimonio, se ha sostenido que 'el contrayente asume, con conocimiento de causa, las consecuencias que se siguen a la celebración del contrato', una de las cuales 'directamente derivada del texto constitucional es la de que únicamente es admitido en Colombia el matrimonio entre un hombre y una mujer, pues la familia que se acoge por el Constituyente no es otra que la monogámica'*”. Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

el amor, el respeto, y la solidaridad' y, a la vez se la caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros e integrantes más próximos".

Para el jefe del ministerio público es posible hacer varias anotaciones partir de estas dos interpretaciones opuestas:

En primer lugar, a esta jefatura le llama la atención que de la sentencia citada parece deducirse que en el régimen constitucional colombiano es posible que coexistan dos interpretaciones opuestas de una misma norma constitucional (en este caso, la que hasta entonces había sentado la Corte y la que, por su parte, hacían los accionantes). En ese sentido, allí se sostuvo que era plausible decir que del artículo 42 Superior se derivaba un concepto *exclusivamente* heterosexual de la familia pero, al mismo tiempo, que también podría derivarse razonablemente que esta *también incluye* a las parejas homosexuales.

Como salta a la vista, esta situación constituye un atentado a las reglas más elementales de la lógica y específicamente al principio de no contradicción. En efecto, esta vista fiscal no se explica cómo puede ser posible que de un mismo texto que no ha sufrido reforma constitucional alguna puedan derivarse razonable o plausiblemente dos interpretaciones enteramente opuestas. Pues siendo así, ¿cuál era el verdadero artículo 42 constitucional? ¿Aquél que desde 1992 hasta 2011 señalaba, según la propia Corte, que solo las parejas heterosexuales son familia? O, por el contrario ¿aquél que desde 2011 hasta la fecha defiende la misma corporación para decir que también las parejas homosexuales constituyen familia? Por lo anterior, hay que concluir —de la mano del principio de no contradicción—, que una interpretación no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias.

En segundo lugar y, en relación con esto último, esta vista fiscal estima que debe existir un criterio objetivo para definir cuál de las dos interpretaciones

es la adecuada y cuál no pues sencillamente es claro que las dos no pueden ser válidas simultáneamente. Para ello una primera posibilidad es la que hizo la Corte Constitucional de acuerdo con la cual, dado que el concepto de familia es sociológico, el cambio de realidad y de circunstancias ameritaría una interpretación distinta¹⁹.

Sin embargo, para esta jefatura esa aproximación, incluso a la luz del derecho viviente, encuentra serios reparos. Lo anterior, pues no se encuentra razón jurídica o función alguna que le permita a la Corte Constitucional sopesar la realidad y concluir que la misma ha sufrido un cambio²⁰ y un cambio tal que haga necesario cambiar el concepto de lo que la misma Constitución denomina, el “núcleo” y “la institución básica de la sociedad”²¹. Por el contrario, además de que esta labor escapa a la órbita competencial de un Tribunal Constitucional, se trata de una tarea bastante compleja sobre la cual existen diversidad de criterios, metodologías y opiniones²².

¹⁹ Sobre ese punto dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza): “Ya en esta providencia, y mediante argumentos que no viene el caso reproducir ahora, se ha hecho alusión a diversas clases de familia distintas de la heterosexual y monogámica y como resultado de ese análisis procede destacar la situación paradójica que se presenta cuando el alcance de un texto, como el contenido en el primer inciso del artículo 42 superior, se fija con base en una interpretación literal y la materia regulada es esencialmente variable, propensa a ser influida por circunstancias sociales cambiantes que se traducen en la rápida evolución de las percepciones, cuya incidencia se proyecta no solo en los grandes movimientos de las concepciones colectivas, sino también en la vida cotidiana de personas concretas”.

²⁰ Por mencionar un caso en el derecho comparado, en los Estados Unidos el profesor Bruce ACKERMAN señala que es posible la existencia de cambios formales a la Constitución por cuenta de cambios históricos palpables y objetivos (como la guerra civil norteamericana o el *New Deal* de Roosevelt) pero nunca se le ocurre afirmar que esa tarea tan compleja deba ser definida por la Corte Suprema de Justicia. Cfr. Bruce ACKERMAN, “Constitutional Politics/Constitutional Law” en *The Yale Law Journal* 99, 3 (diciembre de 1989) y “Transformative appointments”, en *Harvard Law Review* 101, 6 (abril 1988). Esto último pues, como bien lo anota WALDRON, desde la filosofía política, no existe ninguna razón que justifique que los cambios de paradigmas o valorativos que ocurren en las sociedades deban ser dilucidados por los Tribunales. Por el contrario, en sociedades plurales como la colombiana, esta constatación de cambios profundo en los valores sociales con una incidencia fundamental en el Derecho (como en este caso), debe adelantarse por vías más democráticas que una sentencia judicial. Cfr. Jeremy WALDRON, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, trad. De José Luis Martí y Águeda Quiroga, 2005.

²¹ Cfr. Artículos 5 y 42 constitucionales.

²² Otra posibilidad que seguramente la Corte Constitucional no aceptará (como tampoco lo hace esta jefatura), es simplemente decir que la “decisión mayoritaria de la Corte” sostenida hasta la fecha debe ser desechada simplemente porque cambió la mayoría de la corporación judicial.

Por lo tanto, para esta jefatura no existe aún ningún criterio relevante y objetivo que permita señalar que la interpretación original que se hizo del artículo 42 deba ser desechada. Por el contrario, si se observa con detalle, la heterosexualidad como nota característica de la familia, tal y como lo había prohijado la Corte hasta el 2011, sí encuentra asidero en dos elementos objetivos: el texto de la norma y la intención del constituyente de 1991. Y, como se dijo más atrás, así no se esté de acuerdo con la Constitución, según el artículo 4° es deber de todos los nacionales y extranjeros acatar su contenido (salvo por asuntos de conciencia) y, a lo sumo, proponer algún proyecto de reforma constitucional para modificar su contenido, pero una interpretación de un órgano constituido no puede atribuirle un sentido opuesto al que del texto constitucional directamente se deduce. Por el contrario, aceptar eso es admitir a una verdadera y paradójica sustitución de uno de los ejes axiales de la Constitución, cual es que el poder constituyente es el pueblo de Colombia (Preámbulo y artículo 3° Superior).

2.1.4. Una conclusión preliminar

De acuerdo con lo anterior, una perspectiva según la cual el artículo 42 puede tener cualquier interpretación —incluso lecturas opuestas como en este caso— ha llevado a que el texto constitucional pierda su centralidad y superioridad y, de contera, ha provocado también que las interpretaciones (incluso contratextuales) del juez asuman dicha posición. Esto ha llevado, a su turno, a confundir las normas de rango constitucional con las sentencias de la Corte Constitucional, como en efecto ocurre con la demanda bajo estudio.

En ese orden de ideas, a pesar de que el artículo 42 y la intención de los autores de la Constitución señalan claramente otra cosa, esta jefatura llama la atención sobre cómo el accionante estima que la nueva interpretación de la familia que se dio en la sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza) debe fungir como parámetro de

constitucionalidad y, como consecuencia de esto, diluir la cosa juzgada. Lo anterior, aun cuando también fue el mismo constituyente quien quiso que “[l]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control constitucional ha[gan] tránsito a cosa juzgada” y mantener este efecto “mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución” (art. 241 superior). Es decir, cuando fue el propio constituyente el que determinó el efecto de la cosa juzgada constitucional y lo circunscribió no al análisis o la interpretación del juez constitucional de turno, sino a las propias normas constitucionales.

