

Curso virtual de DDHH – Caso 2

Derecho a la libertad y a la no discriminación

Aspectos procesales y solución de fondo

Colombia

**Realizado por: Germán Rodríguez González y
Valentina Vera Quiroz**

Aspectos procesales

1. Tipo de acción

En el presente caso se trata de una acción pública de inconstitucionalidad. De conformidad con la sentencia [C-932 de 2004](#) de la Corte Constitucional, [e]l sistema constitucional colombiano consagra como principal mecanismo para el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto la acción de inconstitucionalidad, que otorga a todo ciudadano en ejercicio la facultad de acusar ante el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, normas de inferior jerarquía que se estiman contrarias al ordenamiento superior, a fin de que sean declarados inexequibles mediante una providencia que hace tránsito a cosa juzgada constitucional”.

2. La competencia del Tribunal o Corte para conocer el caso

De acuerdo con numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, a la Corte Constitucional de Colombia, “[d]ecidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

3. El reclamante

En el presente caso no se hace explícita la naturaleza jurídica del accionante. Sin embargo, la acción pública de inconstitucionalidad puede ser interpuesta por cualquier ciudadano que considere que una disposición legal viola la Constitución.

4. El objeto del amparo o tutela constitucional

En el caso bajo estudio se alega la violación al derecho a la igualdad y la prohibición de no discriminación contenidos en el artículo 13 de la Carta Política.

5. La legitimación del demandante

La acción puede ser interpuesta por cualquier ciudadano cuyo interés sea la defensa de la supremacía de la Constitución.

6. El agotamiento de la vía jurídica ordinaria

La acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo principal, por lo tanto, no requiere del agotamiento de la vía ordinaria previamente.

7. La forma y el plazo para la admisibilidad de la acción

La sentencia [C-243 de 2012](#) detalló los requisitos para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Así las cosas, indicó que:

“Las razones en que sustenta la demanda deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. 1. La claridad de la demanda se predica de aquella que tiene una coherencia argumentativa tal que le permita a la Corte identificar con nitidez el contenido de la censura y su justificación. Aunque debido al carácter público de la acción de inconstitucionalidad no resulta exigible la adopción de una técnica específica, como sí sucede en otros procedimientos judiciales, no por ello el demandante se encuentra relevado de presentar las razones que sustentan los cargos propuestos de forma coherente y comprensible. 2. La certeza de las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad, tiene que ver con que los cargos se dirijan contra una proposición normativa “real y existente”. Esto es, que esté efectivamente contenida en la disposición acusada y no sea inferida por el demandante, implícita o construida a partir de normas que no fueron objeto de demanda. La certeza exige que la norma que se acusa tenga un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto. 3. El requisito de especificidad hace referencia a que la demanda contenga al menos un cargo concreto contra las normas demandadas. En este orden de ideas, se oponen a la especificidad los argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que

se acusan”. Los argumentos expuestos por el demandante deben establecer una oposición objetiva entre el contenido del texto que se acusa y las disposiciones de la Constitución Política. 4. La pertinencia de los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad está relacionada con que el reproche formulado por el peticionario sea de naturaleza constitucional, y no fundado solamente en consideraciones legales y doctrinarias. Por ello, son impertinentes los cargos que se sustenten en la interpretación subjetiva de las normas acusadas a partir de su aplicación en un problema particular y concreto, o en el análisis sobre la conveniencia de las disposiciones consideradas inconstitucionales, entre otras. 5. Por último, la suficiencia se predica de las razones que guardan relación, por una parte, “con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche” y, por otra parte, con el alcance persuasivo de los argumentos de la demanda que, “aunque no logren *prime facie* convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”.

En cuanto al tiempo, no existe tarifa legal para la interposición de la acción por cuanto la inconstitucionalidad de la norma demandada no se sanea con el paso del tiempo, de tal manera que esta puede ser interpuesta en cualquier momento.

