

Sentencia C-741/15

Referencia: Expediente D-10813

Demanda de inconstitucionalidad, contra el artículo 66 numeral 3 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 *"por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia"*

Actor: Jean Paul Cuervo Diaz

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., dos (02) de diciembre de dos mil quince (2015).

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 Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente Sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la Acción Pública consagrada en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, el ciudadano demandante solicita a la Corte que declare la inexequibilidad del artículo 66, inciso 3 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 *"por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"*.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada según publicación en el Diario Oficial No. 46.446 del 8 de noviembre de 2006:

"LEY 1098 DE 2006

(noviembre 8)

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

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

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

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

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

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

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

III. LA DEMANDA

El actor considera que el aparte demandado inciso 3 (parcial) del artículo 66 de la Ley 1098 es inconstitucional por desconocer los artículos 5º, 13, 42 y 44 CP, por cuanto el Legislador frente a los efectos del consentimiento toma como falta del padre o de la madre, cuando a uno de éstos lo aqueja una enfermedad mental, sin tener en cuenta si esta enfermedad es temporal, o puede tener un tratamiento que conlleve la curación.

1. Respecto a la violación del artículo 5 de la Carta Política afirma que la expresión demandada desconoce este mandato superior en la medida que la Ley frente a los efectos del consentimiento, toma al padre o a la madre como faltante cuando padece una enfermedad mental, la cual puede resultar curable o no ser permanente sino temporal, y así realiza una discriminación por su condición de enfermos mentales, y eso desconoce la primacía del derecho de protección integral de la familia.

Encuentra así, que no se cumplen los requisitos del consentimiento, que debe ser una manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija, consentimiento que por tanto no resultaría válido de conformidad con los requisitos que exige el mismo código de infancia y adolescencia en su artículo 66, y tampoco sería constitucionalmente idóneo.

2. En relación con el artículo 13 de la Constitución Política, sostiene que el Estado tiene el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente, lo que debe verse reflejado en el asunto objetado, en un trato igual a pesar de la diferencia. A su juicio, nada impide a un padre o madre con enfermedad mental temporal o curable, proporcionar su consentimiento de dar o no en adopción a su hijo o hija, mientras que como lo ha consagrado el legislador, es como si faltare, asemejándosele a los padres fallecidos. En este orden de ideas, afirma que la igualdad se ve vulnerada por el inciso demandado pues genera un trato desigual a las personas con una enfermedad mental, pero que es curable o temporal, es decir, evidencia un trato no paritario.

3. Acerca del desconocimiento del artículo 42 de la Constitución Política que consagra la protección de la familia, argumenta que el Estado debe abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, mandato constitucional que se ve contrariado por la expresión objetada en razón a que niega tanto al padre o a la madre con enfermedad temporal o curable, como al menor, la posibilidad de permanecer con su familia en la medida en que se les toma como si no existiesen, sin considerar su consentimiento de dar o no en adopción, separando a su hijo o hija de su lado, lo cual afecta el derecho a mantener el núcleo familiar.

4. En cuanto al artículo 44 CP que consagra los derechos fundamentales de los niños, advierte que el aparte demandado vulnera este derecho en la medida que se desconoce el derecho del niño o niña a tener una familia y a no ser separado de ella. Por tanto, la norma iría en contravía del amparo de la unidad familiar.

Con fundamento en las razones expuestas, el actor solicita a esta Corporación que emita una sentencia declarando inexecutable el inciso 3 parcial del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006.

IV. INTERVENCIONES

1. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social

El DAPS intervino para solicitar se declare la exequibilidad condicionada del aparte tercero del artículo 66 de la Ley 1098, en el entendido que a efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre con una enfermedad mental, cuando la valoración realizada por parte del Instituto

Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, concluya su imposibilidad para otorgar un consentimiento. Realizó las siguientes consideraciones:

(i) Se refirió a la adopción y el consentimiento de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente y las normas internacionales sobre la materia, y a los pronunciamientos de esta Corte, y sostuvo que la voluntad para dar en adopción a un menor de edad es idónea cuando se manifiesta por medio de un consentimiento apto, asesorado e informado.

(ii) El artículo 66 establece que se entenderá la falta del padre o la madre para otorgar el consentimiento no solo en caso de fallecer alguno, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental, por lo que la disposición debe ser analizada en armonía con el conjunto normativo establecido para la garantía y protección del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acciones afirmativas y ajustes razonables, eliminando toda forma de discriminación por razón de la discapacidad.

(iii) Concluyó la intervención en que la expresión acusada debe interpretarse de manera sistemática con la Ley 1306 de 2009 "*Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados*" que en su artículo 2° define la discapacidad mental, el artículo 15 que señala que ésta puede ser absoluta o relativa, y el artículo 50 que regula las situaciones de familia del sujeto con discapacidad mental absoluta como la entrega en adopción de hijos. Igualmente, con la Ley 1618 de 2013 "*Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*" que en su artículo 2° define las personas con y/o en situación de discapacidad.