De otra parte, como puede observarse, la argumentación de la demanda es relativamente similar a la que se ofrece cuando ha habido una reforma constitucional cual es que el artículo 42 cambió y ahora tiene un sentido opuesto al originalmente establecido. Y esto a pesar de que dicho cambio en el texto se habría dado por cuenta de una sentencia judicial y no de una reforma constitucional, como es debido. Y este cambio, en su opinión, es suficiente para que la Corte pueda estudiar nuevamente las normas acusadas, aun cuando ya las haya juzgado en el presente (lo que hecho podría decirse, de aceptarse esta tesis, sobre toda norma legal relativa a la institución familiar que con anterioridad a la Sentencia C-577 de 2011 hubiese sido objeto de control constitucional).

Esta conclusión, para el jefe del ministerio público es inaceptable la teoría de la que parte el actor porque la misma implica que entre la Constitución y las sentencias de la Corte no hay diferencia alguna²³, con lo cual esa

²³ Esto fue precisamente lo que dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-113 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía) en donde, como se recordará, se sostuvo que “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel”. Sin embargo, a pesar de la magnitud de esta frase, esta jefatura que en el presente escenario esa concepción tendría unas implicaciones más profundas, pues implicaría que las interpretaciones de la Corte no estarían al mismo nivel jerárquico de las normas constitucionales sino que, incluso, tendrían un rango supraconstitucional toda vez que materialmente, por la vía de una supuesta interpretación, podrían dejarse sin efecto disposiciones de la misma Constitución que, por lo tanto, dejarían de ser normas supremas. Y, a su vez, esas normas supraconstitucionales contenidas en sentencias, no tendrían ni podrían tener ningún control jurídicos efectivos. En efecto, ni siquiera la acción de tutela procedería en este caso, mientras que las nulidades de las sentencias de la Corte son eventos de muy rara producción. Paradójicamente, las reformas constitucionales, que sí son instrumentos adecuados para modificar la Constitución, sí tienen un rigurosísimo control de constitucional por parte de la Corte a partir de la teoría de

institución pasaría a ser una suerte de poder constituyente permanente que define día a día nuevos parámetros constitucionales que deben ser confrontados con las normas legales para medir su corrección. Lo que al mismo tiempo obliga a esta jefatura a precisar que es equivocada la apreciación del actor en el sentido de advertir que una “*nueva interpretación de la Constitución*” es criterio suficiente para dejar sin fundamento la cosa juzgada o el mismo texto superior. Y por consiguiente, esta jefatura le solicita respetuosamente a la Corte Constitucional que rectifique su postura y retorne al concepto auténticamente constitucional de familia.

3. Análisis constitucional

3.1. Sobre la cosa juzgada constitucional

Aunque aquí ya se hicieron algunas precisiones importantes al inicio de la presente intervención en relación al alcance que el demandante le da a la interpretación del artículo 42 Superior contenida en la sentencia C-577 de 2011, debe ahora indicarse que el análisis de la existencia o no de cosa juzgada constitucional debe darse de forma separada respecto de las expresiones demandadas del artículo 1° de la Ley 54 de 1990 y de las contenidas en los artículos 64, 66, 68 numerales 3 y 5 de la Ley 1098 de 2006, puesto que unas y otras tienen contenidos normativos distintos y han sido objeto de pronunciamientos de constitucionalidad diferentes.

Como se reseñó, el accionante presenta las razones por las cuales a su juicio el presente caso no se configura la cosa juzgada, circunscribiendo su análisis únicamente a las sentencias C-802 de 2009 (en donde la Corte se inhibió de hacer un pronunciamiento de fondo en relación con la

los vicios de competencia creada en la sentencia C-551 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre L.). En resumen, las llaves de la Constitución, en cualquier escenario, quedarían en manos de cinco magistrados de la Corte Constitucional, pues mientras una interpretación suya de una norma constitucional incluso podría convertirse en una barrera infranqueable para el poder constituyente (por vía de la teoría de la sustitución de la Constitución), esa misma interpretación podría cambiarse por parte de la Corte aduciendo un simple cambio del “*estado de cosas*”.

constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 1 de la Ley 54 de 1990) y C-814 de 2001 (en donde se declaró la exequibilidad de algunos apartados de los artículos 89 y 90 del Código del Menor).

Sin embargo, esta jefatura destaca como dentro de las consideraciones de la demanda se dejó por fuera la sentencia C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la cual sí configura sobre la norma demandada el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, razón por la cual pedirá a la Corte que declare estarse a lo resuelto en la misma con relación con los cargos formulados contra el artículo 1° de la Ley 54 de 1990.

Lo anterior, toda vez que en la referida sentencia C-075 de 2007 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, bajo la condición de que se entendiera que el régimen de protección patrimonial allí contenido también debía aplicarse a las parejas homosexuales o conformadas por personas del mismo sexo. Así, sí existe cosa juzgada constitucional absoluta sobre este asunto en la medida en que tanto en la demanda que dio lugar a esa sentencia como en la demanda bajo examen se censuró la misma norma (Ley 54 de 1990, artículo 1°, expresiones “*hombre y mujer*”) y bajo idénticos cargos de inconstitucionalidad (la exclusión de las parejas homosexuales de su ámbito de protección).

En síntesis, se tiene que la Corte Constitucional ya extendió la protección contenida en la Ley 54 de 1990 a las parejas entre personas del mismo sexo (mediante la sentencia C-075-2007) y que, por ende, no podría en un proceso de inconstitucionalidad iniciado contra algunas de las expresiones del artículo 1° de la citada ley sostener que las parejas homosexuales constituyen familia, por la simple razón de que la definición de familia no hace parte del objeto de dicha regulación.

En este mismo sentido, en esta ocasión resulta oportuno insistir en que la jurisprudencia constitucional ha ampliado el régimen patrimonial de las

uniones maritales de hecho a las parejas homosexuales pero ha equiparado estas uniones.

Así, no puede perderse de vista que la Corte Constitucional, en la citada sentencia C-075 de 2007, si bien extendió el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho previsto en la Ley 54 de 1990 (modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005) a las parejas homosexuales, y ésta posición e fue reiterada en la sentencia C-577 de 2011, dicha extensión se predica únicamente del régimen patrimonial que se evidencia en la prolongación de *“prestaciones, beneficios o cargas antes asignados a las parejas heterosexuales y, particularmente, a los miembros de las uniones maritales de hecho”*²⁴.

A manera de ejemplo, a partir de la jurisprudencia constitucional se tiene que a las parejas homosexuales concretamente les resulta aplicable lo pertinente a las uniones maritales de hecho respecto de: (i) la pensión de sobrevivientes; (ii) los derechos y deberes de alimentos²⁵; (iii) la pensión de sobrevivientes en el régimen aplicable a la Fuerza Pública y en régimen ordinario²⁶; (iv) la aplicación del principio de no autoincriminación en la justicia penal ordinaria, penal militar y derecho disciplinario²⁷; (v) la

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-577-2011, M.P. Eduardo Mendoza Martelo

²⁵ Sobre este mismo punto también mediante Sentencia C-798-2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 1181 de 2007 (por medio de la cual se modificó el artículo 233 de la Ley 599 de 2000) referente al delito de inasistencia alimentaria, en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

²⁶ Cfr. Sentencia C-336-2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta sentencia se declaró exequible condicionadamente el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

²⁷ Cfr. Sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta sentencia se pronunció sobre la constitucionalidad de diferentes normas relativas a los compañeros permanentes, condicionando su exequibilidad a que sean extendidas a las parejas homosexuales, dentro de dichas normas están los artículos 11 de la Ley 258 de 1996 (afectación a vivienda familiar), y 411.1 del Código Civil se extienden a las parejas homosexuales que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y sus normas modificatorias, así como los artículos 3 de la Ley 923 de 2004 y 24 del Decreto 1795 de 2000 que versan sobre la pensión de sobrevivientes y sistema de salud en la Fuerza Pública.