Solución de fondo

I. Problema jurídico

Haciendo uso de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución Política de Colombia, un ciudadano formuló ante la Corte Constitucional cargos de inconstitucionalidad en contra el siguiente aparte normativo de la Ley Y: “[s]on requisitos de legitimación para adoptar (...) c) conformar una vida de pareja entre un hombre y una mujer, ya sea por unión de hecho, solemne o matrimonial”. Admitida la demanda, el Tribunal se halla abocado a resolver el siguiente problema jurídico:

¿Es contraria al principio de igualdad y no discriminación una disposición normativa según la cual es requisito para adoptar que se conforme una relación de pareja entre un hombre y una mujer,

excluyendo así la posibilidad de que una pareja del mismo sexo se encuentre legitimada para acceder a la adopción conjunta de menores de edad?

Para dar respuesta a ese interrogante la Sala procederá a hacer el examen constitucional de las normas demandadas.

II. Marco jurídico de protección a la igualdad y prohibición de discriminación

El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política¹, es un concepto multidimensional en la medida en que es reconocido como un principio, un derecho y una garantía², que comprende tres dimensiones diferentes. La primera se refiere a la igualdad formal, la cual implica que todos los sujetos son iguales ante la ley; la segunda se refiere a la igualdad material, la cual significa que todas las personas deben gozar de las mismas oportunidades; y finalmente, la prohibición de discriminación, que se refiere a que, tanto el Estado como los individuos, no pueden aplicar un trato diferenciado basado en criterios sospechosos como lo son la raza, el sexo, la nacionalidad, la ideología, la identidad de género, la religión, entre otras³. Esto último implica que están prohibidas todas aquellas distinciones que no se encuentran justificadas por cuanto éstas tienen la potencialidad de generar daños adversos a todas aquellas personas a quienes se dirigen dichas conductas.

A su vez, las autoridades públicas se encuentran en la obligación de adoptar medidas favorables destinadas a superar las condiciones de desigualdad que enfrentan los grupos que han sido históricamente discriminados o marginados, las personas y grupos vulnerables, o los sujetos en condición de debilidad manifiesta⁴. Por lo tanto, la igualdad es un concepto “relacional” ya que involucra cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, que deben garantizarse según las

¹“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

² [Sentencia T-909 de 2011](#). M.P. Juan Carlos Henao Pérez

³ Constitución Política, Art. 13, inciso 1.

⁴ [Sentencia C-371 de 2000](#). M.P. Carlos Gaviria Díaz; [Sentencia SU-388 de 2005](#). M.P. Clara Inés Vargas Hernández; [Sentencia SU-389 de 2005](#). M.P. Jaime Araújo Rentería; [Sentencia T-340 de 2010](#). M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

diversas condiciones de cada sujeto⁵, y que, por el contrario, no supone un mecanismo “aritmético” de distribución de cargas y beneficios⁶.

Lo anterior implica que la igualdad siempre se estudia respecto a dos situaciones, personas o grupos con igualdades y desigualdades comparables según un criterio jurídicamente relevante. En este sentido, le corresponde al juez constitucional determinar si, en tales supuestos, dichas situaciones, personas o grupos no deben recibir un tratamiento diferenciado. Por lo tanto, “[u]n trato diferente basado en razones constitucionalmente legítimas es también legítimo, y un trato diferente que no se apoye en esas razones debe considerarse discriminatorio y, por lo tanto, prohibido”⁷. Así las cosas, con el fin de determinar la violación al derecho a la igualdad, deben revisarse las razones en las que se fundamentan el trato diferenciado. A este análisis se le conoce como *test de igualdad*, el cual consiste en determinar las medidas adoptadas que suponen un trato diferente se encuentran justificadas en razones constitucionalmente legítimas.

Ahora bien, en el caso que nos atañe, es decir, el supuesto trato discriminatorio hacia las parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional a partir su sentencia [T-276 de 2012](#) dispuso la regla según la cual no hay justificación alguna para admitir que, por el hecho de ser homosexual, a una persona se le niegue el derecho a adoptar. Debe ponerse de presente que en esa primera ocasión el análisis de constitucionalidad estuvo enfocado especialmente en aclarar si la orientación sexual diversa del adoptante podría significar una afectación de los derechos de los menores susceptibles de adopción. La Corte concluyó que ante la ausencia de acreditación de tal vulneración por parte de la autoridad administrativa demandada, se debía acceder al amparo de los derechos al debido proceso y unidad familiar de los infantes, los cuales, para la Corte, fueron transgredidos al impedirse su adopción con base en una causa que no les genera ninguna afectación. Sin embargo, la Corte se abstuvo de adelantar un análisis desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación del adoptante.

