

SENTENCIAS

1. Corte Constitucional de Bogotá, Colombia, 2-8-2001, “Montoya Medina, Luis Eduardo s/Inconstitucionalidad”

República de Colombia

Corte Constitucional

Sentencia C-814/2001

Referencia: Expediente D-3378

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 (parciales) del Decreto-ley 2737 de 1989, Código del Menor

Actor: Luis Eduardo Montoya Medina

Magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Bogotá, D. C., dos (2) de agosto de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

Sentencia

I. *Antecedentes*

El ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina, actuando en nombre propio, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241, numerales 4º y 5º de la Constitución Política, demandó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de la expresión “moral” contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989 “por el cual se expide el Código del Menor”, y el numeral 2º del artículo 90 del mismo estatuto, por considerarlos violatorios de la Carta Fundamental en sus artículos 5, 13, 16, 42, 44, 45 y 67.

II. *Normas demandadas*

Se transcribe a continuación el texto de las disposiciones acusadas, con la advertencia de que se destaca lo demandado:

Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

Artículo 89. 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 para suministrar hogar adecuado y estable al menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad, en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el artículo 91 del presente Código.

Artículo 90. Pueden adoptar conjuntamente:

1. Los cónyuges.

2. *La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años.* Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior.

III. *La demanda*

1. *Cargos contra el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989*

Para el impugnante resulta inconstitucional el hecho de que en el artículo demandado se exija, como requisito para conceder a un menor en adopción, que los aspirantes a padres adoptantes demuestren idoneidad “moral” suficiente. Ello constituye una violación al espíritu pluralista y liberal de la Carta Política de 1991, el cual no impone ningún tipo de moral para los habitantes de Colombia.

Así, sostiene que en ejercicio del derecho a la adopción, la condición moral de una persona no puede ser un criterio válido de restricción, como no lo es tampoco para contraer matrimonio, formar una familia o procrear un hijo. Además —dice—, no hay razón plausible que obligue a quien tramita una solicitud de adopción a optar o inclinarse por una moral especial, pero mucho menos por la del funcionario encargado de tramitar la adopción.

Sostiene asimismo, que impedirle a una persona por razón de su conducta moral que adelante un proceso de adopción es formular un reproche en contra de su opción de vida, lo cual resulta discriminatorio frente a los padres biológicos, a quienes jamás se les impone ningún requisito moral para procrear.

2. *Cargos contra el artículo 90 del Decreto 2737 de 1989*

El impugnante considera que el numeral 2º del artículo 90 acusado es inconstitucional porque establece una discriminación en contra de las parejas

homosexuales, al prohibirles adelantar procesos de adopción. Esta prohibición quebranta el derecho que tienen los homosexuales a ser tratados de manera similar que los heterosexuales.

Sobre este particular, agrega que la opción sexual hace parte del espectro de la dignidad de la persona, dignidad que se desconoce con la interpretación del artículo 42 de la Carta según la cual las relaciones matrimoniales y maritales sólo se configuran con personas de diferente sexo.

Sostiene que la posición jurisprudencial de admitir los derechos homosexuales de manera individual y de negarlos en cuanto a la vida de pareja debería modularse para permitirle la adopción a las parejas homosexuales, en aras de evitar el tratamiento discriminatorio.

Señala que tanto en la legislación nacional como en la internacional, los derechos de los niños tienen primacía sobre los derechos de los demás, y que la normatividad tiene previsto un gran número de normas destinadas a proteger esos derechos frente a posibles agresiones. Al respecto, asegura que no se ve la razón por la cual se impida a priori ejercer la adopción por parte de las parejas homosexuales si se encuentra comprobado que tales agresiones también provienen de padres heterosexuales. Para el demandante, esta posición legal constituye un prejuzgamiento a partir de premisas equivocadas, peligrosas y subjetivas, que desconocen la igualdad de tratamiento para las parejas homosexuales.

IV. *Intervenciones*

1. *Intervención del grupo “Rostros y Huellas”*

En representación del equipo pedagógico denominado “Rostros y Huellas”, intervino en el proceso el ciudadano Buen Erges Vargas Chaparro para solicitar a la Corte que declare contraria a la Carta la prohibición de adopción para las parejas homosexuales, al sostener que la orientación sexual hace parte del libre desarrollo de la personalidad, que no puede ser calificada jurídicamente desde el punto de vista moral y que no indica, por sí misma, una falta de idoneidad en el desarrollo de la paternidad o de la maternidad, frente a la posibilidad con que cuentan las parejas homosexuales para adoptar menores.

2. *Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho*

Representado por el ciudadano José Camilo Guzmán Santos, el Ministerio de la referencia solicitó a la Corte declarar exequibles las normas demandadas. A juicio del interviniente, el artículo 89 del Decreto 2737 se ajusta a los preceptos de la Constitución Política porque, aunque la Carta Fundamental del '91 promueve principios de pluralismo y de respeto por la dignidad hu-

mana, también establece la necesidad de incorporar criterios dependientes de la moral social, como mecanismos necesarios para garantizar una convivencia libre, digna y respetuosa.

Así, la exigencia de cierta idoneidad moral de los padres para proceder a conceder en adopción a un menor no constituye la imposición de un particular criterio moral, sino el seguimiento de patrones acordes con la moral social o, lo que es lo mismo, con la moral comúnmente aceptada.

No obstante, dice el interviniente, cuando el reproche moral de quien tramita la adopción se deriva de la condición sexual del pretendiente adoptante, se incurre en una discriminación por sexo que resulta contraria a la Constitución, en cuanto aquélla no implica una contravención a la moral social. En efecto, según el Ministerio del Interior, la opción homosexual se encuentra amparada por la Constitución y la jurisprudencia como una expresión legítima del libre desarrollo de la personalidad que no podría ser contraria, per se, a los criterios de moral social. Para el interviniente, sin embargo, este asunto se desprende, no del texto del artículo acusado, sino de sus posibles consecuencias prácticas.

En cuanto a la constitucionalidad del artículo 90 demandado, el Ministerio sostiene que el debate en torno a si es conveniente para un menor ser adoptado por una pareja homosexual o por una heterosexual, no corresponde a una disertación meramente constitucional como quiera que el asunto tiene repercusiones sociales, psicológicas y antropológicas que deben ser tratadas por expertos. Con base en estas consideraciones, el interviniente señala la necesidad de conservar la norma demandada en el ordenamiento jurídico para que, paralela a su vigencia, se promueva un debate democrático en torno a la posibilidad de conceder este derecho a las parejas de un mismo sexo y no se tome la decisión en una sentencia judicial.

3. Intervención de la sociedad G. & M. de Colombia, Abogados

En representación de la sociedad de la referencia, intervino en el proceso el señor Germán Humberto Rincón Prefetti para solicitar la inconstitucionalidad de las normas demandadas.

El coadyuvante de la demanda sostiene: que la opción sexual de los padres no determina la de los hijos; que la realidad demuestra una mayor responsabilidad frente a los hijos por parte de los padres homosexuales frente a la de los heterosexuales; que la condición sexual no interfiere ni afecta la calidad moral del individuo; que existen muchos padres biológicos homosexuales; que los criterios para adoptar deben atender a otras circunstancias importantes para la vida del menor, pero no al de la sexualidad de los padres, y que las parejas heterosexuales no son, necesariamente, mejores padres que

las de los homosexuales, así como quienes optan por la conducta homosexual no lo hacen como manifestación de una psicopatología, tal como lo han reconocido ampliamente los organismos internacionales que clasifican los desórdenes mentales y las enfermedades humanas.

El interviniente manifiesta que la decisión de la Corte debe estar encaminada a proteger el derecho a la libre expresión sexual de quienes escogieron la opción de la homosexualidad, ya que la misma es una condición humana normal que genera derechos, entre ellos, el de tener una pareja y poder adoptar. La discriminación por razón de la sexualidad, en su sentir, genera procesos de violencia y de marginación que afectan a quienes ostentan la condición de homosexual.

Arguye que las familias de homosexuales existen en la medida en que la Constitución las reconoce como el fruto de una decisión responsable entre dos personas de vivir juntas. Desde el punto de vista social, el interviniente adjunta el concepto de un especialista en el tema, quien consigna argumentos en defensa de la constitucionalidad de las familias homosexuales, así como un concepto del ICBF en el que se da cuenta de los diferentes tipos de familia catalogados en la sociedad colombiana. El interviniente incluye una extensa bibliografía sobre el tema.

4. *Intervención de la Asociación Treza*

En representación de la referida asociación, el ciudadano Deymir Álvaro Hernández Muñoz intervino en el proceso para coadyuvar los argumentos de la demanda. Al parecer del interviniente, el panorama jurídico colombiano ha venido evolucionando hacia el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales, lo cual ha permitido incluso la formación de matrimonios civiles entre individuos del mismo género. Ello, en concepto de la entidad, conduce a la revalidación del modelo familiar obsoleto que consideraba a ese núcleo social como el integrado únicamente por un hombre y una mujer.

Agrega que la estructura heterosexual de la familia tampoco garantiza, per se, la correcta educación de los hijos y que, en cambio, la formación integral del menor, la disciplina que se le imparta y el amor que se le dé deberían ser valorados independientemente de la tendencia sexual de los padres adoptantes. Añade que “como consecuencia, va contra todo principio de igualdad medir la moralidad a una persona o a una pareja por su orientación sexual, por cuanto su orientación sexual corresponde a su libre determinación y/u opción de vida, que ha decidido tomar; la moralidad, recordemos, se mide de acuerdo con las experiencias individuales; por ende, carece de toda objetividad”.