Concepto

cobertura del sistema general de seguridad social en salud²⁸; y (vi) la porción conyugal²⁹.

Así las cosas, aunque algunas de las normas jurídicas que regulan las uniones maritales de hecho se han extendido a las parejas homosexuales en ninguna oportunidad éstas han sido equiparadas a aquellas en la jurisprudencia constitucional, pues de lo contrario incluso estas extensiones carecerían de sentido, en tanto que siempre se estaría hablando de una única realidad o institución jurídica. Este punto incluso se reconoce y reitera en la sentencia C-577-2011 en la que expresamente se afirmó lo siguiente:

“En cuanto hace a los efectos patrimoniales ya se ha señalado en esta providencia que la protección que en los eventos concretos analizados por la Corte se le ha brindado a la pareja homosexual desde la expedición de la Sentencia C-075 de 2007 tiene un marcado sesgo económico, evidenciado en la extensión de prestaciones, beneficios o cargas antes asignados a las parejas heterosexuales y, particularmente, a los miembros de las uniones maritales de hecho y que la propia Corte ha enfatizado que el déficit de protección y la urgencia de proteger el derecho a la igualdad tenía en esos casos un contenido eminentemente patrimonial.

En ese contexto, los efectos de orden personal que tienen que ver con ciertos derechos y obligaciones surgidos entre los integrantes de la pareja no fueron objeto principal de la discusión o resultaron soslayados en la argumentación de las respectivas sentencias”.

De conformidad con la anterior, esta jefatura reitera que las parejas heterosexuales y homosexuales no pueden ser equiparadas jurídicamente porque se trata de realidades distintas que el constituyente y el legislador así han considerado, al regular únicamente lo relativo a las primeras, mientras que la Corte Constitucional también ha reconocido esta distinción en su jurisprudencia afirmando en diversas ocasiones que “*en la medida en*

²⁸ Cfr. Sentencia C-811-2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta sentencia la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo.

²⁹ Cfr. Sentencia C-283-2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Mediante esta decisión la Corte declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 1016-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo.

*que existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras*³⁰.

Finalmente, debe señalarse que no podría aceptarse como argumento para desvirtuar la cosa juzgada constitucional que la acción de inconstitucionalidad que *sub examine* presenta un nuevo cargo que no había sido analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007, cual es que la Ley 54 de 1990 no reconoce el estatus de familia a las parejas homosexuales, puesto que lo cierto es que la concepción de familia no está contenida en las normas demandadas, lo que significa que esa interpretación supondría darle a las disposiciones censuradas un alcance que no tienen, caso en el cual el cargo carecería de certeza y pertinencia y, por ende, la Corte debería declararse inhibida³¹.

Ahora bien, respecto de las expresiones censuradas de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006, esa jefatura considera que no existe cosa juzgada constitucional en tanto que las sentencias de constitucionalidad que se han proferido sobre esas normas (i) no coinciden en las expresiones atacadas³² o (ii) han sido inhibitorias³³. Más no porque entienda que haya cambiado el parámetro de constitucionalidad a partir de la sentencia C-577 de 2011, como equivocadamente lo sostiene el accionante.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-029-2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Posición reiterada en C-577-2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³¹ Esta tesis también es defendida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en la intervención presentada dentro de este proceso, quien sostiene que *“en el presente caso, no existe concordancia entre el texto de las normas demandadas y las acusaciones contra ellas formuladas, de lo cual se deriva su ineptitud sustancial”*.

³² En la sentencia C-477-1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 89 (salvo el inciso 2), 91 y 95 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) que regulaban la adopción conjunta (como también lo hacen las normas que ahora son censuradas), en el entendido que dichas normas también son aplicables a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de pareja. Por su parte en la sentencia C-403-2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), fue una decisión inhibitoria respecto de los cargos formulados contra el inciso 5 del artículo 60 de la Ley 1098 de 2006 relativo a la adopción por consentimiento del que está por nacer.

³³ En la sentencia C-802-2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte Constitucional se declaró inhibida para pronunciarse de fondo respecto de las expresiones demandadas de los artículos 68 de la Ley 1098 de 2006 y 1° de la Ley 54 de 1990.

3.2. Las normas acusadas son respetuosas del contenido del preámbulo y del artículo 1° de la Constitución Política

El accionante sostiene que las normas acusadas vulneran la dignidad humana en las tres dimensiones que le han sido atribuidas por la Corte Constitucional. En cuanto a *vivir bien*, afirma que las mismas “*impiden que las parejas homosexuales sean reconocidas como familias y que hagan parte de la sociedad tal cual ocurre con las familias heterosexuales*” y que por ello desconocen la protección al mínimo vital, entendido como un derecho autónomo derivado de esta dimensión de la dignidad humana.

Al respecto esta vista fiscal considera que debe precisarse que el accionante está dando al mínimo vital un alcance que no tiene, pues contrario a lo que se aduce en la demanda, el mismo no abarca las condiciones espirituales de subsistencia digna. En efecto, si bien la jurisprudencia constitucional ha insistido en que este derecho no debe valorarse solamente desde una perspectiva cuantitativa sino también cualitativa, con ello no está diciendo que el mismo incluya aspectos espirituales sino que “*su posible violación se mide conforme con las condiciones personales de cada [persona] y el nivel de vida adquirido por ést[a]*”³⁴.

De otra parte, se advierte que el ciudadano pretende utilizar como un “nuevo parámetro de constitucionalidad” para sustentar su cargo elementos doctrinales y no constitucionales³⁵, lo cual es improcedente.

Ahora bien, el actor sostiene que las normas acusadas también son a la dignidad humana en su dimensión de vivir como se quiere, señalando que advierte que las parejas homosexuales “*por un lado no tienen protección legal alguna y por el otro por la intromisión legal a sus proyectos de vida, ya*

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-431-2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Esta posición también ha sido defendida en otras muchas sentencias, como es el caso de la Sentencia T-184-2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), la Sentencia T-581A-2011 (M.P. Mauricio González Cuervo) y la Sentencia T-338-2011 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

³⁵ En este caso se acude al documento titulado “Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad”, de la Universidad de los Andes y Colombia Diversa, 2008.

que no pueden erigirse bajo su plan de vida, de ser percibidos como familia y hacer parte de ella”.

Así, se tiene que en este segundo reproche el ciudadano parte de la idea que las normas demandadas definen lo que se entiende por familia y considera que, al no incluir a las parejas del mismo sexo, esa definición quebranta su dignidad humana. Sin embargo, para esta vista fiscal es evidente que tal consideración precisamente parte de una premisa falsa, puesto que las normas censuradas no tienen como contenido ni finalidad determinar el concepto de familia, asunto del que, por el contrario, se ocupó directamente el Constituyente en el artículo 42 constitucional y posteriormente el legislador se limitó a reproducir esta norma constitucional en el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 y artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, como bien lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 2011.