En esta oportunidad la Corte debe examinar el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad y prohibición de no discriminación de las parejas del mismo sexo, como consecuencia de la limitación normativa que faculta para adoptar -conjunta o complementariamente-, únicamente a parejas conformadas por un hombre y una mujer, a saber:

la Ley Y dispone que “[s]on requisitos de legitimación para adoptar: (...) c) conformar una vida de pareja entre un hombre y una mujer, ya sea por unión de hecho, solemne o

⁵ [Sentencia C-090 de 2001](#). M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶ [Sentencia T-422 de 1992](#). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; [Sentencia T-530 de 1993](#). M.P. Alejandro Martínez Caballero; [Sentencia C-1043 de 2006](#). M.P. Rodrigo Escobar Gil; [Sentencia C-075 de 2007](#). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ [Sentencia C-560 de 2016](#). M.P. María Victoria Calle Correa.

matrimonial”.

El análisis de estas dos modalidades de adopción -conjunta y complementaria o por consentimiento-, debe efectuarse de manera independiente, en la medida en que cada una de ellas presenta sus propias especificidades, tanto normativas como fácticas, y que son sustancialmente relevantes para llevar a cabo el juicio de constitucionalidad. Así las cosas, debe evaluarse si la distinción en que se funda es constitucionalmente válida o si, por el contrario, conlleva una diferenciación inadmisibles y, por tanto, contraria a la Carta y disposiciones internacionales que integran el ordenamiento jurídico colombiano por vía del [bloque de constitucionalidad strictu sensus](#), tales como el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹, el [artículo 1.1 y 24](#) de la [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#) (CADH), el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰.

II. 1 Constitucionalidad de la adopción conjunta por parejas del mismo sexo

La adopción conjunta corresponde a una de las modalidades de adopción reguladas en Colombia, y se refiere a la posibilidad de que cónyuges o parejas que demuestren convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, están legitimados para poder adoptar. Dicha modalidad de adopción fue revisada por el Alto Tribunal en su sentencia [C-683 de 2015](#), al estudiar las demandas formuladas contra la figura del “cónyuge o compañero permanente” como requisito para la adopción conjunta, contenido en el Código de Infancia y Adolescencia, así como la definición de compañeros permanentes de que trata el artículo 1 de la Ley 54 de 1993, según el cual se trata de la unión formada entre un hombre y una mujer. Para los demandantes, tales disposiciones atentaban contra el principio de igualdad, fundamentalmente por la restricción que se impone a los menores de tener un solo tipo de familia, excluyendo la posibilidad de conformar un hogar con las parejas del mismo sexo, pese a que no está acreditada la inidoneidad de este tipo de grupos familiares.

⁸[Sentencia C-225 de 1995](#). M.P. Alejandro Martínez Caballero. “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

⁹ “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

¹⁰ “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Esta sentencia constituye el statu quo de la situación objeto de análisis. La Corte se abstuvo de pronunciarse sobre los cargos de violación de la igualdad formulados contra las normas cuestionadas, al establecer que ello ya había sido desestimado por la Sala en la [sentencia C-071 de 2015](#).

En dicha oportunidad, la Corte conoció la acción pública de inconstitucionalidad formulada contra, por un lado, algunos apartes normativos de la Ley 1098 de 2006, en las que se hacía referencia a la figura del compañero o compañera permanente como uno de los requisitos para la adopción conjunta, pero también la complementaria o por consentimiento, y por otro lado, el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, en el que se definía la unión marital de hechos como aquella conformada por un hombre y una mujer. Explícitamente, la Corte se ocupó de resolver el siguiente problema jurídico: “¿[L]as normas que regulan la adopción conjunta y complementaria por parte de compañeros permanentes, al no incluir a las parejas del mismo sexo como posibles adoptantes, vulneran sus derechos a no ser discriminadas por motivo de sexo o de orientación sexual, así como sus derechos a constituir una familia y no ser separadas de ella (arts. 13 y 42 CP)?”.