5. *Intervención del ciudadano Luis Alejandro Fernández*

Actuando en nombre propio, el ciudadano de la referencia intervino también en el proceso para solicitar que se declaren inconformes con los principios constitucionales las normas demandadas por el impugnante.

Para el coadyuvante, las normas atacadas constituyen medidas de segregación y marginación en contra de un grupo poblacional que merece el mismo tratamiento que los demás habitantes del territorio. Sostiene que el amor, base del proceso educativo y de la formación de un niño, no es una expresión que provenga exclusivamente de las parejas heterosexuales y que, por lo tanto, las medidas presentes, que pretenden restringir la capacidad de adopción a las parejas homosexuales, no consultan la verdadera idoneidad de los padres adoptantes.

6. *Intervención de otros ciudadanos*

Se adiciona a los memoriales presentados en este proceso, uno suscrito por más de 90 firmantes y encabezado por el ciudadano Rubén Darío Gómez, en el que se consignan algunas reflexiones que pretenden colaborar con los argumentos de la demanda.

Para los firmantes, su condición de personas íntegras, dotadas de calidades morales, éticas y sociales suficientes para realizar actividades de cualquier orden dentro de la sociedad, que no han hecho pública su condición sexual por no considerarlo necesario para el desempeño de sus funciones y el cumplimiento de sus deberes con el Estado, no los convierte en elementos nocivos para la sociedad. Aseguran que el desarrollo de sus potencialidades humanas no depende de su genitalidad, por lo que su dignidad como personas debe anteponerse a su condición sexual, a la hora de definir la constitucionalidad de las normas demandadas.

V. *Concepto del procurador general de la nación*

El señor procurador general de la nación, Edgardo Maya Villazón, solicitó a esta Corporación declarar la exequibilidad de las normas acusadas, con fundamento en las siguientes consideraciones.

La vista fiscal sostiene, en primer lugar, que la condición de moralidad exigida para los padres adoptantes por el artículo 89 demandado no debería ser objeto de reparo constitucional, en tanto la misma se encamina a la protección de los menores y busca garantizar la observancia de principios morales que presuntamente tienen el carácter de universales.

Sobre este punto, señala que la moral adoptada por la Constitución de 1991 se refiere a una moral social o administrativa, pero en manera alguna a un determinado tipo de valoración de los comportamientos que se derive

de una concepción ideológica específica o de una tendencia religiosa determinada. Ello se aviene con la circunstancia de que el constituyente de 1991 estableció el respeto por la multirreligiosidad y suprimió la orientación católica que había sido impuesta por la Carta del '86.

“No hay pues invocada, en la Constitución de 1991, ninguna forma de moralidad religiosa, razón por la cual la referencia que se halla en la ley a la moral, no puede ser hecha en el marco del nuevo ordenamiento constitucional, en nombre de religión alguna, so pena de constituirse dicha referencia en una discriminación en contra de los demás credos o confesiones religiosas”.

De allí que el término moral, dice el procurador, deba ser interpretado despojado de sus connotaciones ideológicas y en el marco de la concepción pluricultural de un Estado laico. Por ello, continúa, la idoneidad moral exigida por el artículo 89 debe ser entendida en relación con la moral pública, de la cual son principios fundantes la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la justicia.

En lo que tiene que ver con la discusión sobre la constitucionalidad del artículo 90 demandado, el señor procurador sostiene que la norma no es discriminatoria de las parejas homosexuales porque apenas se restringe a reconocer el derecho de adopción de las parejas constituidas por un hombre y una mujer que conforman una unión marital de hecho de más de tres años de duración.

El Ministerio Público advierte que conforme a lo establecido por el artículo 42 de la Carta Política, la familia se define como la unión jurídica o de hecho entre un hombre y una mujer y que el artículo demandado constituye una reproducción de esta disposición, enfocada desde el punto de vista del derecho de adopción. Por ello, agrega, “mal puede entonces el legislador regular a la pareja, en lo que concierne a la institución familiar, introduciendo otro modelo de pareja como la homosexual, sin desconocer este marco insoslayable trazado por el mismo constituyente”.

Ahora bien —continúa—, el reproche podría configurarse a partir de una supuesta violación al derecho a la igualdad por omisión de la norma, al no incluir a las parejas homosexuales en la regulación de la adopción. No obstante, dice el procurador, la disposición en comento constituye una reivindicación en favor de quienes, unidos mediante una relación marital de hecho, no se les había reconocido el derecho a la adopción. Por ello no se encuentra justificado que dicho favorecimiento desaparezca por reconocer el derecho de otro tipo de uniones igualmente válidas en la perspectiva de la diversidad cultural, sin que con ello se obtenga lo que pretenden estas últimas.

La expedición de un fallo modulativo que conceda a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar menores no es permitido en cuanto a que

la norma no presenta dificultades interpretativas, pero además implicaría la usurpación de funciones legislativas por parte del tribunal constitucional y el quebrantamiento de las normas superiores sobre la organización del Estado democrático.

VI. *Consideraciones de la Corte*

Competencia

1. Por dirigirse la demanda contra normas que forman parte de un decreto dictado por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, al tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 241 de la Carta, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad.

El problema jurídico que se plantea en la demanda

2. Respecto de la demanda dirigida en contra del artículo 89 del Código del Menor, el actor aduce que el requisito de “idoneidad moral” del adoptante contenido en dicha norma es inconstitucional por cuanto en un Estado pluralista y liberal como el que propone la Constitución que nos rige, cada persona tiene el derecho de escoger el tipo de moral que estime conveniente y de comportarse de conformidad con tal opción de vida. Además, aprecia que dicha exigencia de idoneidad moral no se hace a las parejas que van a contraer matrimonio o a procrear un hijo, por lo cual no encuentra que sea legítimo formularla respecto de quienes pretenden adoptar. Sobre este punto, la intervención oficial y la vista fiscal sostienen que la exigencia de idoneidad moral no es per se inconstitucional, toda vez que a pesar de que la Constitución Política es pluralista, no excluye la incorporación jurídica de los preceptos que emanan de la moral social.

Aunque el actor no relaciona la exigencia de idoneidad moral con la condición sexual del adoptante, varios de los intervinientes lo hacen, señalando que al establecer el requisito de moralidad la ley produce una segregación y una marginación de la población homosexual, la cual sería discriminada, no pudiendo llegar a ejercer el derecho a la adopción. En este sentido insinúan que el reproche de falta de idoneidad moral por la condición de homosexual del adoptante resulta inconstitucional, por cuanto esta opción de vida forma parte del espectro de garantías derivadas del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Respecto del artículo 90 del Código del Menor, la demanda estima que la regulación de la adopción sólo para parejas formadas por hombre y mujer es discriminatoria de las parejas homosexuales, las cuales tienen derecho a ser tratadas en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales. Algunas de las intervenciones que coadyuvan la demanda aducen, además, que no

está probado que la familia heterosexual sea mayor garantía para los derechos del niño que la familia homosexual. El Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio Público afirman que la posibilidad de conceder a parejas homosexuales el derecho de adoptar debe ser definida dentro del contexto de un debate democrático surgido en el Congreso de la República y no a través de un fallo modulativo.

De conformidad con lo expuesto, corresponde a la Corte definir si el legislador puede o no establecer exigencias de carácter moral para efectos de que se conceda un niño en adopción, y si resulta conforme con la Constitución la adopción por parte de homosexuales.

La adopción en la Constitución Política y en el sistema legal colombiano

3. La adopción es el procedimiento que establece la relación legal de parentesco paterno o materno-filial entre personas que biológicamente no lo tienen. Como práctica social universal se conoce desde los tiempos antiguos¹, y de ella dan cuenta los textos sagrados de varias religiones². La Constitución Política hace referencia expresa a ella en el artículo 42, cuando afirma que “(l)os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, *adoptados* o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, con lo cual puede afirmarse que legitima esta forma de establecer la mencionada relación.

Las consecuencias inmediatas de la adopción consisten entonces en establecer la relación de padre o madre a hijo. Pero, más allá de ello, es también una forma de incorporar al adoptivo a la familia del adoptante³. En efecto,

¹ En las sociedades romana, babilónica, asiria, griega y egipcia la adopción se usaba principalmente para perpetuar los ritos familiares religiosos, o para proveer de heredero al padre adoptante. Conf. BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

² Por lo que concierne a la tradición judeo-cristiana, la Biblia, en el Libro del Éxodo, relata la adopción de Moisés por la esposa del faraón egipcio.

³ Sobre este efecto consistente en incorporar al adoptivo a la familia del adoptante, la Corte Suprema de Justicia expresó que “las principales consecuencias de la adopción decretada judicialmente consisten en crear una nueva relación de padre e hijo entre el adoptante y el adoptivo que no lo son por naturaleza, *por lo cual éste entra a la familia de aquél* y queda definitivamente separado de la propia con alguna excepción” (cursivas fuera del original) (CSJ, sala plena, 13-6-91).