Finalmente, el actor afirma en su demanda que *“al no reconocer jurídicamente la comunidad de vida de las parejas del mismo sexo se [les] impide de tal forma proyectarse socialmente y de tal suerte se les sujeta a vivir con humillaciones”*. Pero como es evidente, esto significa que lo que en realidad molesta al accionante es que las uniones homosexuales no sean socialmente reconocidas como familia, por lo que nuevamente debe insistirse en que las normas acusadas nada tienen que ver en la definición del concepto de familia ni mucho menos con lo que socialmente se entiende por ella. Además, llama la atención de esta jefatura que en la demanda, aunque por un lado se afirma que jurídicamente las parejas del mismo sexo deben ser tenidas como familia porque ello responde a un fenómeno reconocido socialmente, por el otro se sostiene que las personas homosexuales son humilladas porque socialmente no son percibidas como tal. Para esta jefatura estas dos proposiciones son simplemente opuestas e incompatibles.

De otra parte, el actor alega una presunta violación del preámbulo de la Constitución Política por el supuesto desconocimiento del principio del pluralismo, sosteniendo que *“la normatividad que regula la adopción conjunta por el conyuge (sic) o por los compañeros permanentes demanda en su (sic) inconstitucionalidad viola el principio del pluralismo cultural, al establecer solamente como familia a la conformada por un hombre y una mujer o a un conyuge (sic) o compañera permanente, contrariando la pluralidad cultural de la familia, dentro de ellas las creadas por vínculos naturales o jurídicos establecida por la nueva interpretación del art. 42 de la CN desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional”*.

Sin embargo, sobre el particular nuevamente se insiste en que el concepto de familia está contenido en el artículo 42 constitucional y no en las normas del Código de Infancia y Adolescencia demandadas, en la cuales, si bien se regula lo pertinente a la adopción conjunta, en lo que tiene que ver con el concepto de familia y, más exactamente, con quiénes son cónyuges o compañeros permanentes, las mismas únicamente hacen una remisión tácita a esa norma constitucional, al artículo 113 del Código Civil y a la Ley 50 de 1990, respectivamente.

En síntesis, el jefe del ministerio público no ve cómo las normas acusadas del Código de Infancia y Adolescencia podrían ser contrarias al preámbulo constitucional y al artículo 1 Superior por las razones que el ciudadano presentó en la demanda. Y en cuanto al artículo 1° (parcial) de la Ley 50 de 1990, recuerda que sobre el particular ya se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-075 de 2007, en donde se extendió el régimen de protección patrimonial de las uniones maritales de hecho a las parejas homosexuales, más no se dijo que éstas también constituyeran tal institución jurídica.

Finalmente, y aunque esto se explicará con más detalle en el acápite destinado al análisis constitucional del cargo por la presunta violación del artículo 13 Superior (derecho a la igualdad), debe decirse que si bien es

cierto que, sin desconocer que el concepto de familia fue definido por el Constituyente en el artículo 42 constitucional, en la Sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional efectivamente optó por una concepción sociológica de lo que constituye familia, ello en todo caso no implica ni obliga a que se puedan equiparar las instituciones jurídicas establecidos por el legislador para las uniones heterosexuales —como el matrimonio y la unión marital de hecho— a las parejas del mismo sexo, dado que evidentemente se está ante realidades sustancialmente distintas que ameritan un tratamiento jurídico diferente. Y que tener presente y respetar esta distinción, como lo exige la justicia, de ninguna manera puede considerarse como contrario al carácter pluralista³⁶ del Estado colombiano.

3.3. Las normas demandadas no conllevan un trato discriminatorio y, por tanto, no desconocen el artículo 13 constitucional ni el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Como se explicaba, el accionante sostiene que las expresiones demandadas desconocen el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 13 superior y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por cuanto, a su juicio, éstas comportan un tratamiento discriminatorio en tanto que utilizan como criterio de distinción la orientación sexual de las personas.

En efecto, tanto el artículo 13 constitucional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26), incluyen la categoría “sexo”³⁷

³⁶ Con relación a esto sea pertinente reiterar que ese principio de pluralismo que reconoce el Estado colombiano no implica que toda postura o posición moral sea constitucionalmente permitida, puesto que, en todo caso, toda postura constitucionalmente admisible debe ser respetuosa de los valores y principios que fundamentan el ordenamiento constitucional, como son el reconocimiento de la dignidad humana y el carácter inviolable de la vida humana. En este sentido, es claro que bajo este principio constitucional de ninguna manera podrían cobijarse concepciones como las de Richard Dawkins, filósofo ateo que recientemente, a partir de su propia concepción utilitarista, concluía que lo más ético o moralmente adecuado es abortar a todos los bebés con síndrome down, por ejemplo. Sobre este punto puede verse el Concepto C-5804 del 28 de julio de 2014, de la Procuraduría General de la Nación con ocasión del proceso de inconstitucionalidad D-10243.

³⁷ Sea esta la oportunidad para poner de presente que, además, la palabra *sexo* es la adecuada en el idioma castellano para referirse a personas, pues como lo señala la Real Academia de la Lengua Española en el Diccionario Panhispánico de Dudas: “[p]or tanto, las palabras tienen género (y no sexo), mientras que los

dentro de aquellas categorías en las que no puede basarse una distinción entre personas con el fin de obstaculizar el ejercicio de sus derechos. Y, según el el accionante, estas disposiciones deben ser interpretadas en el sentido en que ellas incluyen también a la orientación sexual como un criterio sospechoso, lo que fundamenta en distintas tesis doctrinales³⁸ en las que, a su vez, se hace una remisión a un pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos, olvidando, advierte esta jefatura, que ambos criterios no tienen fuerza normativa ni mucho menos sirven de parámetro de constitucionalidad.

En el mismo sentido, si bien es cierto que en algunas de sus decisiones de tutela la Corte Constitucional ha tratado la orientación sexual como un criterio sospechoso, esto no permite concluir, en concepto de esta jefatura, que cualquier distinción entre las parejas heterosexuales y homosexuales es discriminatoria, puesto que, se reitera, al mismo tiempo la misma corporación ha reconocido que existen diferencias intrínsecas entre las parejas heterosexuales y las homosexuales que justifican un trato diferente legítimo.

Así, debe insistir en el hecho de que incluso en la sentencia C-577 de 2011 la Corte nuevamente reconoció esta realidad, al considerar que las parejas homosexuales no encajan en la regulación que el legislador ha establecido para las parejas heterosexuales y, que justamente por ello, en su concepto existe un déficit normativo que le corresponde al Congreso de la República suplir mediante la expedición de una legislación integral y sistemática que

seres vivos tienen sexo (y no género) [...Y por tanto] Es inadmisibile, sin embargo, el empleo de la palabra género sin este sentido técnico preciso, como mero sinónimo de sexo, según se ve en los ejemplos siguientes: «El sistema justo sería aquel que no asigna premios ni castigos en razón de criterios moralmente irrelevantes (la raza, la clase social, el género de cada persona)» (Pais [Esp.] 28.11.02); «Los mandos medios de las compañías suelen ver como sus propios ingresos dependen en gran medida de la diversidad étnica y de género que se da en su plantilla» (Mundo [Esp.] 15.1.95); en ambos casos debió decirse sexo, y no género. Para las expresiones discriminación de género y violencia de género existen alternativas como discriminación o violencia por razón de sexo, discriminación o violencia contra las mujeres, violencia doméstica, violencia de pareja o similares». Recuperado el 20 de agosto de 2014 en: <http://lema.rae.es/dpd/?key=g%C3%A9nero>

³⁸ Concretamente en documento “Orientación sexual e identidad de género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesionales No. 4”, de la Comisión Internacional de Juristas, 2009.

responda adecuadamente a las características propias y particulares de las parejas de personas del mismo sexo.