2. La Defensoría del Pueblo

Solicita una exequibilidad condicionada "*siempre y cuando se entienda que la inhabilidad para otorgar el consentimiento concurre si al momento de la adopción la persona no cuenta con el pleno uso de sus facultades mentales*". Para fundamentar su posición, adujo:

(i) Los requisitos y sujetos habilitados para adoptar, establecidos en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, con el fin de proteger el interés superior del menor, entre los cuales se encuentra la idoneidad física, requisito frente al cual se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corte.

(ii) La norma acusada niega la posibilidad de otorgar consentimiento frente a la adopción a toda persona que padezca una enfermedad mental, sin distinguir cuáles condiciones invalidan su manifestación. Siguiendo los parámetros de la jurisprudencia constitucional, el sentido de la prohibición contenida en la disposición demandada es garantizar la idoneidad de la persona para otorgar

un consentimiento libre, voluntario e informado, exento de error, fuerza y dolo, y con objeto y causa lícitos.

(iii) Dado que la adopción tiene como objetivo principal proporcionar al niño, niña o adolescente, que no puede ser cuidado por sus propios padres, la posibilidad de integrar un núcleo familiar, es constitucionalmente legítimo establecer una serie de requisitos o condiciones especiales que garanticen el sano juicio del adoptante al momento de otorgar su consentimiento para entregarlo, entendiendo todas las implicaciones que una decisión de esta envergadura puede traer de manera permanente e irreversible en la vida de los padres y sus hijos.

(iv) La norma acusada se ajusta a la Constitución solo si se entiende la inhabilidad para otorgar el consentimiento por padecer una afectación en el uso de las capacidades mentales al instante de manifestar si entrega o no a su hijo/a en adopción.

3. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El ICBF solicita a la Corte se integre la proposición jurídica completa de la norma demandada con la expresión “*sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*”, y en consecuencia se declare la exequibilidad condicionada de la misma “*en el entendido de que en la certificación que suscriba el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se debe emitir concepto sobre la aptitud y capacidad de la persona para dar su consentimiento respecto de la adopción de su hijo menor de edad*”. Para fundamentar la petición, expuso:

(i) Que el actor debió integrar a la disposición demandada la expresión completa del inciso 3 del artículo 66, para que pueda proceder un estudio constitucional integral, ya que, si bien la expresión acusada tiene significado propio, está íntimamente relacionada con la expresión siguiente que lo dota de contenido jurídico, de manera que no es posible realizar un examen de constitucionalidad aislado sin tener en cuenta el aparte que lo complementa.

(ii) Que la aptitud para dar el consentimiento debe ser entendida como la capacidad cognoscitiva del ser humano que le permite un adecuado procesamiento de información, lo cual implica la estabilidad emocional necesaria para dimensionar la realidad y las decisiones que conlleva el otorgar una decisión sobre la adopción. Adicionalmente, se debe determinar la ausencia de trastornos mentales que afecten o alteren este ámbito de la salud y la toma de decisiones de quien otorga el consentimiento.

(iii) Que por esta razón el Instituto, a través de la Defensoría de Familia como instancia competente de recepcionar el consentimiento para la adopción, realiza la evaluación y la intervención psicológica previa a la toma del

consentimiento, estableciendo entre otros aspectos el examen mental. En caso de que se encuentren indicios o el diagnóstico de una enfermedad o trastorno mental la autoridad administrativa solicita la certificación por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la cual se determina tanto la enfermedad o anomalía psíquica, como la aptitud o capacidad para otorgar el consentimiento para la adopción. Por tanto, es necesario acudir al dictamen pericial especializado como medio para determinar el alcance de la condición mental o psíquica de quien debe otorgar el consentimiento.

(iv) Para el Instituto no es relevante la diferenciación que hace el actor entre personas con discapacidad mental temporal o permanente, curables o no curables, sino que lo importante es la valoración que en cada caso concreto haga la autoridad competente. Lo anterior, puesto que pueden existir casos de personas con discapacidad mental temporales o curables que para el momento de dar su consentimiento son incapaces de emitir una manifestación de voluntad válida respecto de la adopción; y personas en estado de discapacidad mental absoluta, que respecto de las relaciones familiares pueden emitir válidamente su voluntad y entender los efectos de la misma.

Por ello, no puede tratarse de cualquier enfermedad mental, sino de aquella que de conformidad con el dictamen o certificación expedida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses afecte gravemente a la persona, a tal punto que le impida tomar una decisión tan trascendental como la adopción. El ICBF insiste que el punto central es la aptitud que tenga la persona en situación de discapacidad mental, la cual no se presume, ni se elimina por su condición.