La Corte Constitucional también ha destacado que la adopción constituye la forma jurídica a través de la cual los menores que no tienen familia pueden llegar a tenerla. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-587 de 1998 indicó: “Tal vez la institución más importante dentro de las que pueden ser diseñadas para hacer efectivo el derecho de los menores abandonados o expósitos a tener una familia, es la adopción. En efecto, esta alternativa es la única dentro de las existentes que persigue el objetivo primordial

el adoptado entra a formar parte de tal familia, en cuanto la adopción establece el llamado parentesco civil, que se da no sólo en relación con quien adopta, sino también respecto de los parientes consanguíneos y adoptivos suyos⁴. Justamente, para garantizar la estabilidad de esta incorporación familiar, el régimen legal colombiano prescribe la irrevocabilidad de la adopción⁵.

Desde este punto de vista, es decir en cuanto el adoptivo entra a formar parte de la familia del adoptante, la adopción satisface el derecho constitucional reconocido a todos los niños en el artículo 44 superior, de tener una familia y de no ser separado de ella, en aquellos casos en los cuales sus padres biológicos no pueden hacerse cargo de ellos. Y a través de la incorporación del adoptado a la familia del adoptante se garantiza también todo el plexo de derechos reconocidos al menor de cuya eficacia el primer responsable es el padre⁶. Por eso, la ley define la adopción como una “medida de protección” que se establece en favor del menor⁷.

4. Las referencias precedentes a la institución de la adopción, y el estudio de su evolución histórica permiten concluir que ante todo ella es, hoy en día, una institución concebida en beneficio del menor adoptable y para su protección. Dicha historia evidencia cómo, en sus orígenes, la institución buscó garantizar la continuidad del culto a los antepasados en las sociedades primitivas; posteriormente se usó para dotar de heredero al padre adoptante, como sucedía en la legislación española inspiradora del sistema de nuestro Código Civil, en donde se la llamó *prohijamiento*. Pero en la concepción actual se entiende que la adopción es, primordialmente, una medida de protección del menor que no puede ser atendido por sus padres⁸. Por ello, la

de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar”. En el mismo sentido, en la Sentencia C-562 de 1995, la Corte Constitucional había dicho: “La finalidad de la adopción es la de crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por los lazos de la sangre”.

⁴ El artículo 100 del Código del Menor reza: “La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos de éste”.

⁵ Conf. Código del Menor, art. 88.

⁶ El artículo 97 del Código del Menor prescribe que “Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo”.

⁷ Conf. *idem*.

⁸ Como se dijo, Belluscio, en la obra antes citada, respecto de la adopción indica que su origen debe hallarse en las prácticas religiosas de los pueblos antiguos. Una hipótesis bastante fundada considera que se originó en la *indica*, en reemplazo del *levirato*, institución según la cual la mujer viuda sin hijos debía unirse sexualmente

doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera son insistentes y concordes en afirmar que el principio del “interés superior del menor” gobierna todo el proceso mediante el cual el Estado permite su adopción. Este principio, acogido por el Código del Menor en su artículo 20, indica que en dicho proceso los intereses del menor son los que deben guiar la decisión del juez, quien debe hacer prevalentes tales intereses frente a los de quienes pretenden adoptar.

al hermano o al pariente más próximo del marido, y se consideraba así al engendrado como hijo del extinto, lo que permitía la continuación del culto doméstico, cuando la evolución de las costumbres hizo mirar con repugnancia tal procedimiento.

En el Derecho Romano se conocieron la *arrogatio*, que era la adopción del *sui iuris*, e implicaba la incorporación en la familia del adoptante, tanto del adoptado como de las personas sometidas a su potestad, así como la transferencia de su patrimonio al del adoptante. Y la *adoptio*, que era la adopción de un *alieni iuris*, que salía de su familia de sangre y de la potestad de su *paterfamilias* para ingresar en la del adoptante.

El Derecho justinianeo distinguió entre la *adoptio plena* y la *adoptio minus plena*. La primera era realizada por un ascendiente y ocasionaba la sumisión del adoptado a la patria potestad del adoptante. La segunda era realizada por un extraño, el adoptado quedaba sometido a la situación familiar anterior, pero obtenía el derecho a suceder ab intestato en la sucesión del adoptante.

En el Derecho germánico, la finalidad de la adopción consistía en dar, a quien carecía de descendencia, un sucesor en su actividad guerrera, una situación social y política, pero no creaba parentesco ni otorgaba derecho hereditario.

En las Edades Media y Moderna la adopción fue perdiendo prestigio, y la institución sólo fue mantenida en la legislación española, donde la reglamentaron el Fuero Real y las Siete Partidas, que la denominaron prohijamiento (porfijamiento). Esta legislación fue la que estuvo en vigor en los territorios descubiertos y conquistados por España. *Las Partidas* distinguían entre la arrogación que correspondía a personas no sometidas a patria potestad y la adopción, aplicable a personas sujetas a patria potestad de otro, subdividida en adopción plena y perfecta, y menos plena e imperfecta. Sus normas estaban basadas en el Derecho Romano.

El Código de Napoleón reguló la adopción pero exigió condiciones difíciles. Requería 50 años en el adoptante, tener quince años más que el adoptado y haberlo atendido durante su minoridad; era contractual, y necesitaba consentimiento del adoptado, que debía ser mayor de edad, salvo en el caso de la adopción remuneratoria que podía tener lugar cuando el adoptado había salvado la vida del adoptante, y la testamentaria, que requería que el causante hubiera tenido al adoptado bajo su tutela por lo menos durante cinco años. En Francia sólo hasta 1923 se permitió la adopción de menores.

Actualmente la mayor parte de las legislaciones modernas ha dejado de estimar que la adopción es un medio de prolongar la estirpe y conservar la riqueza, y se orientan por la noción de adopción como institución de protección al menor, que procura dotar de familia a un niño que no la tiene.

La Corte se ha encargado de precisar el contenido de este principio, que emana del artículo 44 de la Constitución Política cuando indica que "(l)os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás". En efecto, sobre lo que ha de entenderse por el principio del *interés superior del menor*, ha dicho lo siguiente:

"El denominado 'interés superior' es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado 'menos que los demás' y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

"Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la Medicina, la Psicología, la Sociología, etcétera, se hicieron patentes los rasgos y características propios del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la *especial* relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista —que propende a la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión—, como desde la Ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del Derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.

"La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor"⁹.

En el ámbito del Derecho Internacional Público, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, indica en su artículo 3° que "(e)n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración

⁹ Sentencia T-408 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

primordial a que se atenderá será *el interés superior del niño*". Por su parte, el "Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", aprobado mediante la Ley 265 de enero 25 de 1996, recoge también en forma expresa el principio del *interés superior del menor*. En el artículo primero de dicho Convenio se señala como objetivo del mismo el "establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideraciones al *interés superior del niño* y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional".

La adopción, entonces, si bien permite que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, posibilitándoles a ellos el ejercicio de varios derechos como el de conformar una familia, el del libre desarrollo de la personalidad, etcétera, no persigue prioritariamente este objetivo, sino el de proteger al menor de la manera que mejor convenga a sus intereses, aplicando en ello el artículo 44 de la Carta. Por ello, en relación con el principio del *interés superior del menor*, la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha afirmado que una decisión judicial que se aparte del mismo resulta ser inconstitucional¹⁰. Igualmente la jurisprudencia extranjera acoge este principio rector de todos los procesos en los cuales se hacen presentes los intereses de menores, entre ellos los procesos de adopción¹¹.

¹⁰ Así lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia T-587 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En este caso, la Corte tuteló el derecho de una menor colombiana a ser adoptada por una pareja belga, adopción a la cual se oponía el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar aduciendo que la pareja que pretendía la adopción ya tenía otra hija adoptiva, que era su primogénita, y que la segunda adopción que se solicitaba desconocería a aquella menor su posición de primogenitura. Para descalificar la decisión del ICBF la Corte acudió al principio del "interés superior del menor" precisando que el mismo no constituía una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión.

¹¹ En la mayor parte de peticiones de adopción en los Estados Unidos, las Cortes tradicionalmente han considerado varios factores que resultan pertinentes para garantizar el principio del mejor interés del niño. Estos factores a veces se erigen en barreras para conceder la adopción a algunas personas, o son motivo para preferir a unos pretendientes adoptantes frente a otros. Por ejemplo, un obstáculo frecuente para conceder la adopción suele ser el que los solicitantes y el adoptable sean de diferente raza o religión. Algunos estatutos legales específicamente prohíben adopciones mixtas, y cuando no lo hacen las Cortes prefieren a los padres que pertenecen a la misma raza y religión del menor. En sustento de estas posiciones, las Cortes aducen que lo principal es el mejor interés del niño, y que éste no se vería favorecido con la adopción mixta, por lo cual no la autorizan o sólo lo hacen si no existen otros solicitantes que pertenezcan a la misma raza o religión del menor. Cfr. SULTAN, *The rights of homosexuals to adopt: Changing legal interpretations of parent and family cit.*; www.tourolaw.edu/publications/suffolk/vol10/part3_txt.htm.

A partir de los anteriores criterios, la Corte examinará los cargos aducidos en la demanda.

El requisito de idoneidad moral exigido a quien pretenda adoptar

5. El artículo 89 del Código del Menor exige a quien pretenda adoptar que “garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para administrar hogar adecuado y estable a un menor”. Estas mismas calidades se exigen “a quienes adopten conjuntamente”.