Con el propósito de dar respuesta a dicho interrogante la Sala se ocupó en primer lugar de reiterar lo establecido en la sentencia [C-577 de 2011](#), en la que el Tribunal Constitucional definió con claridad que el concepto constitucional de familia no sólo es propio de las relaciones conformadas por una pareja heterosexual, sino también por las “parejas del mismo sexo que asumen compromisos de afecto, solidaridad y respeto”. Sin embargo, reiterando la posición que previamente ya había sido asumida por la Corte en la sentencia [SU-617 de 2014](#), se insistió en que las disposiciones demandadas no eran contrarias al ordenamiento jurídico y, por tanto, no eran violatorias del principio de igualdad, pues, en uso de la libertad de configuración del legislador, las normas demandadas tuvieron por propósito habilitar la adopción para una de las modalidades de familia constitucionalmente reconocidas en nuestro sistema jurídico, dando preferencia razonable a la heterosexual, inspiradas en la prevalencia, para los menores, de la superación de las carencias causadas por la ausencia de un padre y una madre.

En este sentido, el legislador valoró que la diferencia entre ambos tipos de parejas radica en que la adopción tiene por objeto sustituir en la medida de lo posible las relaciones filiales que nunca se llegaron a consolidar o que se perdieron, donde la existencia de padre y madre fue el punto de referencia en virtud de los lazos naturales de consanguinidad. Con esto en mente, no existía para el legislador una obligación de dar un tratamiento idéntico a las diversas modalidades de familia reconocidas y protegidas por la Carta Política en lo referido a su habilitación para participar en procesos de adopción conjunta.

Para este Alto Tribunal, la institución jurídica de la adopción no pretende, ni debe pretender, que quien carece de un hijo pueda llegar a tenerlo, sino que el menor que no tiene padres logre ser parte de una familia rodeado de las condiciones propicias para su desarrollo armónico e integral¹¹, ya que la adopción no está encaminada a dar un niño a una familia sino una familia a un menor que la necesita, restableciendo con ello, en cuanto sea posible, los lazos de filiación. En este sentido, es el Congreso de la República el primer llamado a definir cuáles son los sujetos habilitados y los requisitos que una familia debe acreditar para recibir a un niño en situación de adoptabilidad. Además, no todas las modalidades de familia constitucionalmente reconocidas se encuentran en las mismas circunstancias fácticas, por lo que no necesariamente deben sujetarse a idénticas reglas jurídicas en cuanto al régimen de adopción¹².

En concepto de la Sala, la regulación prevista por el legislador resulta constitucionalmente válida ya que no tuvo como base la orientación sexual de las personas que aspiran a participar en un proceso de adopción, sino que se fundamentó principalmente en la modalidad bajo la cual se integra una familia, así como la importancia de la adopción como institución jurídica que pretende suplir y restablecer, en cuanto sea posible, los lazos de filiación que el menor ha perdido o nunca tuvo, y por esa vía potenciar las condiciones para su desarrollo armónico e integral, donde la existencia del referente paterno y materno se vislumbra como relevante para la formación del menor.

Lo dicho constituye un tratamiento diferencial que atiende un fin legítimo, con límites objetivos y razonables¹³, pues el propósito que inspiró al legislador al regular la adopción conjunta fue procurar al menor un entorno en el que preferentemente se suplan las carencias de padre y madre, de lo que no puede extraerse el ánimo de discriminar a las parejas del mismo sexo, pues simplemente supone facilitar la integración del menor a un nuevo hogar con la presencia clara de los referentes materno y paterno.

En conclusión, el hecho de que la jurisprudencia constitucional se haya decantado por un concepto de familia fundado en el pluralismo, para reconocer que las parejas del mismo sexo pueden conformar un hogar, lo cual significa que son dignas y merecedoras de plena aceptación y protección constitucional; no necesariamente implica que participar en procesos de adopción en idénticas condiciones que las familias conformadas por hombre y mujer.

¹¹ [Sentencias C-093 de 2001](#), M.P. Alejandro Martínez Caballero; [Sentencia T-510 de 2003](#). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; entre otras.