(v) Según el ICBF el aparte demandado puede generar una interpretación que no se ajuste a la Constitución, en cuanto a lo que certifica el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en atención a que si se entiende que dicho dictamen solo se limita a certificar la enfermedad, carecería de importancia y generaría una violación directa a la Constitución al entender que con ésta, se podría prescindir del consentimiento de la persona en situación de discapacidad mental.

Esta no es la interpretación que en criterio del Instituto debe hacerse del aparte mencionado, pues la certificación del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses, no solo dará fe de la existencia de enfermedad mental o grave anomalía, sino que deberá realizar una valoración y dictaminar sobre la aptitud y capacidad de la persona en situación de discapacidad mental para emitir su consentimiento sobre la adopción. Estima que esta última interpretación se encuentra acorde con la Constitución y garantiza los derechos de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y permanecer en ella, así como los de las personas en situación de discapacidad mental de ejercer sus derechos en el ámbito familiar en igualdad, sin discriminaciones basadas en su condición. Por tal razón solicita el condicionamiento enunciado.

4. La Academia Colombiana de Jurisprudencia

Expuso que la Corte tiene las siguientes posibilidades para fallar: declarar que el aparte demandado es inexecutable; o realizar una integración normativa con el aparte grave anomalía psíquica, para dictar una sentencia condicionada de executableidad *“bajo el entendido que las expresiones deben entenderse como demencia, la que debe ser declarada como tal en la sentencia de interdicción”*. Lo anterior, con base en las siguientes consideraciones:

Del contenido integral del artículo 66 de la Ley 1098 que regula el consentimiento para la adopción, se refirió a la patria potestad la cual se suspende por demencia o discapacidad mental absoluta, dentro de un proceso ante el juez de familia, hallando que la norma es inconsistente porque el padre o madre a quienes aqueja una enfermedad mental no ejercen la patria potestad para efectos de dar consentimiento para la adopción de sus hijos, pero sí la ejercen para administrar sus bienes, recibir los usufructos y para representarlos en los demás actos de la vida civil de los menores. Esta falta de coherencia, atenta contra el derecho fundamental de los niños de pertenecer a una familia, no ser separados de ésta, y demás derechos, en cuanto de ella se desprende que los padres faltan, han fallecido y no pueden dar consentimiento para la adopción, lo que facilita que el ICBF decida por los padres y entregue los hijos en adopción.

Adicionalmente, si la norma fuera constitucional se tendría que el médico forense que dé la certificación, tendría la facultad de declarar la pérdida de la patria potestad, y esta facultad se encuentra reservada para los jueces de la República.

Finalmente, hace referencia a la enfermedad mental, anomalía psíquica, trastorno mental, de conformidad con las definiciones de la OMS, aclarando que la norma no califica la enfermedad mental y tampoco la anomalía psíquica.

5. Coordinación Grupo Nacional de Psiquiatría y Psicología Forense

Esta entidad presentó a la Corte un concepto técnico sobre la enfermedad mental o anomalía psíquica, con las siguientes consideraciones:

(i) La evaluación psiquiátrico forense para establecer si a una persona le aqueja una enfermedad mental o una grave anomalía psíquica que le impida dar un consentimiento informado en el marco de un proceso de adopción, según lo expresado en el art. 66 del Código de Infancia y Adolescencia, debe hacerse utilizando el Protocolo de Evaluación Básica en Psiquiatría y Psicología Forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Así se realiza una evaluación completa con el fin de determinar si se padece una patología que altere la inteligencia, el juicio y raciocinio, la

volición y el pensamiento, para establecer si el padre o la madre tienen o no la capacidad mental de tomar decisiones y ejercer su voluntad, particularmente en lo relativo a dar su hijo en adopción.

(ii) La enfermedad que aqueje al padre o madre para dar su consentimiento debe ser grave y alterar de manera significativa el funcionamiento mental del individuo de tal manera que no le permita utilizar sus funciones mentales superiores para aprehender a cabalidad la realidad que se le presenta, analizar los pros y contras del acto que va a realizar y tomar una determinación libre al momento de dar su hijo en adopción.

(iii) El psiquiatra que realiza la evaluación forense debe hacer un diagnóstico psiquiátrico clínico y un diagnóstico psiquiátrico forense, a la luz del art. 66 demandado, *“ya que no es equivalente que una persona a la que se le diagnostique una enfermedad mental conlleve necesariamente que no tiene capacidad mental para dar o no a su hijo en adopción. La enfermedad que altere la capacidad mental de decidir libremente sobre la adopción debe afectar de manera significativa y permanente el aparato mental, es decir, debe producir una discapacidad mental absoluta y tener un mal pronóstico en el que no se espera recuperación, en otras palabras será una enfermedad grave, crónica e irreversible”*.