La incorporación legal de criterios morales para definir situaciones jurídicas ha sido objeto de examen en varias ocasiones por parte de esta Corporación, tanto en sede de constitucionalidad como en sede de tutela. De manera general, del repaso hecho sobre dicha jurisprudencia puede concluirse que si bien la Corte ha desechado la adopción jurídica de sistemas morales particulares, ha convalidado en cambio la noción de “moral social”, como criterio al cual puede acudir el juez constitucional para determinar la conformidad con la Carta de las normas que persiguen la defensa de un principio de moralidad.

Así, la Corporación ha hecho ver que la Constitución no excluye la adopción legal de criterios provenientes de la moral social o moral pública a efectos de considerarlos como referentes a los cuales debe acudir el operador jurídico: en la Sentencia C-224 de 1994¹², la Corte puso de presente que “la Constitución se refiere a la *moral social* en su artículo 34, y consagra la *moralidad* como uno de los principios fundamentales de la función administrativa en el 209”. Sostuvo, además, que no era posible “negar la relación entre la moral y el Derecho” y menos “desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico”.

El fallo en comento definió el concepto de *moral social* como “la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”, añadiendo que “entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social”¹³.

Esta misma tendencia respecto de la validez de la inclusión de referentes morales en la legislación fue acogida en la Sentencia C-404 de 1998¹⁴. En este fallo la Corte sostuvo:

“A juicio de la Corte, la adecuación del orden jurídico a los mandatos

¹² M. P. Jorge Arango Mejía.

¹³ En esta ocasión la norma demandada era el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, que dispone: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. La Corte declaró la constitucionalidad de esta disposición bajo el entendido de que la expresión “moral cristiana” significa “moral general” o “moral social”.

¹⁴ M. P. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz.

constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales –dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva– en las que pretende operar el ordenamiento. Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas –legales o constitucionales– es incurrir en la falacia teórica que originó una de las más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social. Justamente, como respuesta a dicha crisis, nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirige. En este sentido, puede afirmarse que el reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad no sólo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, tal como será estudiado adelante, indagar por el substrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial.

”La Constitución expresamente señala que los derechos de los demás y el orden jurídico limitan el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En tales condiciones, no puede negarse al legislador la atribución de dictar reglas necesarias a fin de preservar el orden público, uno de cuyos componentes esenciales, fuente legítima de restricciones a la libertad y autonomía de los individuos, es precisamente la moral pública. Así, por ejemplo, el legislador está autorizado para restringir, en nombre de ciertos principios de moralidad pública, la libertad negocial de los individuos o impedir o desestimular la realización pública de ciertos comportamientos que, en virtud de tales principios, se consideran privados¹⁵.

¹⁵ Sobre este tema interesa mencionar que la doctrina constitucional alemana ha recalcado que, además de los límites que la Constitución le fija expresamente al ejercicio de los derechos fundamentales, éstos también tienen unas *barreras éticas immanentes*. Esta tesis se apoya en la tradición del Derecho Privado acerca de los límites *éticos immanentes* en el ejercicio de los derechos, según la cual el ejercicio de un derecho no puede superar la frontera que le trazan las buenas costumbres y la buena fe. Ver, por ejemplo, el comentario al párrafo 1 del artículo 2 de la Ley Fundamental alemana, contenido en MAUNZ, Theodor y DÜRIG, Günther, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1990, t. I, p. 61. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte al admitir ciertas restricciones a la libertad en nombre de principios de moralidad positiva o al aceptar la intervención del Estado en cuestiones “morales”. En este último sentido, por ejemplo, en la Sentencia T-321 de 1993 (M. P. Carlos Gaviria Díaz) se reconoce la competencia subsidiaria del Estado para intervenir en asuntos morales. En efecto, a tenor de la mencionada decisión, “No puede, pues, trasladarse al Estado una responsabilidad (la de orientar moralmente a los hijos), que sólo subsidiariamente le compete, pues es función que ante todo le incumbe a los padres”.

“...toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad. En consecuencia, sólo si la finalidad corresponde verdaderamente a un principio de moralidad pública –en el sentido que se precisa más adelante–, y si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad podrá resultar ajustada a la Constitución.

“...La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional”¹⁶.

6. La jurisprudencia sentada en sede de tutela también ha convalidado los criterios morales como referentes a los cuales puede acudir el legislador y el juez de amparo. En lo que concierne concretamente al requisito de idoneidad moral exigido a las personas que hacen solicitudes de adopción de menores, la Corte, en la Sentencia T-290 de 1995¹⁷, rechazó la solicitud de amparo incoada por un homosexual, quien solicitaba autorización para adoptar a una menor abandonada a quien había cuidado personalmente, no obstante no ser su padre. Consideró entonces esta Corporación que el pretendiente adoptante no reunía el requisito de idoneidad moral mencionado. Sin embargo, en esa ocasión no fue la condición de homosexual la que llevó a esa conclusión, sino el ambiente sociocultural en que dicha persona vivía, estimado como inconveniente desde el punto de vista moral, de cara al principio del *interés superior del menor*. Dijo entonces la Corte:

“Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, que en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos naturales o afectivos. Sin embargo, no es menos cierto que *los niños tienen derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, y que a falta de los padres o de las personas legalmente obligadas a dispensarle al menor esta asistencia –como ocurre en este caso con xx– es el Estado el obligado a asumir directamente su cuidado o a confiarlo,*

¹⁶ En la Sentencia C-404 de 1998 parcialmente transcrita, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo del Código Penal que consagraba el delito de incesto. Las consideraciones relativas a la moralidad pública fueron hechas únicamente por el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, coponente del proyecto de sentencia.

¹⁷ M. P. Carlos Gaviria Díaz.

mediante la adopción, a personas cuya idoneidad ha de calificar según criterios axiológicos ajustados al orden constitucional. Así se deduce del principio de primacía que la Carta Política dispone en favor de los derechos de los niños (art. 44), y se ha desarrollado legalmente en materia de protección al menor (arts. 3 y 6 del Decreto 2737 de 1989).

”...La Defensora de Familia que actualmente tiene el caso a su cargo expresa que últimamente ‘se han realizado seguimientos sociofamiliares a la residencia y lugar de trabajo de José Gerardo Córdoba y Fidel Martínez (amigo del primero), en donde (sic) sus condiciones de vida económica y morales [...] no son las mejores para que la menor xx desarrolle sus potencialidades al lado de estos dos señores’.

”Todo lo anterior conduce a la sala a descartar la violación del derecho del actor a la igualdad. Resulta evidente que el ICBF tuvo razones objetivas suficientes para decretar las medidas de protección que consideró necesarias en favor de la menor xx, y que su actuación no fue arbitraria ni se debió a prejuicio de sus funcionarios respecto de la sexualidad del señor Córdoba”¹⁸.

¹⁸ Dentro de las consideraciones que la Corte tuvo en cuenta para denegar la solicitud de amparo del pretendiente adoptante, vale la pena resaltar las siguientes que a continuación se transcriben: “*Derecho del actor a la igualdad*: José Gerardo Córdoba asegura que fue su homosexualidad el único factor que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tuvo en cuenta para declarar a la niña en estado de peligro y asignar su custodia a terceros. Sin embargo, ello resulta contradictorio según los hechos antes reseñados y las pruebas testimoniales aportadas, de los cuales se deducen datos como los siguientes:

”-El lugar de residencia habitual del actor, que sería el medio social en el que crecería la menor viviendo a su lado, se circunscribe a la zona de tolerancia de la ciudad de Pasto. La Comandante de la Policía de Menores, Teniente Yolanda Arteaga Arévalo, declaró que ‘esta zona donde residía la menor es una de las zonas rojas del Municipio y, tal vez, una de las más graves ya que allí se presentan toda clase de delitos...’ Respecto de la residencia donde inicialmente fue encontrada la menor, sostuvo que ‘...esta residencia había sido sellada, sin embargo estaba funcionando, al parecer la sellaron por el mal estado en que se encontraba porque eran unas condiciones inhumanas para que viviera cualquier persona’.

”-La vivienda de la menor consistía en un cuarto de tamaño mínimo, desaseado y oscuro, donde convivían hacinados el actor, su madre y la menor. En el mismo cocinaban con una estufa de petróleo.

”-Existen serios motivos para creer que el amigo o compañero del actor se embriaga con frecuencia. Esto constituye un mal ejemplo para la menor, por parte de una persona que, por tener una relación estable con el actor desde hace muchos años y por contribuir en la crianza y manutención de xx, también hacía parte de su ambiente familiar”.

7. En el mismo sentido del fallo anterior, la Corte, en la Sentencia T-587 de 1998¹⁹ antes citada, indicó que “todo sistema de adopciones, tanto en su diseño como en su implementación, *deberá respetar los principios* de igualdad, *moralidad*, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y someterse integralmente a los principios constitucionales que defienden *el interés superior del menor* [...] En consecuencia, todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso de adopción deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación de los menores y su desarrollo libre y armónico”.