Así, para esta vista fiscal es claro que no por el hecho de que la Corte Constitucional haya sostenido (en la sentencia C-577 de 2011) que las parejas homosexuales pueden conformar una familia, es posible concluir que ésta las haya equiparado a las parejas heterosexuales. Y hacerlo equivaldría a considerar que todo tipo de familia debe recibir el mismo tratamiento jurídico que las parejas heterosexuales, lo que llegaría al absurdo, por ejemplo, a afirmar que las familias monoparentales pueden contraer matrimonio, o que los miembros de la familia de crianza tienen y deban tener idénticas relaciones (y, por tanto, derechos y deberes) a las que tienen las personas a las que las unen vínculos naturales o de sangre, como es el caso de los padres respecto de los hijos.

Por otra parte, el demandante, al plantear los argumentos por los que considera vulnerado el artículo 13 superior, sostiene que pese a los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, *“jamás se les ha otorgado [a las parejas homosexuales] el estatus de familia, negándoles la oportunidad de tener los mismos derechos derivados del contrato del matrimonio, o (sic) al no ser reconocidos como familia”*. Sin embargo, para esta vista fiscal este cargo no cumple con el requisito de pertinencia, dado que parte de una valoración únicamente parcial de la norma, así como de apreciaciones subjetivas del accionante, y no directamente del texto de las normas acusadas.

En efecto, las disposiciones censuradas no regulan ni la institución de la familia ni el contrato de matrimonio, los cuales se rigen por el artículo 42 Superior y el artículo 113 del Código Civil, norma sobre la cual ya se pronunció la Corte Constitucional justamente en la tantas veces citada sentencia C-577 de 2011, en donde en su momento señaló que es competencia del Congreso de la República (y no de la Corte) legislar sobre las uniones homosexuales. Se concluye, entonces, que lo que pretende el

accionante es lograr un pronunciamiento sobre matrimonio y familia de cara a las parejas del mismo sexo, atacando normas legales impertinentes.

Ahora bien, también afirma el actor que las normas acusadas son discriminatorias en tanto que, en su opinión, niegan a las parejas homosexuales el “derecho” a adoptar, que, por el contrario, cree que sí es reconocido en favor de las parejas heterosexuales.

Sin embargo, lo primero que el jefe del ministerio público considera que habría que decir al respecto es que, como acertadamente lo manifiesta el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su intervención dentro del presente proceso, la adopción no es un derecho del futuro o eventual adoptante sino una medida de protección en favor de los niños. Por lo tanto, además de que no se trata de situaciones asimilables como se explicó atrás, es claro que de ninguna forma las normas sobre adopción le están negando a las parejas del mismo sexo un derecho que sí se les garantiza a las uniones heterosexuales, en tanto que este derecho simplemente no existe.

Ahora bien, cualquier persona que esté interesada en adoptar debe cumplir con los requisitos exigidos por la ley (artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia), esto es, (i) ser capaz, (ii) haber cumplido 25 años, (iii) ser al menos 15 años mayor que el adoptable, y (iv) tener la idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente, y así poder garantizar la protección del interés superior del menor. Y, como salta a la vista, ninguna de estas condiciones se refiere al sexo o a la orientación sexual de quien pretende adoptar, lo que es muy diferentes de las condiciones o el vínculo jurídico que se exige tener a las parejas que desean adoptar, o a los efectos que las condiciones personales o el estilo de vida de determinada persona pueda tener el cumplimiento de los requisitos listados.

3.4. Las normas demandadas no vulneran los artículos 42 y 44 constitucionales sino que, por el contrario, los desarrollan

En la demanda también se afirma que, a partir de la sentencia C-577 de 2011, se dio un cambio en la jurisprudencia de la Corte en relación con la manera en que debe ser interpretado el artículo 42 de la Constitución, y en concreto respecto a la jurisprudencia anterior de esa misma Corporación de acuerdo con la cual la *heterosexualidad* y la *monogamia* son elementos esenciales de la institución familiar. Así, del artículo 42 Superior se deducían —según la jurisprudencia anterior— dos maneras específicas de conformar una familia: el matrimonio (“*por la libre decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio*”) y la unión marital de hecho (“*por la voluntad responsable de conformarla*”). Mientras que, según el accionante, con la nueva interpretación del artículo 42 que se hizo en la sentencia C-577 de 2011, se produjo un cambio del precedente jurisprudencial respecto del concepto de familia.

Este cambio del precedente, como el actor indica y como efectivamente también es posible deducir de la misma Sentencia C-577 de 2011, se hizo necesario para “ajustar” la cláusula constitucional a la nueva realidad social, al principio del pluralismo (artículo 1° de la Constitución) y a la diversidad cultural de la Nación (artículo 7 de la Constitución), según los cuales es inviable “*un concepto único y excluyente de familia*”, con lo cual —no sobra advertirlo— el parámetro utilizado por la Corte para juzgar, esto es el artículo 42 superior, supera la competencia que la misma Constitución le otorgó a la Corte Constitucional en su tarea de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Así, según esta nueva interpretación de la cláusula constitucional que se recoge en la demanda, ni la *heterosexualidad* ni la *consanguinidad* —y ni siquiera la *monogamia*—son elementos esenciales de la noción constitucional de familia, pues de ser así, según sostiene la Corte, quedarían sin protección constitucional aquellas que surgen de la adopción

y de la crianza, así como las familias monoparentales y las ensambladas que, en apariencia, no tienen origen en ninguno de los citados elementos.

En este sentido, a partir de la citada sentencia la noción constitucional de familia cambio de tal manera que ahora debe entenderse por tal la *“comunidad de vida basada en el afecto y que, por ejemplo, comporte el propósito de mantener la convivencia mutua, de proporcionarse acompañamiento y ayuda recíprocos o de asumir en común las responsabilidades que atañen a la pareja y a su entorno compartido”*³⁹. En efecto, es la comunidad de vida con vocación de permanencia basada en los lazos de afecto, en el respeto mutuo y la solidaridad los rasgos que, en el entendido de la Corte, definen esencialmente a la institución familiar. Por lo que nada obsta —concluye la Corte a partir de estas consideraciones— para que los mencionados elementos esenciales del concepto de familia puedan darse también en las uniones conformadas por personas del mismo sexo y, por tanto, éstas pueden (i) ser consideradas familia, y (ii) merecer la protección constitucional.

Partiendo de estas premisas, entonces, es que el accionante considera la normatividad *“vulnera este nuevo concepto de familia al regular solamente las uniones maritales, y las adopciones conjuntas para los cónyuges o compañeros permanentes heterosexuales, desconociendo que las parejas homosexuales también deberían ostentar estos derechos como cónyuges o compañeros permanentes”*.

Para esta jefatura, sin embargo, no es cierto —como quiere hacer ver el accionante en la demanda— que la nueva interpretación del artículo 42 constitucional que hizo la Corte en la citada sentencia, suponga una equiparación total de los dos supuestos, es decir, de la familia que tiene su origen en el matrimonio y la que —según esta última sentencia— surge por la mera voluntad responsable de conformarla que pudieran tener dos

³⁹ Sentencia C- 577 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

personas del mismo sexo. Por el contrario, se reitera una vez más, *“con base en el marco constitucional vigente, la Corte ha señalado que existen elementos presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos, además de la obvia diferencia de su composición”*⁴⁰ y, por esa razón, en concepto de esta vista fiscal no existe un mandato derivado de la Constitución (ni de la sentencia C-577 de 2011) que obligue a darles a ambas situaciones o realidades fácticas el mismo tratamiento jurídico, *“ya que a causa de la no semejanza de los supuestos es improcedente la analogía total”*.