(iv) Finalmente, el concepto de anomalía psíquica no es un término utilizado por las clasificaciones psiquiátricas actuales, sino que se utilizó en el Código Penal de 1936 dentro de las causales de inimputabilidad al lado de enajenación mental e intoxicación crónica como perturbadoras de la capacidad de comprensión y autodeterminación.

6. DeJusticia

DeJusticia solicita de manera principal se declaren inexequibles las expresiones *“sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses”* contenidas en la norma acusada, *“por cuanto desconocen los deberes del Estado en relación con los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad, especialmente la obligación estatal de reconocer la personalidad y la capacidad jurídica de estas personas de forma universal”*. Igualmente solicita que la Corte exhorte al Congreso de la República *“para que regule la materia, teniendo en cuenta los estándares internacionales de protección del ejercicio de la capacidad jurídica de la población en situación de discapacidad mental”*.

En forma subsidiaria, solicita que se declaren exequibles de forma condicionada las mencionadas expresiones *“en el sentido que para este tipo de situaciones aplica el principio de personalidad y capacidad jurídica de las personas con discapacidad”*. Además, que el condicionamiento debe dirigirse a precisar que *“el Estado colombiano debe garantizar el acceso e*

implementación de un modelo de apoyo a las decisiones, siempre que se requiera, siguiendo los estándares señalados que hacen parte de sus obligaciones internacionales”.

Esta postura la fundamenta DeJusticia a partir de las siguientes consideraciones:

(i) Sugiere a la Corte que integre la unidad normativa, para que también estudie la constitucionalidad de las expresiones “*o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*”, pues existe equivalencia normativa entre los dos apartes de la norma acusada, por lo que un fallo de constitucionalidad que no tenga en cuenta la última parte del inciso tercero del artículo 66 sería inocuo.

(ii) La norma parcialmente demandada constituye un trato desigual y discriminatorio en razón de la discapacidad (arts. 5 y 13 CP), niega el derecho de permanecer en una familia de los padres y a los hijos que se encuentran en estas circunstancias (art. 42 CP), y viola los derechos de los niños que están en tales condiciones de tener una familia y no ser separados de ella (art. 44 CP).

(iii) Refiere los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional que definen la obligación del Estado de reconocer que las personas con discapacidad tienen personalidad jurídica y capacidad jurídica; el deber de adoptar medidas para lograr la inclusión social de estas personas; y la obligación de lograr ajustes razonables para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de esta población.

En este sentido considera que la norma hace una diferenciación en el trato legal sobre el consentimiento para adoptar entre los padres y madres que tienen una enfermedad mental frente a quienes no la tienen; y, de otra parte, niega de plano la capacidad jurídica de los padres y las madres con una enfermedad mental para dar su consentimiento sobre la adopción de sus hijos, por lo que desconoce la personalidad jurídica de dichos padres y madres.

Por ello, la norma cuestionada viola las obligaciones del Estado colombiano, de conformidad con el bloque de constitucionalidad, en materia de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de igualdad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y algunas Observaciones Generales e informes del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

(iv) Menciona el modelo social y de apoyo a las decisiones de las personas con discapacidad, como mecanismo que debe ser implementado por el Estado colombiano para hacer efectivos los derechos a la personalidad y capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental.

Con fundamento en lo expuesto solicitan la inexecutable o subsidiariamente executable condicionada de la disposición acusada.

7. Intervenciones de Universidades y entidades académicas

7.1 Universidad Libre

La Universidad intervino a través del Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá para solicitar que la norma demandada se declare executable de forma condicionada, *“en el entendido de que la única enfermedad mental que permita la presunción contenida, es aquella, cuyas características imposibiliten de manera permanente al progenitor, para otorgar el consentimiento válido para la adopción”*, con fundamento en las siguientes razones:

(i) La adopción es una medida de protección por excelencia (art.61 Ley 1098 de 2006) que busca el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (art.1 Ley 1098 de 2006). Por tanto, lo que se pretende es que el adoptado llegue al seno de una familia estable, para que logre un desarrollo integral.

(ii) No toda enfermedad mental es por sí misma suficiente e idónea para declarar la inexistencia jurídica de la calidad de padre de quien la padece, y solo será eficaz aquella que comprometa sus facultades intelectual y volitiva. Entonces, el legislador en la expresión del art. 66 demandada no tuvo en cuenta las características de la enfermedad mental, al no diferenciar dicha enfermedad, la cual puede ser temporal o mediante tratamiento puede lograr la curación del padre o la madre que otorga el consentimiento. Igualmente alude a la protección integral de las personas con discapacidad mental o física, respecto de lo cual se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación.