Y en el ámbito de otros procesos distintos de los de adopción en los cuales también está presente el principio del “interés superior del menor”, como en aquellos en los cuales se define la custodia de un niño, la Corte ha admitido la restricción de los derechos del padre sobre el menor, por razones de moralidad pública. Así, en la Sentencia T-503 de 1994²⁰ sostuvo que “Los padres deben ser, en efecto, *los primeros educadores en la moral de sus hijos*, hasta tal punto que el incumplir esta obligación amerita, en algunos casos, la privación de la patria potestad, según la gravedad de la *violencia moral*”. En sustento de dicha afirmación adujo que “*sin moral social* no es posible la paz social, puesto que aquella implica la armonía, y la paz consiste en la armonía social. Luego, una de las formas más apropiadas como los padres de familia pueden propender por el logro y mantenimiento de la paz, que es un deber de toda persona y de todo ciudadano (arts. 22 y 95-6), es viviendo –y enseñando con su ejemplo vital– la moral familiar”²¹.

8. Ahora bien, no solamente la jurisprudencia ha convalidado la inclusión

¹⁹ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰ M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²¹ En esta sentencia la Corte decidió una tutela interpuesta por una menor en contra de su madre, con el fin de que se le ampararan sus derechos a tener una familia y a su integridad física y moral, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. La menor aducía que tanto ella como su hermana menor eran víctimas de malos tratos y de mal ejemplo por parte de su madre y del compañero de ésta. La menor en cuestión se veía obligada a dormir con su hermanastro. Solicitaba, como mecanismo transitorio, que se le autorizara a vivir con su padre, mientras se definía judicialmente la custodia. La Corte, considerando entre otras cosas que “el deber de respeto en las relaciones familiares implica observar en el ámbito del hogar una *conducta moral*, es decir, un comportamiento acorde con las normas mínimas que la convivencia decente exige...”, y que la moral era un “objeto jurídico protegido”, negó la solicitud formulada por la menor puesto que respecto del padre de la misma constaba su mal ejemplo y el incumplimiento constante de los deberes de padre y esposo, pero dispuso ordenar al ICBF que adoptara las medidas de protección pertinentes.

del concepto de *moral social o moral pública* como referente al cual el legislador puede acudir para definir situaciones jurídicas, sino que también los tratados públicos internacionales sobre derechos humanos, aprobados por Colombia, igualmente lo hacen. Es así como dichos tratados permiten limitar ciertos derechos fundamentales, por razones de moralidad pública. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²² en su artículo 12²³ permite restringir el derecho de libre circulación cuando la restricción se halle prevista en la ley y sea necesaria para proteger la seguridad nacional, “el orden público, la salud o la *moral públicas*...” A su vez, el artículo 18 del mismo Pacto en su numeral 3²⁴ autoriza la restricción de la libertad de pensamiento, conciencia y religión por las mismas razones, y los artículos 19, 21 y 22²⁵ contienen autorizaciones iguales, en relación con la libertad de

²² Aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

²³ *Artículo 12.* 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia [...] 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la *moral públicas* o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

²⁴ *Artículo 18.* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión [...] 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la *moral públicas*, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

²⁵ El texto de estos tres artículos, en lo pertinente, es el siguiente:

Artículo 19. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión [...] 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para [...] b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la *moral públicas*.

Artículo 21. Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la *moral públicas* o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 22. 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la *moral públicas* o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

expresión y de opinión y los derechos de reunión y de asociación. Otro tanto hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶, suscrita en San José de Costa Rica, la cual en sus artículos 12, 13, 15, 16 y 22²⁷ también permite establecer límites, por razones de moral pública, a las mismas libertades y derechos (libertades de conciencia, religión, pensamiento, expresión, reunión y asociación).

En lo que tiene que ver directamente con los derechos de los menores, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, indica que el menor gozará siempre de una “protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, *moral*, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. *Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*”. De otro lado, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, explícitamente menciona

²⁶ Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

²⁷ El tenor literal de tales artículos, en la parte pertinente, es el siguiente:

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión [...] 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la *moral públicas* o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión [...] 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar [...] b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la *moral públicas*.

Artículo 15. Derecho de Reunión [...] El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la *moral públicas* o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16. Libertad de Asociación [...] 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la *moral públicas* o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia [...] 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, *la moral o la salud públicas* o los derechos y libertades de los demás.

²⁸ Aprobada mediante la Ley 12 de 1991.

como motivación del mismo el hecho de que en la Convención sobre los Derechos del Niño se reconozca el derecho de los menores a la protección contra la explotación económica y contra la realización de trabajos que puedan ser peligrosos, entorpecer su educación o afectar su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, *moral* o social.

9. La posibilidad de acudir a la moral social o moral pública, noción integrante del concepto superior de orden público, como referente al cual puede acudir el legislador para definir situaciones jurídicas o para restringir el ejercicio de ciertas libertades, ha sido y sigue siendo ampliamente acogida por la doctrina jurídica universal. Ripert, por ejemplo, evidencia la influencia de la regla moral en el Derecho, especialmente en el de Obligaciones, cuando dice: “La regla moral puede estudiarse primero en su función normativa, cuando impide el abuso de la forma jurídica, que vendría a utilizarse con fines que la moral reprueba. Contra el principio de la autonomía de la voluntad, la regla moral eleva la necesidad en que están las partes de respetar la ley moral, a necesaria protección debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte. Enseña también que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad de las prestaciones puede ser reveladora de la explotación a los débiles; y siembra la duda en las convenciones que son la expresión de una voluntad muy poderosa que doblega una voluntad debilitada. Contra el ejercicio ilimitado de los derechos, la regla moral advierte que puede haber injusticia en extremar las prerrogativas de una facultad; que se debe controlar la acción del acreedor nacida del contrato y que liga al deudor hacia él; que el juez debe apreciar con qué ánimo y fin obra el que pretende ejercer un derecho...”²⁹

Más contemporáneamente, la Filosofía Jurídica también se inclina a considerar que la moral puede considerarse un “máximo ético” y el Derecho un “mínimo ético”. Kaufmann, por ejemplo, explica así estos conceptos: “El Derecho se dirige, entonces, a un fin moral. Por tal razón, no puede representar, en absoluto, un obstáculo a la libertad existencial; muy por el contrario, representa, hablando al unísono con Kant, ‘el impedimento de un obstáculo a la libertad y, en consecuencia, la condición de posibilidad de la misma libertad’. El Derecho puede y tiene que generar —especialmente por medio de la garantía de los derechos humanos— aquella medida de libertad exterior sin la cual la libertad interna, el cumplimiento del deber, no puede desarrollarse. Sin duda, el Derecho se restringe, así, a la garantía de las exigencias morales elementales; no puede y no debe dirigir su mirada

²⁹ RIPERT, Georges, *La regla moral en las obligaciones civiles*, 3ª ed., trad. de Carlos Julio Latorre, editada por la Universidad Nacional de Colombia, junio de 1941, p. 8.

a las muy empujadas y exigentes costumbres de *ethos*; de hecho, sólo se lo puede caracterizar como un *minimum* ético”³⁰.

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

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

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

³⁰ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 30.

la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etcétera, pone al niño en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica y armónica dentro del entorno sociocultural en el cual está insertado.

Si el artículo 67 de la Constitución Política impone al Estado la obligación de velar por el cumplimiento de los fines de la educación, dentro de los cuales la misma Constitución señala literalmente el de “la mejor formación moral [...] de los educandos”, debe deducirse que cuando el juez va a confiar un niño a una persona en calidad de padre o madre adoptivo, con la obligación como tal de ser su primer y principal educador, tiene la obligación, emanada de la propia Constitución, de asegurarse de que dicha persona garantiza suficientemente dicho objetivo de formación moral que menciona la Carta. En tal sentido, la disposición acusada desarrolla las normas superiores al ordenar al juez cerciorarse de la idoneidad moral de quien pretende adoptar, refiriendo dicha idoneidad al concepto de *moral social o moral pública*, en los términos mencionados.

La adopción, se ha dicho, es ante todo una medida de protección que se dispensa a un menor, y que busca satisfacer su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. El proceso que termina entregando un niño en adopción está presidido por el principio del interés superior del menor. Así las cosas, la ley debe asegurar que el juez, quien dentro del referido proceso representa la autoridad del Estado, vele porque tal interés superior sea realmente observado, para lo cual debe cerciorarse de que quien o quienes pretenden adoptar cumplan los requisitos a que alude el artículo 89 del Código del Menor: que se trate de personas capaces que hayan cumplido 25 años de edad, tengan al menos 15 años más que el adoptable y garanticen “idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuado y estable al menor”.

Esta verificación debe ser adelantada con rigurosidad extrema, pues de sus resultados depende la decisión judicial de autorizar o no autorizar la adopción del menor, decisión en la que está comprometida la responsabilidad del Estado de protegerlo, de asegurarle su derecho a tener una familia y de garantizar también todo el plexo de derechos que los padres, en primer lugar, están en la obligación de reconocer a sus hijos: el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, al cuidado y amor, a la alimentación equilibrada, a la educación, a la cultura, al desarrollo armónico e integral, a la recreación y a la práctica del deporte. Y aquellos regulados por el Código Civil, como el correcto ejercicio de la patria potestad y de la autoridad paterna, etcétera. Por lo tanto, las disposiciones que regulan la actividad del juez que decide decretar o no decretar la adopción deben obligarlo a cerciorarse sobre los

requisitos de idoneidad de los que pretenden adoptar, porque así se protege al niño contra la posibilidad futura de sufrir el abandono, la violencia física o moral, el abuso sexual o la explotación económica o laboral. Caros intereses superiores están pues comprometidos en la labor que se le encomienda al funcionario judicial y que el legislador debe regular.