Por esta razón, es claro que no se hace inmediatamente aplicable a las uniones conformadas por personas del mismo sexo el régimen de la adopción vigente contenido en las normas demandadas, y mucho menos puede la Corte Constitucional hacer esta aplicación o analogía extensiva a éstas parejas, en tanto que ello, si acaso, sería propio de la órbita de configuración del legislador, en atención a su función constitucional y al principio democrático. De hecho, no de otra forma podrían entenderse las distintas exhortaciones para legislar sobre esta materia que le ha hecho la Corte al Congreso e incluso la orden quinta de la misma Sentencia C-577 de 2011.

De otra parte, y como ya se mostró, el trato diferenciado en este caso no constituye una vulneración del derecho a la igualdad, puesto que los supuestos de aplicación de las normas demandadas son distintos, de donde deviene que no existe un imperativo constitucional de darles el mismo trato, y ello, no por un capricho del legislador, sino porque dicha distinción en los supuestos de aplicación está establecida en la misma Constitución, tal y como lo ha señalado la Corte en reiteradas oportunidades.

⁴⁰ Ibid.

En este sentido, en concepto del jefe del ministerio público es un error querer dar a la sentencia C-577 de 2011 un alcance que no tiene, y que la misma Corte no quiso darle —pues en esa sentencia expresamente se excluyó del debate constitucional la discusión sobre la adopción por parte de familias conformadas por personas del mismo sexo, aun cuando así lo pretendieron los entonces accionantes y algunos intervinientes— haciendo decir a esta sentencia lo que la misma claramente no quiso decir.

Por todas estas razones, esta jefatura considera que las normas demandadas no contradicen el derecho constitucional que, según la Corte Constitucional, tienen las personas del mismo sexo de conformar una familia. Y aunque en la sentencia C-577 de 2011 se haya dado una sustitución del concepto constitucional de familia, ello en todo caso no generó o genera una equiparación absoluta de los supuestos de hecho de aplicación de las normas demandadas pues allí en todo caso se reconoció *“que existen elementos presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos”*. Reconocimiento que, en sana lógica, impide hacer inmediatamente aplicable el régimen de adopción establecido para las uniones heterosexuales a las uniones de personas del mismo sexo, pues para ello en todo caso harían falta argumentos adicionales que, en todo caso, serían argumentos de conveniencia y no propiamente constitucionales, que, se reitera, escapan a la órbita de la competencia establecida por el Constituyente para la Corte Constitucional y, por el contrario, son propios de la discusión democrática que corresponde al Congreso, sin perjuicio del control constitucional que eventualmente corresponda a lo que allí se decida.

Finalmente, con relación a la acusación que se hace sobre las expresiones demandadas del Código de Infancia y Adolescencia, el jefe del ministerio público considera que la argumentación que ofrece el accionante es, por decir lo menos, precaria.

No obstante, al respecto en todo caso debe insistirse, como también lo hace el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, en que la adopción es siempre una medida de protección de los niños y, por lo tanto, las normas que ha expedido el legislador y los requisitos que allí se han establecido con miras a asegurar el desarrollo integral de ellos no puede hacerse más laxas o desvirtuarse bajo el solo pretexto de buscar ofrecer una protección a los presuntos derechos de los posibles adoptantes, como erróneamente pretende el actor.

Debe advertirse que el actor no ofrece argumentos que permitan generar si quiera una duda sobre la inconstitucionalidad de las normas que regulan la adopción, carga que debe satisfacerse si se pretende eliminar del ordenamiento jurídico una medida que está directamente encaminada a proteger los derechos fundamentales de los niños en situación de adoptabilidad (y, por tanto, de especial indefensión) y que, además, ha demostrado ser efectiva para cumplir el fin constitucional imperioso de proteger prevalentemente sus derechos.

Por otra parte, debe advertirse a la Corte que el argumento presentado por el accionante según el cual como garantía del interés superior del menor debe permitirse sin ningún tipo de restricción la adopción por parte de parejas del mismo sexo, es falaz. Lo anterior por cuanto, existiendo ya unos estándares legales que regulan la adopción como una medida de protección de los niños, no puede pretenderse que la solución a las falencias del sistema sobre la materia sea bajar los estándares ya establecidos, pues lo que debería hacer el Estado es trabajar en el fortalecimiento de los procedimientos de adopción, asegurando siempre el interés superior del menor, esto es, poder estar en un entorno adecuado para su completo desarrollo.

Adicionalmente a las consideraciones hechas hasta ahora por esta vista fiscal, es necesario señalar que la procreación trae consigo una serie de derechos y obligaciones que surgen del hecho biológico de la filiación. Esta

relación surge de manera natural entre los progenitores y el hijo y está ordenada a la satisfacción del interés, en todos los ámbitos, del hijo procreado. Ahora, en ocasiones se dan situaciones en las que ese vínculo filial natural ya no existe, como por ejemplo por el abandono o la muerte de los padres, convirtiendo al niño en huérfano. En esos casos, el Derecho, inspirándose en la relación biológica paterno/materno-filial crea relaciones de filiación que se constituyen por imperio de la ley. La adopción es, de esta manera una medida de protección al menor expósito que “permite emular aquella relación [la filiación natural] a su semejanza, para así lograr aquellos fines y garantizar el interés superior del niño”⁴¹, fin último y derecho que se pretende proteger a través de la institución jurídica de la adopción. Así las cosas, no es posible crear un vínculo jurídico “semejante al que existiera entre dos homosexuales y su descendencia biológica, porque dos homosexuales no pueden tener descendencia biológica”⁴². En conclusión, la adopción, para constituirse en una verdadera medida de protección del niño, que garantice su derecho a tener una familia –no en cualquier condición, sino en condiciones favorables a su adecuado desarrollo– debe asemejarse lo más posible a la relación filial biológica, pues solo así se podrá garantizar la satisfacción del interés superior del niño.

Finalmente, Este despacho ha tenido la oportunidad de presentar ante la Corte Constitucional⁴³ una muestra de los abundantes estudios científicos respecto de los efectos que puede tener para los niños el ser adoptado por parejas o personas homosexuales, no obstante ante el hecho de la existencia de una división en las opiniones científicas sobre este punto, debe insistirse en que el principio del interés superior del niño exige que dadas estas circunstancias: (i) no puedan realizarse experimentos de

⁴¹ “Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo”, Informe de estudios científicos y jurídicos y experiencia en otros países, Buenos Aires, Junio de 2010, p. 88.

⁴² Consejo General del Poder Judicial de España, *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, 2005, p. 31.

⁴³ Procuraduría General de la Nación, Oficio No. 00768 del 29 de noviembre de 2013, presentado dentro del expediente T-2.597.191.

ingeniería social con los niños en situación de vulnerabilidad que son sujetos de especial protección para satisfacer los intereses y exigencias subjetivas de quienes pretenden adoptar, pues un mero deseo no se traduce en un derecho y; (ii) en caso de duda, ésta debe ser resuelta a favor del niño en aplicación del principio *pro infans*, que ha sido acogido por el ordenamiento jurídico colombiano y cuya importancia ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional como un “instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales tensiones, debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”⁴⁴.