La enfermedad mental debe tener ciertas características de gravedad y temporalidad e insuperabilidad, entre otras, que generen una incapacidad permanente para ello. Pero, si el padre o la madre padecen enfermedad mental leve y moderada, en la cual tiene momentos de lucidez, o es controlada con el tratamiento adecuado, podrá expresar válidamente el consentimiento para la adopción.

(iii) Concluye que la expresión objetada, en principio, parece vulnerar el ordenamiento constitucional en cuanto desconoce condiciones y garantías a personas con discapacidad, al plasmar implícitamente que cualquier enfermedad mental es constitutiva de la presunción de ausencia de padres para otorgar el consentimiento. No obstante, dicha norma también admite una interpretación acorde con el ordenamiento superior, que consiste en que la

enfermedad debe tener algunas características que hagan imposible que el progenitor otorgue el consentimiento válido. Por ello solicita el condicionamiento de la norma en los términos expuestos.

7.2 Universidad de los Andes

La Universidad a través del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes interviene para solicitar la inexecutable de la expresión acusada con fundamento en las siguientes razones:

(i) En primer término evoca la conceptualización de los modelos de discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, refiriéndose al *modelo social* que es acogido por la Convención, el cual considera que las causas de la discapacidad están en las barreras sociales que les impiden a estas personas gozar de las mismas oportunidades que los demás. Enfatiza que este último modelo es de obligatorio cumplimiento en Colombia.

(ii) La norma demandada viola la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Constitución Política porque afirmar que se entenderá la falta de padre o madre cuando la persona la aqueja una enfermedad mental viola el derecho a conformar una familia y el respeto por ella, así como el derecho al debido proceso y el derecho a la igualdad.

(iii) Así, la disposición vulnera el derecho a conformar una familia y el respeto por ella, al no considerar la voluntad de los padres en razón de su discapacidad, y tener como irrelevante el consentimiento de las personas que tengan alguna discapacidad intelectual o psicosocial.

(iv) El precepto acusado viola también el derecho al igual reconocimiento como persona ante la Ley, y con ello el artículo 14 CP que consagra el derecho fundamental que tiene toda persona a que se le reconozca su personalidad jurídica, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que reconoce su personalidad jurídica. La norma demandada pretende establecer que la capacidad mental de una persona puede llegar a invalidar su personalidad jurídica en el ejercicio de la toma de decisiones, en este caso para dar el consentimiento en el proceso de adopción. Lo anterior, está en contravía del artículo 34 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que en su Observación general No. 1 del 2014 establece que “*la capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos*”, la primera hace referencia a ser titular y de ejercer derechos y obligaciones, mientras que la segunda a la “*aptitud de una persona para adoptar decisiones...*”.

(v) Equiparar a una persona con discapacidad, a la ausencia de padre o madre, es un acto de discriminación violatorio del artículo 5° de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y del artículo 13 CP. Esto desconoce el *modelo social* validado por la jurisprudencia de esta Corte.

(vi) El interés superior del menor no puede ser usado como argumento para la aplicación del numeral 3 del artículo 66 de la Ley 1098 del 2006 debido a que la discapacidad no conlleva inherentemente la vulneración de los intereses del menor. La norma demandada, permite separar a los hijos de sus padres, lo que resulta desproporcionado en caso de que se busque proteger el interés del menor, y le impide a los padres del menor opinar en el proceso de adopción de su propio hijo, trato que resulta discriminatorio, ya que las personas con discapacidad, con los apoyos necesarios, pueden ejercer sus deberes y obligaciones como padres, por lo cual la norma afecta de manera grave el interés superior del menor.

7.3 Universidad de Ibagué

La Universidad solicita la declaratoria de exequibilidad de artículo 66 (parcial) de la Ley 1098 de 2006, ya que considera que se ajusta a la Constitución Política, pues a su juicio la norma acusada se estableció en función de la protección preferente de los menores que prevee la Carta Política en su artículo 44. Adicionalmente, advierte que de conformidad con el artículo 50 de la Ley 1306 de 2009 “*todo acto relacionado con el Derecho de Familia de personas con discapacidad mental absoluta deberá tramitarse ante el Juez de Familia. Son ejemplos de estos actos el matrimonio, el reconocimiento o impugnación de la filiación, la entrega en adopción de hijos, la prestación alimentaria a favor de terceros y otros actos que se asimilen*”. Así, el ordenamiento delega en el juez de familia asignado al caso concreto, el estudio y análisis a profundidad de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, dentro de un procedimiento autónomo y previo a la entrega en adopción. Tal análisis deberá incluir todo lo relacionado con la entrega del consentimiento de los padres en términos de validez.