Ahora bien, todo lo anterior no contradice la jurisprudencia sentada también por la Corporación según la cual la Constitución pluralista excluye la imposición de particulares sistemas morales a los individuos. Por consiguiente, la evaluación sobre la idoneidad moral de quien pretende adoptar no puede ser hecha por el juez desde la perspectiva de sus personales convicciones éticas o religiosas, sino desde aquellas otras que conforman la noción de *moral pública o social*, en los términos expuestos.

11. De otro lado, la norma que ocupa la atención de la Corte supera el juicio estricto de proporcionalidad a que, según la jurisprudencia³¹, deben someterse las normas que persiguen la defensa de la *moralidad pública*.

En efecto, la adopción otorga al padre y/o a la madre adoptante los derechos inherentes a la paternidad y a la maternidad, e impone las obligaciones propias de dicha condición. Dentro de estos deberes y derechos está en primer lugar el de ser los primeros educadores de los hijos, según lo establecen los cánones 42 y 68 de la Constitución, desarrollados especialmente por el artículo 264 del Código Civil³². Además, los deberes de atender a la alimentación, a la crianza y al cuidado personal de los hijos menores o impedidos³³, y la facultad de vigilar la conducta de sus hijos, corregirlos y sancionarlos moderadamente³⁴. Correlativamente, a los hijos les corresponde cumplir con el deber de obediencia y respeto, que es propio de la relación filial³⁵. De otro lado, en virtud de la paternidad o la maternidad adoptiva, se obtiene la patria potestad sobre el menor adoptado, la cual concede un conjunto de derechos sobre los hijos no emancipados, cuales son la representación legal del hijo de familia, la administración de sus bienes y el usufructo legal sobre los mismos³⁶.

Visto lo anterior, la norma cuya constitucionalidad se examina resulta

³¹ Conf. Sentencia C-404 de 1998, antes citada, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³² Artículo 264 (modificado por el Decreto 2820 de 1974, art. 3). Los padres de común acuerdo dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para éstos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento.

³³ Código Civil, arts. 250 y ss.

³⁴ Cód. Civ., art. 262.

³⁵ Art. 250 del Cód. Civ.: "Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres".

³⁶ Cód. Civ., arts. 288 y ss., modificados por el Decreto 2820 de 1974 y la Ley 75 de 1968.

útil en cuanto garantiza que todos los derechos y deberes a que se acaba de aludir se ejerzan y cumplan dentro de la axiología que defiende la Constitución. En especial, asegura que la educación de los menores adoptados se lleve a cabo de conformidad con los criterios éticos que emanan de la noción de *moral social o moral pública* (objetivo que, como se vio, es constitucional a tenor de lo dispuesto por el artículo 67 superior). Además, la norma es necesaria para garantizar dicha educación, que en el supuesto contrario se vería seriamente dificultada. Desde este punto de vista, asegura la prevalencia del derecho a la educación moral (entiéndase según la *moral social*) del menor, frente al derecho de quien pretende adoptar a desarrollar su proyecto de vida de conformidad con su propio juicio moral. La norma cumple así con el mandato superior de prevalencia de los derechos de los niños.

Finalmente, en lo concerniente al equilibrio que debe darse entre la restricción de derechos que prevé la norma y el beneficio constitucional obtenido, la Corte encuentra que la limitación del derecho de adoptar impuesta a quienes viven de conformidad con sistemas morales distintos del propuesto por la *moral pública*, aunque significa una restricción fuerte del derecho al libre desarrollo de la personalidad (porque imposibilita llegar a ser padre o madre por la vía de la adopción), es la única manera de garantizar la prevalencia de los objetivos superiores relativos a la finalidad moral de la educación, dada la condición de los padres de ser los primeros y principales educadores de sus hijos. En efecto, debe suponerse que el proyecto de vida de los padres es transmitido a los hijos, quienes “se educan” dentro de ese espacio vital. Desde este punto de vista, la norma es estrictamente proporcionada por contemplar una restricción que se erige en la única manera de lograr un objetivo constitucional. Pudiera decirse que en la tensión que se presenta entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los pretendientes adoptantes, quienes aspiran a ser padres, y el derecho de los menores a la educación moral, la Constitución misma se decide por la prevalencia de este último (art. 44 de la Constitución Política), y de todos los demás derechos que están ínsitos en la condición de hijo de familia. A juicio de la Corte, la norma acusada garantiza esta prevalencia y en este sentido es un desarrollo constitucional.

12. Dentro de los cargos de violación que se aducen en la demanda está el referido a la violación del principio de igualdad, según el cual la exigencia de idoneidad moral no se hace a las parejas que van a contraer matrimonio o a procrear un hijo, por lo cual no resulta legítimo formularla respecto de quienes pretenden adoptar. Al respecto la Corte encuentra que si bien ello es cierto, no tiene el alcance de significar que para tener a cargo un niño, y ejercer respecto de él la patria potestad, ocupándose de su guarda y custodia, aunque se trate del propio hijo biológico, no se requiera igualmente cumplir

con ciertos requisitos de aptitud moral. Así, el ordenamiento jurídico, concretamente el Código del Menor, prevé que un menor está en situación de abandono o de peligro, entre otros eventos, cuando “fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia”³⁷. En estos eventos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del defensor de familia del lugar donde se encuentre el menor, debe declarar la situación de abandono o de peligro³⁸, y en la resolución respectiva, dependiendo de la gravedad de la situación, puede adoptar una medida de protección que puede consistir en la atribución de la custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos, la colocación familiar, la atención integral en un centro de protección especial, o la iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono³⁹. De esta manera, es claro que para conservar el derecho de cuidar, custodiar y educar a un hijo biológico, la ley sí exige el requisito de un comportamiento acorde con la *moral social o moral pública*, y que la carencia de dicha idoneidad moral puede llevar a perder tales derechos. Por las anteriores razones la Corte considera que no existe la discriminación que alega el demandante, y despachará como improcedente el cargo respectivo.

13. Finalmente, en lo que concierne al requisito de idoneidad moral exigido por la norma *sub examine* a quienes pretendan adoptar, la Corte encuentra que la disposición no se refiere de manera explícita a la condición de homosexual del solicitante, para indicar que tal condición sea indicativa de la falta de dicha idoneidad. Ésta es una interpretación contraria a su tenor literal, que ha sido hecha por algunos de los intervinientes dentro del presente proceso y no por el demandante. Por lo cual la Corte no entra a analizar el punto, dado que éste no ha sido el cargo de la demanda, y que incluso si lo hubiera sido, una demanda estructurada sobre el supuesto de regulaciones no contenidas en las disposiciones acusadas debe ser rechazada por ineptitud sustancial, conforme reiterada jurisprudencia lo ha señalado con anterioridad, indicando que ello equivale a demandar un contenido regulatorio implícito en la norma o deducido por el actor, respecto del cual se pretende demostrar su inconformidad con la Constitución⁴⁰.

³⁷ Código del Menor, art. 31, numeral 5°.

³⁸ Código del Menor, art. 36.

³⁹ Código del Menor, art. 57.

⁴⁰ En la Sentencia C-504 de 1995 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte Constitucional sostuvo que para que ella pudiera declarar la inexecutableidad que ante ella se solicitaba era indispensable que la demanda recayera “sobre un texto

El examen de la constitucionalidad de la limitación a la posibilidad de adoptar por razones de homosexualismo será abordado a continuación por la Corte desde la perspectiva de la estructura jurídica de la familia y de las relaciones paterno y materno-filiales que emanan de la Constitución.

El concepto de familia que emana de la Constitución. Las relaciones paterno y materno-filiales que surgen de dicho concepto

14. Dicen los dos primeros incisos del artículo 42 de la Constitución Política:

Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Pero si esta interpretación exegética no se considerara suficiente, la histórica corrobora la conclusión expuesta. En efecto, el estudio de las actas correspondientes a los antecedentes de la norma en la Asamblea Nacional Constituyente conduce a idéntica respuesta, como pasa a verse.

real y no simplemente deducido por el actor o implícito”. Afirmó, además, que no era posible “resolver sobre cada uno de los casos particulares hipotéticamente cobijados por un precepto legal”. En esa oportunidad la Corte examinaba una norma que establecía, por vía general, que las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta eran contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, exceptuando de dicha regla a las entidades que siendo tales tuvieran a su cargo la prestación de los servicios públicos de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública. La demanda pretendía la declaración de inexecutable de la disposición, únicamente en cuanto exceptuaba de la calidad de contribuyentes del impuesto sobre la renta a las sociedades de economía mixta que prestaban el servicio de telecomunicaciones haciendo uso del espectro electromagnético.

En este mismo sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-509 de 1996 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), en donde se reiteraron los criterios expuestos en la sentencia anteriormente reseñada.

En la Exposición de Motivos de la ponencia para primer debate en plenaria se explicó claramente el sentido de la norma de la siguiente manera:

Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, *o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos*, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.

Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.

Las familias unidas por vínculos naturales o jurídicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil.

Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre “uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes” (cursivas fuera del original)⁴¹.