Para terminar y de manera ilustrativa, a continuación se presenta un breve recuento de los pronunciamientos más importantes del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre la materia.

3.5. Breve acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el trato diferenciado entre parejas heterosexuales y homosexuales

Aunque las decisiones de Tribunales Internacionales de Derechos Humanos no constituyan parámetro de constitucionalidad, el ministerio público encuentra relevante efectuar algunas referencias sobre casos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tratado el tema de la igualdad de las parejas conformadas por personas del mismo sexo y las configuradas por personas de sexos distintos, y sobre la adopción por parte de aquéllas, con el ánimo de enriquecer la discusión.

En el caso *HÄMÄLÄINEN* contra *FINLANDANDIA*, fallado el 16 de julio de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dilucidó sobre *la*

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-177-2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Esta posición ha sido reiterada de forma constante, por ejemplo: T-593-2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-078-2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-117-2013, M. P. Alexei Julio Estrada.

posibilidad de establecer regímenes diferenciados para las parejas homosexuales y las heterosexuales, señalando que resultaba adecuado a su convención de derechos humanos exigir que las personas tuvieran que ajustarse a los regímenes diferenciados y que el sólo trato diferente a parejas conformadas por personas del mismo sexo y parejas de sexos opuestos, no es discriminatorio⁴⁵.

En efecto, Hämäläinen, ciudadano finlandés, casado con una mujer, se efectuó una operación de cambio de sexo y, en razón de lo anterior, deseaba modificar sus documentos de identidad para figurar en ellos también como mujer. Al respecto, a pesar que la legislación finlandesa permite efectuar el cambio de número de identidad con ocasión de la reasignación de sexo, ésta se encuentra condicionada a que la persona no esté casada, o de estarlo, a que transforme su matrimonio en una *unión registrada*⁴⁶, pues dicho ordenamiento jurídico, como también lo hace el colombiano, reserva la institución del matrimonio únicamente a las uniones heterosexuales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoció el caso y señaló que no implicaba una violación de los derechos a la igualdad y a la privacidad personal y familiar la referida exigencia, es decir, que esta persona debiera terminar su matrimonio por ser éste privativo para las parejas conformadas por personas de sexos contrarios.

El Tribunal señaló también que en que en Europa no existe un consenso sobre la posibilidad de permitir *matrimonio* entre personas del mismo sexo que por lo tanto, con la exigencia de deshacer el matrimonio y en su lugar declarar la existencia de una *unión registrada* no se está afectando la vida familiar de las personas involucradas y tampoco se está haciendo una exigencia arbitraria o desproporcionada⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso HÄMÄLÄINEN v. FINLAND, julio 16 de 2014 (Application no. 37359/09).

⁴⁶ Este es el vínculo jurídico previsto por la legislación finlandesa para las uniones del mismo sexo, distinta al matrimonio.

⁴⁷ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso HÄMÄLÄINEN v. FINLAND, julio 16 de 2014 (Application no. 37359/09).

Conforme lo anterior, puede evidenciarse que para ese Tribunal, y como también lo ha dicho la Corte Constitucional, no resulta violatorio de la igualdad que a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, y a las conformadas por personas de sexos distintos se les brinde un tratamiento diferente. Podría también concluirse que no hace parte de la esfera libertaria que las personas puedan elegir el régimen jurídico que les parezca más conveniente, sino que el Estado tiene la potestad de establecer los regímenes aplicables para uno y otro caso, y las personas tendrían la obligación de someterse a dichas diferencias, sin que esto implique una discriminación o una intromisión en la intimidad de las personas.

Por su parte, en el caso Frette vs. Francia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que este país no violó el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos al negar la autorización para adoptar solicitada por una persona homosexual soltera. En esta decisión el Tribunal también tuvo en cuenta que no existe consenso en los Estados respecto de la adopción por parte de personas no heterosexuales y que también la opinión científica está dividida en relación a los efectos que tiene sobre los niños al ser adoptados por uno o más padres homosexuales. También reconoció que las autoridades nacionales tienen un amplio margen de apreciación para regular este asunto de la forma que consideren mejor para la adecuada protección de los intereses de la sociedad en su conjunto. Finalmente, tuvo en cuenta que las autoridades francesas no solamente tuvieron en consideración el estilo de vida elegido por el solicitante sino también que los informes elaborados por los profesionales que hicieron la investigación previa a decidir si se otorgaba o no la autorización para adoptar evidenciaban la existencia de ciertos factores que permitían concluir que la adopción en ese caso no estaba acorde con la protección del interés superior del niño. Puntualmente se hizo referencia al hecho de que el peticionario no había previsto las consecuencias prácticas que conlleva el

hecho de tener un hijo y que tampoco existía un rol femenino permanente para el niño⁴⁸.

Si bien en el caso anterior el Tribunal refiere que la sola condición de homosexual del adoptante no era suficiente para denegarla, sí se evidencia que la corporación refiere al amplio margen de configuración de los países para decidir sobre la adopción homosexual, por no existir consenso al respecto en los Estados miembros, por la necesidad de una figura paterna y materna en el vínculo adoptivo, y por evidenciarse una fuerte discrepancia en los estudios científicos que han abordado el tema:

“Es preciso señalar que la comunidad científica - en particular, los expertos en la infancia, los psiquiatras y psicólogos - está dividido sobre las posibles consecuencias de un niño que es adoptado por uno o más padres homosexuales, sobre todo teniendo en cuenta el limitado número de estudios científicos realizados sobre el tema hasta la fecha. Además, hay grandes diferencias en la opinión nacional e internacional, por no mencionar el hecho de que no hay suficientes niños para adoptar para satisfacer la demanda. Siendo esto así, las autoridades nacionales, y en particular el Consejo de Estado, que basó su decisión, entre otras cosas, sobre las observaciones y medidas detalladas del Delegado del Gobierno, fueron legítimamente y razonablemente derecho a considerar que el derecho a poder adoptar en el que la demandante invocó el artículo 343-1 del Código Civil se vio limitado por los intereses de los niños elegibles para su aprobación, a pesar de las aspiraciones legítimas de la demandante y sin llamar a sus elecciones personales en cuestión. Si se tiene en cuenta el amplio margen de apreciación que se deja a los Estados en este ámbito y la necesidad de proteger a los niños el interés superior de lograr el equilibrio deseado, la negativa a autorizar la adopción no viola el principio de proporcionalidad”⁴⁹.

En tal sentido, a pesar que en este caso la orientación sexual no resulta el único criterio para denegar la adopción, sí lo fue de manera relevante.

De otro lado, en el caso Gas y Debois contra el Estado Francés, refiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que las señoras Valerie Gas y Natalie Dubois eran una pareja de dos mujeres homosexuales que iniciaron

⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, FRETTE v. Francia, 26 de febrero de 2002, (Aplicación no. 36515/97).

⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, FRETTE v. Francia, 26 de febrero de 2002, (Aplicación no. 36515/97).

su convivencia en pareja desde 1989. En el año 2000, la señora Dubois se realizó un procedimiento de fecundación asistida con donante anónimo, fruto del cual fue madre biológica de una niña. Posteriormente, en abril de 2002 la pareja Gas Deboise decidió celebrar un Pacto Civil de Solidaridad (PACS), institución francesa mediante la cual las parejas del mismo sexo pueden constituir una unión familiar contractual. Posteriormente, en el año 2006, la señora Valerie solicitó la adopción simple de la hija biológica de su compañera. No obstante, los tribunales franceses negaron la solicitud porque la adopción simple, prevista en el artículo 365 del Código Civil Francés, únicamente estaba prevista para la adopción de los hijos biológicos de las parejas casadas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoció el caso y consideró que no violaba los derechos humanos la referida negativa, pues la denegación de la adopción no se fundamentaba en la orientación sexual de la pareja sino en la inexistencia de matrimonio. A renglón seguido, el Tribunal recordó que los Estados partes de la convención no tienen la obligación de permitir el matrimonio para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues existe un margen de apreciación para dar tratamiento diferenciado a las parejas conformadas por persona del mismo sexo y a las que son conformadas por personas de sexos diversos⁵⁰.

A pesar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que la diferencia estudiada no se basó en la orientación sexual, sino en el régimen jurídico que une a las parejas homosexuales y a las heterosexuales, en el fondo se advierte que tal diferencia sí se funda en la orientación sexual, pues sólo en razón de la conformación de una pareja heterosexual es posible acceder al matrimonio y, al contrario, una pareja conformada por personas del mismo sexo, no podrían casarse, y como consecuencia de ello, tampoco podrían adoptar en forma simple. En el mismo sentido resulta

⁵⁰ Cfr. Boletín de Prensa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ECHR 108 (2012) 15.03.2011
Diponible en:
<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Article%208/Gas%20and%20Dubois%20v.France.pdf>

relevante señalar que en esa sentencia resalta el amplio margen de apreciación legislativo reconocido por la Convención a los Estados Parte. Tan amplio es éste, que pueden llegar a tener impacto en la posibilidad de adoptar los hijos biológicos de sus parejas.

Finalmente, en el caso Asunto X y otros vs. Austria, el Tribunal Europeo conoció otra solicitud de adopción denegada a una pareja homosexual, en donde una de los dos miembros de la pareja quería adoptar a la hija biológica de su compañera. En tal oportunidad, la Corte accedió a la adopción en razón a que en Austria poseía una contradicción interna en su legislación por los siguiente:

“144. El Tribunal añadiría que la legislación austriaca parece carecer de coherencia. La adopción por una sola persona, incluyendo a un homosexual, es posible. Si él o ella tiene una pareja de hecho, este último ha de dar su consentimiento, de acuerdo con la modificación del apartado 2 del artículo 181.1 del Código Civil, que fue introducido junto con la Ley de Parejas de Hecho (véase, supra, ap. 40). El legislador acepta por tanto, que un niño pueda crecer en una familia basada en una pareja del mismo sexo, aceptando de por sí, que esto no es perjudicial para el niño. Sin embargo, la legislación austriaca insiste en que un niño no deba tener dos madres o dos padres”⁵¹.

Así es que las personas homosexuales podían adoptar solteras con consentimiento de su pareja, pero no podían hacerlo en pareja, lo que le pareció contradictorio al tribunal.

No obstante, en la sentencia el tribunal también es reiterativo en señalar que no se puede perder de vista la existencia de un margen de apreciación político, en razón a que la situación de las parejas conformadas por personas del mismo sexo y las que están conformadas por parejas de sexos diversos, son diferentes:

“105. La primera cuestión que debe abordarse es si los demandantes, esto es, la primera y tercera demandante, que conviven como una pareja homosexual y el hijo de la tercera demandante, se encuentran en una situación similar a la

⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Asunto X y otros c. Austria (Demanda no 19010/07), SENTENCIA, ESTRASBURGO, 19 de febrero de 2013.

de un matrimonio heterosexual, en donde uno de los cónyuges desea adoptar el hijo biológico del otro cónyuge.

106. El Tribunal ha respondido recientemente a esta cuestión de forma negativa en *Gas y Dubois*. El Tribunal considera oportuno reiterar y conformar las consideraciones que aquí son relevantes. Reitera en primer lugar, que el artículo 12 del Convenio no impone una obligación a los Estados contratantes de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio (véase, *Schalk y Kopf*, op. cit., ap. 54 a 64). Tampoco puede derivarse del artículo 14 en relación con el artículo 8 de Convenio, el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo (ibid., ap. 101). Cuando un Estado decide proporcionar a las parejas del mismo sexo un medio alternativo de reconocimiento legal, goza de un cierto margen de apreciación en cuanto a la situación jurídica exacta que es conferida (ibid., ap. 108; véase también, *Gas y Dubois*, op. cit., ap. 68; y *Burden*, op. cit., ap. 63)⁵².

Y también señala que:

*“136. En el contexto del presente caso, el Tribunal señala que no hay una obligación en virtud del artículo 8 del Convenio, de ampliar el derecho a la adopción por un segundo padre a las parejas solteras (véase, *Gas y Dubois*, op. cit., ap. 66 a 69; véase también, *Emonet y Otros*, op. cit., ap. 79 a 88). No obstante, la legislación austriaca permite la adopción por un segundo padre a las parejas solteras heterosexuales. El Tribunal por tanto, deberá examinar si la denegación de este derecho a las parejas solteras homosexuales atiende a un objetivo legítimo y si es proporcionada a este objetivo”.*

Así las cosas, aún en el caso donde la Corte Europea permitió una adopción homosexual lo hizo en razón a la incoherencia del sistema y reconociendo la existencia del margen de apreciación política. Por lo que, al traspolar esto al sistema colombiano, puede encontrarse que las parejas homosexuales no se encuentran en una situación jurídica igual a la de las parejas homosexuales dado que en Colombia las parejas homosexuales no pueden casarse y tampoco pueden constituir una unión marital de hecho en estricto sentido. Lo que significa que según la decisión del legislador no les está permitido acceder tanto al matrimonio como a la figura de la unión marital de hecho.

En suma, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentran en la misma línea argumentativa que la expuesta por el jefe del

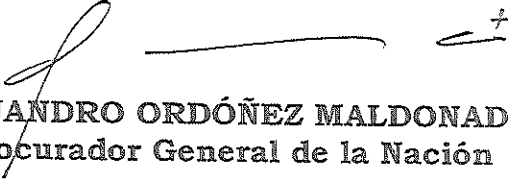
⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Asunto X y otros c. Austria (Demanda no 19010/07), SENTENCIA. ESTRASBURGO, 19 de febrero de 2013.

ministerio público en este concepto, de acuerdo con la cual las parejas conformadas por personas del mismo sexo están en situación diversa a las heterosexuales y no tienen el derecho de reclamar un trato jurídico igualitario, sino que esto depende de la decisión política del legislador, y que, en consecuencia, a éstas se les podría ofrecer un trato diferenciado con respecto a la adopción, incluso en relación a los hijos biológicos de alguno de los miembros de la pareja.

4. Solicitud

En virtud de lo anterior, el jefe del ministerio público le solicita a la Corte Constitucional: (i) declarar **EXEQUIBLE** las expresiones demandadas de los artículos 64 (parcial), 66 (parcial), 68 numerales 3 y 5 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, por la presunta violación del preámbulo constitucional y los artículos 1, 13, 42 y 44 constitucionales, con fundamento en las razones aquí señaladas; (ii) **ESTARSE A LO RESUELTO** en la sentencia C-075 de 2007 en relación con los cargos formulados en contra del artículo 1° (parcial) de la Ley 50 de 1990, de acuerdo a las consideraciones incluidas en este concepto relativas a la extensión de los efectos patrimoniales de las uniones maritales de hecho a las parejas homosexuales.

De los Señores Magistrados,



ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

ABG/JSR/VFG/ISO