8. Intervenciones Amicus Curiae

8.1 Clínica Jurídica de Personas con Discapacidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Esta organización internacional envió un concepto técnico en relación con el modelo social y el enfoque de derechos humanos en relación con la discapacidad, a partir del derecho internacional de los derechos humanos.

En su intervención abordan (i) las obligaciones internacionales del Estado Colombiano con respecto a las personas con discapacidad a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; (ii) la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad; (iii) el derecho a

constituir una familia de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial; y (iv) la necesidad de implementar un sistema de apoyos para este colectivo.

Con fundamento en lo anterior recomiendan que se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 66 de la Ley 1098 *“al constituir una norma discriminatoria que afecta el derecho de las personas con discapacidad al derecho a la familia al prescindir de su voluntad durante el proceso de adopción de sus hijos”*.

8.2 Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” de la Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina

Esta entidad internacional presentó un concepto técnico para apoyar el planteamiento del demandante y sugerir que se declare inexecutable el artículo 66, párrafo 3° (parcial) de la Ley 1098 2006, por considerar que el mismo infringe derechos humanos de las personas con discapacidad vigentes en el derecho colombiano, ya que se encuentra en contravía de los artículos 1, 5, 10, 12, 14, 15 y 23 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la cual forma parte del bloque de constitucionalidad, según lo consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política colombiana.

En este contexto se refiere a (i) los derechos de la familia, discapacidad y derechos humanos; (ii) el derecho a la filiación que constituye uno de los elementos centrales del derecho a la familia, y que es el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes y del cual surgen una serie de derechos y obligaciones mutuos; (iii) los estereotipos y obstáculos en el ejercicio a la filiación, poniendo de relieve que el Estado debe remover las barreras existentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos de filiación biológica, de manera que los padres y madres con discapacidad tengan el derecho personal e inalienable de decidir, participar y formar parte del proceso de toma de decisiones en torno al consentimiento parental para la dación en adopción de un hijo biológico.

Solicita se declare la inconstitucionalidad incoada por el actor en contra del párrafo tercero (parcial) del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006.

8.3 Defensoría General de la Nación Argentina

La Secretaría Letrada de la Defensoría General de la Nación Argentina, Presidente del Órgano de Revisión de la Ley de Salud Mental 26657, presenta concepto técnico en relación con la adopción y el consentimiento prestado por personas con discapacidad mental.

(i) En su escrito se refiere a la adopción y consentimiento, afirmando que la adopción “*resuelve una situación que proviene de circunstancias extremas de vulnerabilidad donde la madre biológica debe decidir la entrega de su niño/a*”. Esta es una institución que debe proteger y permitir el desarrollo de los niños/as. Menciona que en el Código colombiano art. 66 se establece como una medida de protección, y que en los países latinoamericanos la adopción puede ser plena o simple, dependiendo de la irrevocabilidad del vínculo.

(ii) En cuanto al consentimiento para dar en adopción menciona que éste debe ser libre e informado, expresado sin presiones y con el debido asesoramiento sobre las consecuencias de esa manifestación de voluntad, de manera que se debe otorgar en un ámbito de libertad, de conformidad con la Convención de la Haya de 1993 y otros instrumentos internacionales sobre la materia. En este sentido, indica que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobó la Observación General No. 1, que establece la diferencia entre capacidad mental y legal, e indica a los Estados las medidas que deben adoptar en tanto ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad jurídica y el establecimiento de los apoyos.

(iii) En cuanto a los apoyos y la toma de decisión por los padres en estado de discapacidad, advierte que éstos requieren de estas ayudas para evitar una eventual situación de abuso de hecho o de derecho en la toma de la decisión, de conformidad con el art. 12 de la CDPD.

(iv) Acerca del consentimiento sostiene que la adopción debe ser autorizada por autoridad competente, y que debe asegurarse que los padres o responsables biológicos tengan la debida asesoría, conozcan las consecuencias de esta decisión, y den su consentimiento por escrito.

8.4 Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) de Argentina

Esta Red internacional coadyuva la demanda en tanto considera que se vulnera el interés superior de un niño si se lo separa de sus padres o madres con motivo de la discapacidad de éstos, para lo cual expone los siguientes argumentos:

(i) La Ley 1098 demandada asimila la situación de un padre o madre a quien “*...lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses con el fallecimiento o falta del dicho/a progenitor/a. En este sentido asimila la condición de discapacidad con la muerte, lo cual implica una verdadera “muerte civil”*” y conlleva una dimensión tanto material como simbólica de gravedad inusitada.

(ii) En consecuencia, esta norma consagra una discriminación por motivos de discapacidad, ya que desconoce el artículo 2º de la CDPD que entiende por

discriminación por motivos de discapacidad “... cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todo los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

(iii) Esta norma excluye discriminatoriamente a ciertos sujetos como madres o padres del ejercicio del derecho a brindar o no el consentimiento a los efectos de la adopción de sus propios/as hijos/as, y no diferencia entre los conceptos de capacidad mental y jurídica, de conformidad con el artículo 12 de la Convención.