Del aparte de la intervención que se acaba de transcribir pueden sacarse las siguientes conclusiones:

El constituyente entendió la expresión “Se constituye por vínculos naturales o jurídicos” contenida en el canon 42 superior de la siguiente manera: (i) Los vínculos naturales que unen a las personas en la familia son los de las personas unidas entre sí por “los diferentes grados de consanguinidad” (tal es la explicación que el mismo ponente otorga a la expresión “vínculos naturales”). (ii) Los vínculos jurídicos son “los que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos” (tal es la explicación que el mismo ponente otorga a la expresión “vínculos jurídicos”).

Nótese que el ponente incluye dentro de los vínculos jurídicos el que surge por la unión libre entre “un hombre y una mujer”. Es decir, la voluntad responsable de constituir la familia por fuera del matrimonio se entendió referida a las uniones entre parejas heterosexuales. Y como la regulación legal del matrimonio entre nosotros siempre ha establecido que éste es un contrato por el cual *un hombre y una mujer* se unen con el fin de vivir

⁴¹ *Gaceta Constitucional* N° 85, ps. 5 y 6.

juntos⁴², forzoso es concluir que la familia que quiso proteger el constituyente fue, como antes se dijo, la heterosexual y monogámica, ya sea que se constituya a partir del matrimonio o a partir de la unión libre. Los artículos indeterminados *un* y *una* hacen alusión a la monogamia, y los sustantivos *hombre* y *mujer*, a la condición heterosexual de la pareja.

Las expresiones del ponente, por consiguiente, llevan a excluir la interpretación aislada de la frase “o por la voluntad responsable de conformarla” contenida en el artículo 42 superior, interpretación según la cual tal frase haría alusión a la posibilidad de constituir la familia a partir de uniones distintas a la heterosexual y monogámica.

15. Otras frases del ponente explican cuál fue la intención del constituyente al consignar dentro del texto de la disposición finalmente aprobada la expresión “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, que hace alusión a las formas como se puede constituir la familia. En efecto, cuando el ponente indica que “una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución, la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”⁴³, expresa la intención que se tuvo de elevar a canon constitucional el reconocimiento de la protección jurídica a las familias que surgen de la unión libre entre un hombre y una mujer, protección superior que dicha familia no había obtenido hasta entonces, a pesar del régimen legal existente en ese momento, contenido en la entonces recién expedida Ley 54 de 1990. No señala la misma intención respecto de otras formas de unión como pudieran serlo la conformada por parejas homosexuales, o las que emanan de las relaciones poligámicas o poliándricas. El propósito antedicho de proteger a la familia formada a partir de la unión libre entre un hombre y una mujer resulta evidente en la cita que hace el ponente de estudios y exámenes de campo, relativos a la nupcialidad en Colombia, que a su juicio verificaban el incremento del fenómeno social y obligaban a tenerlo en cuenta en la Constitución. Dijo sobre ello lo siguiente:

Debido a cambios de mentalidad, a problemas en la primera unión y al acomodamiento económico y social de las gentes, se ve cómo desde 1990 tiene un incremento sostenido la unión libre. En la generación de la primera década de este siglo se encuentra un 10% de las familias en esta situación; en

⁴² Código Civil, art. 113: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

⁴³ Exposición de Motivos para el debate en la Comisión Quinta. *Gaceta Constitucional* N° 52, ps. 2 y 3.

la generación del '40 encontramos un 26%; en la del '50 pasa a 30% y en la de 1960 a 1964 asciende a un 45,5% según lo indica la obra *La nupcialidad en Colombia, evolución y tendencia* de las investigadoras Lucero Zamudio y Norma Rubiano.

16. Adicionalmente, los otros textos propuestos a estudio de la Asamblea Nacional Constituyente, que fueron desechados por ésta para acoger el que finalmente vino a ser el artículo 42 de la Constitución, muestran cómo el constituyente optó intencionalmente por aquel que mencionaba expresamente a un hombre y a una mujer como fundadores de la familia, y descartó los que dejaban abierta la posibilidad de entender que otras formas de unión también serían objeto de la protección constitucional.

Así, la propuesta minoritaria de la Comisión Primera era de este tenor, que no fue acogido:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Está compuesta por personas unidas entre sí por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de constituirla. Un hombre y una mujer tienen derecho a unirse en matrimonio y a conformar y desarrollar libremente su familia⁴⁴.

Nótese cómo este texto reservaba el matrimonio a parejas heterosexuales, pero abría la posibilidad de constituir familias a partir de uniones entre “personas” y no exclusivamente entre un hombre y una mujer.

Igualmente, otros textos presentados a las Comisiones Primera y Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, finalmente no adoptados, se referían al derecho de todas las personas a formar una familia. La ponencia elaborada por Aída Abella, Raimundo Emiliani Román, Germán Toro, Diego Uribe Vargas y María Mercedes Carranza proponía el siguiente contenido literal:

La familia. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección integral de ésta y del Estado. Todas las personas tienen derecho a conformar libremente una familia, cuyos efectos serán determinados exclusivamente por la ley⁴⁵.

Así mismo el artículo propuesto a la Comisión Quinta e igualmente desechado expresaba:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Está compuesta por personas unidas entre sí por vínculos naturales o jurídicos...⁴⁶

17. De todo lo anterior la Corte concluye que la voluntad explícita del

⁴⁴ *Gaceta Constitucional* N° 83, p. 39, y N° 85, p. 9.

⁴⁵ Conf. *Gaceta Constitucional* N° 51, p. 22.

⁴⁶ Conf. *Gaceta Constitucional* N° 52, p. 3.

constituyente fue determinar la protección especial a que alude el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución, para aquellas familias constituidas a partir de la unión matrimonial o de la unión libre entre un hombre y una mujer, y que la expresión superior contenida en el artículo 42 relativa a la voluntad libre de conformar la familia se vincula a la familia heterosexual. A similar conclusión había antes llegado esta Corporación cuando con ocasión de la demanda incoada en contra del artículo 1 de la Ley 54 de 1990 definió que el constituyente se había referido a la protección de la familia formada por una pareja de ambos sexos⁴⁷. El tenor del artículo entonces acusado de inexecutable era el siguiente:

Artículo 1. 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.

Lo impugnado en aquella oportunidad eran las expresiones hombre y mujer destacadas, y el cargo aducía que la norma demandada y otras también acusadas de la Ley 54 de 1990, que consagran el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, no tomaban en consideración a las parejas de mujeres o de hombres que cohabitaban de manera estable y permanente y, por este motivo, se producía una discriminación que violaba los artículos 1, 13, 16, 18 y 21 de la C. P., en cuanto protegían únicamente a las uniones heterosexuales.

La Corte explicó que el objeto de la Ley 54 de 1990 había sido el de avanzar en el sentido de reconocer jurídicamente la existencia de las uniones libres y regular sus derechos y deberes patrimoniales, sin llegar a equiparar a los compañeros permanentes con los cónyuges vinculados por matrimonio. Sobre el punto concreto de la noción de unión libre como origen de la familia, la Corte en el referido fallo se refirió a ella en estos términos:

La unión marital de hecho, a la que se refieren las normas demandadas, corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. *La unión libre de hombre y mujer, "aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales", debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar. Los antecedentes del artículo 42 de la C. P., en la Asamblea Nacional Constituyente, ponen de presente que la unión marital*

⁴⁷ Conf. Sentencia C-098 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de hecho, como unión libre de hombre y mujer, corresponde al caso de la familia que se origina por la "voluntad responsable de conformarla". Cabe resaltar, como se desprende de la ponencia presentada a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, que las normas legales sometidas al control de esta Corte fueron expresamente consideradas en sus debates y consideradas compatibles con los nuevos principios constitucionales, hasta el punto de que se juzgó necesario no abrogarlas sino "complementarlas" (cursivas fuera del original).

En sustento de la constitucionalidad de las expresiones acusadas del artículo 1 de la Ley 54 de 1990, dijo entonces la Corte:

Los derechos patrimoniales que la ley reconoce a quienes conforman la unión marital de hecho responden a una concepción de equidad en la distribución de los beneficios y cargas que de ella se derivan. A cada miembro se reconoce lo que en justicia le pertenece. El hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso, máxime si se toma en consideración la norma constitucional que le da sustento (art. 42).

18. Todo lo anteriormente expuesto en relación con la familia que la Constitución protege no resulta contradictorio, aclara la Corte, con el apoyo especial que el segundo inciso del artículo 43 superior dispensa a la mujer cabeza de familia. Esta última es una norma de naturaleza protectora que busca amparar a la mujer que se encuentra en situación de debilidad manifiesta por la excesiva carga de responsabilidad que sobre ella pesa, pero que no tiene el alcance de desvirtuar la definición de familia adoptada por el artículo constitucional precedente. El desarrollo legal de este inciso del artículo 43 de la Carta, llevado a cabo mediante la Ley 82 de 1993, corrobora que dicha protección superior a la mujer cabeza de familia no pretendía redefinir la noción constitucional de familia. En efecto, el artículo 1 de dicho estatuto legal repite literalmente la definición superior de familia, en un intento por reiterar que el mencionado amparo no obsta para considerar a la familia como aquella que se constituye "por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla".