¹² [Sentencias C-239 de 1994](#). M.P. Jorge Arango Mejía; [Sentencia C-174 de 1996](#). M.P. Jorge Arango Mejía; [Sentencia C-595 de 1996](#). M.P. Jorge Arango Mejía; [Sentencia C-533 de 2000](#). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; [Sentencia C-1033 de 2002](#). M.P. Jaime Córdoba Triviño; [Sentencia C-821 de 2005](#). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

II. 2 Constitucionalidad de la adopción complementaria o por consentimiento por parejas del mismo sexo

La adopción complementaria o por consentimiento ocurre cuando “se adopta el hijo o hija del cónyuge o del compañero o compañera permanente que demuestre convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años”¹⁴. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con la adopción conjunta, donde el menor carece de vínculos filiales, estos lazos ya existen con el consanguíneo directo y a menudo, también se han construido vínculos de crianza entre el menor y la pareja del padre o madre biológico.

En esta modalidad de adopción, por el contrario, la Corte considera indispensable mencionar que, en salvaguarda del interés superior del menor y su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, la limitación de adopción a parejas conformadas por hombre y mujer resulta incompatible con la Constitución. Esto por cuanto la adopción complementaria o por consentimiento es la respuesta al imperativo constitucional de proteger los derechos de los menores a mantener estables sus vínculos de consanguinidad y con el hogar de el cual ha permanecido en forma estable.

Impedir la adopción complementaria o por consentimiento conduciría a destruir los lazos de amor, respeto, socorro, entre otros, que se han forjado cuando, por cualquier motivo, un menor ha crecido de la mano de su padre o madre biológico, quien a su vez convive con su pareja del mismo sexo, ya que en ese entorno se han forjado vínculos de afecto y solidaridad, lo cual afecta a todos los integrantes de dicho grupo familiar protegido constitucionalmente.

Así las cosas, siendo la familia una figura que encuentra distintas manifestaciones admisibles jurídicamente, como ocurre en el caso de las parejas homosexuales, no resulta constitucionalmente viable imposibilitar el reconocimiento jurídico de la filiación, pues ello conduciría a la desprotección de quienes ya conformar una unidad familiar, lo cual implicaría una vulneración injustificada del derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella¹⁵.

En la precitada sentencia C-071 de 2015, esta Corte encontró que la exclusión de la adopción de los menores por parte de parejas del mismo sexo genera un déficit de protección y vulnera el interés superior del menor, con base en las siguientes razones: en primer lugar, porque al Estado le es exigible el mandato relativo a la garantía del derecho a tener una familia de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono; por lo que, siendo constitucionalmente

¹⁴ Sentencia C-071 de 2015.M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ Constitución Política, Art. 42.

admisible que la familia también corresponde a aquella conformada por las parejas del mismo sexo, es posible reconocer la realización del mandato en favor de los menores a través de los distintos tipos de familia, que en sí mismos contribuyen a la realización del desarrollo integral y armónico de quienes son susceptibles de adopción.

En segundo lugar, porque la privación que la legislación impone a los menores de la posibilidad de ser parte de un hogar estable, conformado por pareja de adoptantes del mismo sexo, no encuentra ningún fundamento objetivo y razonable que dé cuenta de cómo los compañeros permanentes homosexuales podrían impedir que los menores se formen en un entorno adecuado para su crecimiento, y de qué manera ello sólo es posible en las relaciones heterosexuales. El déficit de protección, así, se estructura frente al obstáculo que se antepone a quienes se encuentran en situación de orfandad de ser adoptados por una pareja que ha acreditado estar en condiciones de garantizar un contexto idóneo para su desarrollo.

La falta de reconocimiento jurídico del vínculo de filiación conllevaría a desconocer el derecho del menor a tener una familia y, sobre todo, a no ser separado de ella, pero además implicaría un grave riesgo para el ejercicio de otros derechos de todos los integrantes del núcleo familiar, en la medida en que algunas obligaciones solo son exigibles cuando existe un vínculo de filiación, tales como los alimentos, la seguridad social, el derecho sucesoral, entre otros.

Por todo lo anterior, los requisitos para acceder a la adopción por consentimiento o complementaria, aplican también a las parejas del mismo sexo “cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”¹⁶.