(iv) Igualmente, se refiere a la protección del derecho a la familia con base en las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño que protege esta institución en todas sus formas, como el derecho de los niños y sus padres a no ser separados por motivos de discapacidad de estos últimos.

9. Intervención ciudadana

María Eugenia Gómez, en calidad de docente del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia, solicita que declare la exequibilidad condicionada del aparte acusado, “*en el sentido de aplicarse cuando se trata de una enfermedad mental absoluta y permanente y no relativa y temporal*”, con base en las siguientes consideraciones:

(i) Menciona que en nuestro ordenamiento jurídico la adopción es una medida de protección establecida en favor de los niños, niñas y adolescentes, consagrada en la Ley 1098 o Código de la Infancia y Adolescencia, así como en la jurisprudencia constitucional en materia de adopción y el consentimiento para el mismo.

(ii) Bajo estas consideraciones afirma que una enfermedad mental constituye un factor determinante para que un padre o una madre otorguen o no el consentimiento para dar en adopción a su hijo, toda vez que debe tratarse de una persona totalmente apta en el preciso momento en que lo concede.

(iii) Considera que la norma demandada al no tener en cuenta la consideración especial respecto de las discapacidades contempladas en la Ley 1306 de 2009, vulnera derechos fundamentales y es contraria al ordenamiento constitucional respecto de aquellas personas con discapacidad mental relativa o temporal, máxime cuando se trata del consentimiento para la adopción y la protección especial de la que gozan las personas que se encuentran en situación de discapacidad, razón por la cual solicita el condicionamiento enunciado.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION

En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, el señor Procurador General de la Nación, mediante concepto 5937 del 5 de agosto de 2015 solicitó a la Corte declarar la exequibilidad condicionada del aparte acusado del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 en el entendido de que (i) la expresión “*sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica*” deba ser interpretada como una sola proposición jurídica, es decir, que la “*grave anomalía psíquica*” califica el concepto de “*enfermedad mental*”; y bajo el entendido que (ii) la expresión “*grave*” no puede ser entendida solo en relación con la imposibilidad para otorgar el consentimiento sino, también, en relación con la dificultad para el ejercicio de la paternidad, de tal manera que la ruptura del vínculo biológico y la posterior adopción resulte en la medida más idónea conforme al interés superior del niño.

La Vista Fiscal presentó los siguientes argumentos:

(i) La disposición solo resulta constitucional cuando se entiende que la expresión “*sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica*” constituye una sola proposición jurídica, pues resultaría contrario al ordenamiento superior que se pueda prescindir del consentimiento para dar en adopción por el solo hecho de existir una enfermedad mental que no sea grave, o lo que es lo mismo, que no imposibilite para decidir libre e informadamente sobre la paternidad.

(ii) La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al sostener que la adopción es medida de restablecimiento del derecho fundamental de las niñas, niños y adolescentes a tener una familia y no ser separado de ella, en cuyo proceso debe primar el interés superior del menor. La medida debe ser necesariamente de naturaleza subsidiaria, solo sería procedente cuando la familia biológica es incapaz de satisfacer los derechos del niño.

(iii) La figura del consentimiento regulada por el artículo 66 resulta ser una garantía para evitar que el Estado pueda romper los vínculos sin contar con la anuencia de los progenitores, al menos cuando su consentimiento resulta ser necesario en el proceso de adopción. Por la misma razón, las excepciones al consentimiento, como la que se demanda, requieren de la existencia de una justificación suficiente de cara a la satisfacción del derecho a tener una familia, aún a costa de la filiación natural misma.

(iv) Colige que la inconstitucionalidad de la norma acusada desaparece si se integran en una misma proposición jurídica las dos expresiones de “*enfermedad mental*” y “*grave anomalía psíquica*”. La disposición resulta ser condicionalmente exequible en el entendido que la expresión “*enfermedad mental*” deba ser interpretada como una sola proposición jurídica con el texto normativo “*grave anomalía psíquica*”.

(v) Alude a la gravedad de la enfermedad adolecida. Dicha expresión solo resulta constitucional bajo la condición de que se entienda como un elemento que impide o dificulta el ejercicio de la paternidad, más no como una mera calificación de la dificultad para obtener el consentimiento para dar en adopción o de la enfermedad mental en sí misma.