Ahora bien, tampoco el hecho de que la familia que el constituyente optó por proteger sea la que emana de la unión heterosexual y monogámica tiene el alcance de discriminar a quienes deciden mantener una relación homosexual estable. Reiterada jurisprudencia constitucional, entre ella la que acaba de citarse, hace énfasis en que la Constitución no prohíbe esta opción de vida. Así, en la mencionada sentencia parcialmente transcrita anteriormente, la Corte dejó claro que las disposiciones demandadas, adoptadas por el legislador, no

prohibían ni sancionaban el homosexualismo, sino que se limitaban, dijo, “a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones. No se descubre en ellas censura o estigmatización de ningún género hacia las parejas homosexuales”. En el mismo sentido la Corporación había expresado antes que “los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población no justifica tratamiento desigual”⁴⁸.

19. La naturaleza heterosexual y monogámica de la familia en la Constitución tiene relevantes consecuencias en la estructura de las relaciones jurídicas y de parentesco que se dan dentro de la familia adoptiva. Aparte de las relaciones conyugales que se presentan entre los cónyuges, o de las que se establecen entre los compañeros permanentes, reguladas principalmente por el Título IX del Código Civil y por la Ley 54 de 1990, respectivamente, en esta familia, cuando existe prole adoptada, se generan relaciones entre padres e hijos de familia, que son reguladas por el Título XII del Código Civil⁴⁹. Ahora bien, estas relaciones jurídicas que se establecen por la ley se dan entre padres adoptivos unidos por matrimonio o pareja de hombre y mujer convivientes en unión marital de hecho y los hijos adoptivos, en igualdad de condiciones.

A partir de las anteriores realidades jurídicas debe ser analizado el cargo propuesto en la demanda, dirigido en contra del numeral 2º del artículo 90 del Código del Menor, que indica que puede adoptar conjuntamente “la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”.

Constitucionalidad de la restricción introducida por el numeral 2º del artículo 90 del Código del Menor, respecto de la posibilidad de adoptar menores de edad

20. El tenor literal de la disposición que examina ahora la Corte es el siguiente, que conviene recordar. En él se destacan las expresiones acusadas:

Artículo 90. Pueden adoptar conjuntamente:

1. Los cónyuges.

⁴⁸ Sentencia T-539 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sobre el mismo tema pueden consultarse, entre otras, las siguientes decisiones de la Corte Constitucional: T-077 de 1994, C-569 de 1994, T-037 de 1995, T-290 de 1995, T-277 de 1996, T-101 de 1998 y C-481 de 1998.

⁴⁹ Las relaciones paterno y materno-filiales que se dan entre padres e hijos adoptivos, es decir el parentesco civil, son iguales esencialmente a las que se dan entre padres e hijos unidos por parentesco de consanguinidad, teniendo en cuenta que no existe entre nosotros la adopción simple, y que la adopción plena rompe los vínculos de parentesco con la familia biológica.

2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior.

Los antecedentes históricos de la anterior disposición muestran cómo el numeral 2º de la misma constituyó una innovación legislativa introducida por el Decreto 2737 de 1989 –Código del Menor–. En efecto, en la regulación legal anterior, contenida en la Ley 5ª de 1975⁵⁰, sólo podían adoptar conjuntamente el marido y la mujer, siempre y cuando uno de ellos fuera mayor de 25 años. El propósito que persiguió el legislador extraordinario de 1989 fue acabar con la discriminación existente entre parejas unidas por matrimonio y por unión libre, concediendo a ambas la posibilidad de adoptar en forma conjunta. Es este sentido, a pesar de ser una disposición preconstitucional, el que se adapta al espíritu del constituyente, como también, en otro aspecto, sucede con la Ley 54 de 1990.

De otro lado, aprecia la Corte que la interpretación literal de la norma transcrita no puede ser sino una, pues el texto es completamente claro. Él indica que se autoriza la adopción conjunta únicamente en dos casos: (i) cuando quienes pretenden adoptar son cónyuges, es decir un hombre y una mujer unidos por el vínculo del matrimonio, y (ii) cuando quienes pretenden adoptar sean una pareja formada por hombre y mujer que hayan convivido ininterrumpidamente por lo menos tres años. No es posible que la Corte emita entonces un fallo interpretativo, que procede cuando las disposiciones sometidas a revisión de la Corte admiten varias interpretaciones, una o unas de las cuales se ajustan a la Constitución y otras no⁵¹, lo cual no sucede en este caso, pues la norma, como se dijo, sólo admite un entendimiento.

Debe entonces la Corte establecer dos cosas: en primer lugar, si el tenor literal transcrito, en lo que él mismo dice, desconoce o no desconoce la Constitución, y en segundo lugar, si por lo que dicho texto no dice se erige en una omisión legislativa inconstitucional, es decir en el incumplimiento por parte del legislador de la obligación de incluir un determinado contenido normativo en la disposición, circunstancia que llevaría a la Corte a proferir una sentencia integradora, es decir un pronunciamiento en el que se hiciera efectivo directamente el valor normativo de la Carta Política⁵². Es decir, en este último supuesto la Corte debe estudiar si la no inclusión

⁵⁰ Esta ley, a su vez, modificó la Ley 140 de 1960 y el régimen del Código Civil.

⁵¹ Ver al respecto, entre otras, las Sentencias C-503 de 1993, C-542 de 1993, C-110 de 1994, C-145 de 1994, C-180 de 1994, C-496 de 1994 y C-690 de 1996.

⁵² Sobre sentencias integradoras, ver, entre otras, la Sentencia C-109 de 1995.

de las parejas homosexuales dentro de la autorización para adoptar conjuntamente constituye una omisión legislativa inconstitucional por violación del principio de igualdad, que deba conducir a un fallo integrador.

21. En cuanto a lo que establece el tenor literal del segundo inciso del artículo 90 del Código del Menor, él resulta plenamente acorde con las disposiciones superiores. La autorización que otorga propicia la igualdad de trato entre las parejas unidas por matrimonio y aquellas otras constituidas por un hombre y una mujer que conviven en unión libre, y en este sentido, a pesar de tratarse de una norma expedida antes de la Constitución, coincide con el propósito del constituyente que, como se dijo, fue el de equiparar los derechos de unas y otras.

Desde este punto de vista la Corte no podría declarar la inexecutable de los apartes impugnados, pues ello significaría desconocer este reconocimiento hecho por la ley a las parejas que viven en unión libre por más de tres años, lo cual resultaría inadmisibles de cara a la Constitución.

22. Respecto de la supuesta omisión legislativa que pudiera estar presente en la norma que parcialmente se acusa, en cuanto ella no autoriza a las parejas homosexuales para adoptar conjuntamente, violando con ello el principio de igualdad, la Corte estima lo siguiente: La posibilidad de emitir una sentencia integradora por omisión legislativa discriminatoria, de conformidad con los criterios que al respecto ha sentado la jurisprudencia de la Corporación, se da en aquellos casos en los cuales "...la inexecutable derivaría de la conducta omisiva del legislador que propicia la desigualdad de trato que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo"⁵³. El fenómeno de este tipo de inconstitucionalidad, ha dicho también la Corte, "está ligado, cuando se configura, a una 'obligación de hacer', que supuestamente el constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta"⁵⁴. Y ha señalado además que "son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad"⁵⁵.

Así las cosas, lo que debe determinarse en el presente caso es si la hipótesis de hecho regulada por la norma acusada, esto es la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre por lo menos tres años, es idéntica a la de las parejas homosexuales que han vivido en la

⁵³ Sentencia C-555 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁴ Sentencia C-188 de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz.

⁵⁵ Sentencia C-146 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

misma situación por ese tiempo, de tal manera que se imponía al legislador dar el mismo trato a ambas situaciones, concediendo en los dos supuestos la autorización para adoptar en forma conjunta.

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener la familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no sólo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y a las relaciones que se derivan de la adopción.

En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia⁵⁶, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar.

Por todo ello, se ajusta a la Constitución el que el legislador limite la libertad del juez que decreta la adopción, señalando que la autorización para adoptar sólo puede ser concedida a quienes pretenden conformar la familia que el constituyente quiso proteger. Éste y no otro es el interés superior del menor, dentro de la axiología determinada por las normas superiores.

23. Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es el de formar parte de la familia que el constituyente protege. Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en

⁵⁶ Vgr. familia poligámica, poliándrica, poliginica.

uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la Constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional. En tal virtud, será declarada su exequibilidad.

VII. *Decisión*

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Resuelve

Primero: Declarar *exequible* la palabra “moral” contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

Segundo: Declarar *exequible* la expresión “La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”, contenida en el numeral 2º del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Alfredo Beltrán Sierra, presidente; Jaime Araujo Rentería, magistrado;
Manuel José Cepeda Espinosa, magistrado; Jaime Córdoba Triviño,
magistrado; Rodrigo Escobar Gil, magistrado; Marco Gerardo Monroy
Cabra, magistrado; Eduardo Montealegre Lynett, magistrado; Álvaro
Tafur Gálvis, magistrado; Clarainés Vargas Hernández, magistrada;
Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, secretaria general

2. JCom. y Minas N° 10 de Mendoza, 20-10-98, “A., A. s/Inf. sumaria”

Seguridad Social: Obras sociales. Beneficiarios.

Personas convivientes del mismo sexo

1. La regla del artículo 9, inciso b, Ley 23.660 de Obras Sociales establece dos condiciones de aplicación que deben verificarse para que se logre la calidad de beneficiario indirecto de la obra social: a) la convivencia con el afiliado titular, y b) el ostensible trato familiar.

2. La ley 23.660 sólo requiere convivencia con trato familiar, no con estado de familia, lo que revela una clara referencia a la conducta efectivamente