III. Constatación de un trato diferenciado

Como se mencionó en líneas anteriores, el principio de igualdad no implica que la ley no pueda establecer tratamientos diferentes. Por el contrario, lo que se exige es que en éstos se encuentre una justificación objetiva y razonable, según la finalidad perseguida por la autoridad¹⁷. Así las cosas, lo que se exige es que el trato diferenciado -incluso basado en la orientación sexual de una persona- obedezca a fines constitucionalmente legítimos a través de medios adecuados, necesarios y proporcionados para alcanzarlos.

Al respecto, la sentencia [C-075 de 2007](#) se refirió a algunos de los pronunciamientos que ha hecho el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, encargado de la interpretación del Pacto

¹⁶ [Sentencia C-071 de 2015](#). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷ [Sentencia C-221 de 1992](#). M.P. Alejandro Martínez Caballero; [Sentencia C-430 de 1993](#). MP. Hernando Herrera Vergara.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los que se señaló que, en relación con el artículo 26 del PIDCP, la prohibición de discriminar en razón del sexo incluye la categoría de “orientación sexual”, la cual constituye un criterio sospechoso de diferenciación¹⁸. En ese sentido, se afirmó que, si bien no toda distinción es equivalente a la prohibición de discriminación contenida en el Pacto, si no se ofrece ningún fundamento que demuestre las razones por las cuales se justifica dicha distinción, ésta debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto¹⁹.

Según lo anterior, por tratarse de un criterio sospechoso de discriminación, los tratamientos diferenciales que se fundan en la orientación sexual se encuentran sujetos a un riguroso análisis de constitucionalidad con el fin de examinar si responden o no al principio de razón suficiente²⁰. Sin embargo, la jurisprudencia también ha reconocido que existen distinciones tanto fácticas como jurídicas entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, por lo que no necesariamente hay un mandato imperativo de dar un tratamiento igual a unas y otras²¹. Con base en lo anterior, procede esta Corte a estudiar si los tratamientos diferenciales que ha fijado el legislador se encuentran fundados objetiva y razonablemente.

IV. Justificación del trato diferenciado

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reseñado que, en aras de determinar si el criterio de distinción empleado por la autoridad cumple con el principio de igualdad, es necesario hacer uso de un juicio de igualdad compuesto de diferentes niveles de intensidad²², es decir, débil, intermedio o estricto²³. El primero tiene como finalidad establecer si la medida tiene un fin constitucionalmente legítimo y si es adecuada para lograr el objetivo que persigue; además, se exige que la medida no esté prohibida por la Constitución. El segundo se aplica cuando se requiere fijar si la medida adoptada puede afectar o no el goce de un derecho constitucional no fundamental, cuando existe un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia, o cuando la medida puede ser “potencialmente discriminatoria”²⁴.

El test estricto se aplica cuando las diferenciaciones efectuadas se basan en criterios sospechosos, cuando puede afectar a grupos marginados o que se encuentran en una situación de debilidad

¹⁸ Caso Toonen v. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

¹⁹ Caso Young c. Australia Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/ 941 /2000.

²⁰ [Sentencia C-798 de 2008](#). M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²¹ [Sentencia C-071 de 2015](#). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² [Sentencia C-093 de 2001](#). M.P. Alejandro Martínez Caballero

²³ [Sentencia C-445 de 1995](#). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ [Sentencia C-014 de 2016](#). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

manifiesta, o cuando la diferenciación puede afectar el goce de un derecho fundamental²⁵. En este último escenario, se exige que “i) la medida utilizada debe perseguir ya no solo un objetivo no prohibido, sino que debe buscar la realización de un fin constitucionalmente imperioso; y ii) el medio utilizado debe ser necesario, es decir no basta con que sea potencialmente adecuado, sino que debe ser idóneo”²⁶.

Dadas las anteriores consideraciones, resulta necesario someter a un escrutinio estricto todo tratamiento diferencial que tome como base la orientación sexual de las personas. Así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, (i) se prohíbe toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual, (ii) en la medida en que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, no existe un mandato constitucional de dar un tratamiento igual a unas y otras; (iii) le corresponde al legislador fijar las medidas necesarias para proteger a los grupos en condición de marginamiento; y (iv) toda diferenciación de trato entre estos grupos debe estar justificado en el principio de razón suficiente.

Ahora bien, resulta necesario determinar si, desde el punto de vista convencional, se justifica un trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y del mismo sexo para poder adoptar menores de edad. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) resulta relevante como criterio interpretativo para fijar el sentido de las normas internacionales sobre derechos humanos que son vinculantes para Colombia²⁷. En su sentencia [Atala Riffo y niñas vs. Chile](#), el Tribunal Internacional tuvo que determinar si el Estado de Chile vulneró, entre otros, los derechos a la igualdad y no discriminación de la señora Karen Atala Riffo al conceder una demanda de custodia de sus tres hijas a favor de su padre, justificado en la convivencia que la señora Atala Riffo sostuvo con su compañera sentimental, la señora Emma de Ramón. Al respecto, la Corte IDH indicó que:

“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria

²⁵ [Sentencia C-445 de 1995](#). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁶ [Sentencia T-030 de 2017](#). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁷ [Sentencia C-010 de 2000](#). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”²⁸.

En la precitada decisión, la Corte IDH resaltó que el interés superior del menor no puede ser utilizado como un medio para justificar la discriminación en contra del padre o la madre por razones de su orientación sexual, ya que debe comprobarse en concreto qué tipo de riesgos y daños puede conllevar para los hijos que sus padres tengan una orientación sexual diferente. En palabras de la Corte, “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”.

Según lo anterior, con el fin de justificar un trato diferenciado, no es posible alegar la posibilidad de discriminación social a la que posiblemente podrían enfrentar los menores por pertenecer a una familia homoparental. Para la Corte IDH, a pesar de que existen sociedades en donde las personas son discriminadas en razón de la raza, el sexo o la nacionalidad, esto no justifica el hecho de que los Estados puedan perpetuar dichas prácticas discriminatorias.

En lo que respecta al interés superior del menor, la Corte señaló: “un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad”. Posteriormente, la misma decisión indica que “el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

Por todo lo anterior, la Corte declarará inexecutable la norma acusada, para los casos relativos a adopción complementaria o por consentimiento, pero declarará que, para el caso de la adopción conjunta se encuentra ajustada a la Constitución, ya que la inclusión únicamente de los compañeros permanentes heterosexuales como legitimados para acceder a la adopción conjunta constituye en una medida razonable en términos de igualdad, por las siguientes razones:

“(i) en primer lugar, no existe un imperativo constitucional de prodigar el mismo trato jurídico a todas las modalidades de familia; (ii) en segundo lugar, la familia conformada por una pareja del

²⁸ [Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile](#). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 91.

mismo sexo se encuentra en condiciones fácticas diferentes de la integrada por hombre y mujer; (iii) en tercer lugar, la institución de la adopción conjunta, en las normas acusadas, está concebida para suplir las relaciones de paternidad y maternidad, razón por la cual –desde la opción acogida del Legislador- es razonable que puedan acudir a ella las parejas conformadas por hombre y mujer; y finalmente, (iv) no puede perderse de vista que para la época en la cual fue aprobado el Código de la Infancia y la Adolescencia (año 2006) la interpretación literal mayoritaria del artículo 42 de la Carta Política –inclusive en la jurisprudencia constitucional- no reconocía como familia a la conformada por parejas del mismo sexo”²⁹.

V. Decisión

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

RESUELVE:

Primero.- Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, las expresiones impugnadas de la Ley Y que dispone que “[s]on requisitos de legitimación para adoptar: (...) c) conformar una vida de pareja entre un hombre y una mujer, ya sea por unión de hecho, solemne o matrimonial” para los casos relativos a la adopción conjunta.

Segundo.- Declarar **INEXEQUIBLES**, por los cargos analizados, las expresiones impugnadas de la Ley Y que dispone que “[s]on requisitos de legitimación para adoptar: (...) c) conformar una vida de pareja entre un hombre y una mujer, ya sea por unión de hecho, solemne o matrimonial” para los casos relativos a la adopción complementaria o por consentimiento.

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

²⁹ [Sentencia C-071 de 2015](#).M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.