Considera que *prima facie* no es posible afirmar que una persona con discapacidad mental, por el solo hecho de tenerla, esté impedido constitucionalmente para la paternidad. Por el contrario, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte, los derechos de las personas con discapacidad a los derechos sexuales y reproductivos de los discapacitados son acordes con la Constitución porque fomentan el ejercicio de la autonomía personal, y con ello el libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 16 Superior, y de conformidad con la Convención sobre los Derecho de las Personas con Discapacidad aprobada en sus artículos 23 y 25. En igual sentido se ha pronunciado esta Corporación al evaluar la constitucionalidad de la expresión “*idoneidad física*” de los padres, como criterio para evaluar los posibles padres adoptantes, en donde se sostuvo que ésta debe ser evaluada integralmente.

(vi) Por estas razones, la Vista Fiscal concluye que resultaría inconstitucional que el Estado pueda romper el vínculo filial de una persona que posea una enfermedad mental, aún cuando esta sea grave, si la enfermedad específica que adolece, analizada desde una perspectiva holística e integral, no la imposibilita para el ejercicio de la paternidad.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la expresión acusada hace parte de una Ley, en este caso, del artículo 66 inciso 3° (parcial) de la Ley 1098 de 2006 "*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*".

2. Asunto preliminar: la necesidad de integración normativa

De manera preliminar la Corte debe determinar si en este caso procede la integración normativa con el resto del enunciado normativo contenido en el inciso 3° del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 "*por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia*".

En reiteradas ocasiones la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que la integración por unidad normativa tiene carácter excepcional, y procede cuando es necesario con el fin de evitar que el fallo sea inhibitorio o inocuo, en

aquellos casos cuando (i) la expresión demandada carece de un contenido normativo completo, claro o unívoco; (ii) se trate de un enunciado normativo que se encuentre en conexión directa, íntima e inescindible con otras expresiones u otras normas de manera que no se pueda realizar el estudio de constitucionalidad sin abordar el análisis de aquellas otras; y (c) resulte imprescindible para que la decisión de la Corte no resulte inocua porque la expresión o disposición se replica en otros enunciados o preceptos no acusados.¹

Encuentra la Sala, que en este caso se cumple con todos los requisitos mencionados ya que la expresión demandada no tiene un contenido deóntico completo en sí mismo, sino que cobra sentido jurídico cuando se integra con el resto del enunciado normativo del cual hace parte. Igualmente, el enunciado acusado “*sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental*” tiene una conexión directa, íntima e inescindible con el resto de la expresión “*o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*”, ya que la disyunción “o” cumple una función disyuntiva que implica una equivalencia normativa entre las expresiones enfermedad mental o grave anomalía psíquica, de manera que no se puede abordar el estudio de la primera sin tener en cuenta también la segunda. Así las cosas, las dos expresiones relativas a la enfermedad mental o a la grave anomalía psíquica tienen la misma consecuencia jurídica, esto es, que se entenderá en estos casos la falencia del padre o madre para otorgar el consentimiento con el fin de dar en adopción, haciéndolas equivalentes. Y finalmente, esta integración resulta necesaria para evitar que el fallo de la Corte sea inocuo, en tanto que la decisión que llegue a adoptar esa Corporación no se aplicaría al resto del enunciado normativo, el cual se refiere o está intrínsecamente relacionado con la misma situación que plantea la expresión acusada originalmente, de manera que se hace necesario abordar igualmente su estudio para garantizar los efectos jurídicos del fallo de esta Corporación. Por estas razones, la Corte concluye que en el presente caso procede la integración normativa.

3. Problema jurídico y esquema de resolución

3.1 El problema jurídico al que se enfrenta la Corte en esta oportunidad, y una vez realizada la integración de unidad normativa entre las expresiones “*sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental*” y “*o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*” contenidas en el inciso 3 (parcial) del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, es si este enunciado normativo es inconstitucional por desconocer los artículos 5º, 13, 42 y 44 CP, en razón a que el Legislador frente a los efectos del consentimiento hace equivaler a la falta del padre o de la madre, el que a uno de éstos lo aqueje una enfermedad mental o una grave anomalía psíquica,

¹ Ver Sentencias C-055 de 2010, C-879 de 2011, C-889 de 2012, C-1017 de 2012 y C-579 de 2013, entre otras.

sin tener en cuenta aspectos constitucionales trascendentales como el derecho fundamental a la familia y a no ser separado de ella, los derechos de los niños, la prevalencia del interés superior del menor, los requisitos del consentimiento para dar en adopción, y los derechos de las personas en estado de discapacidad.

3.2 Por tanto, a efectos de resolver este complejo problema jurídico, la Corte se referirá brevemente a los siguientes temas: (i) la protección constitucional de la familia y a no ser separado de ella; (ii) los derechos de los niños y el interés superior del menor; (iii) la adopción como mecanismo de protección del menor; (iv) los requisitos del consentimiento válido civilmente e idóneo constitucionalmente para dar en adopción; (v) la protección constitucional de las personas en situación de discapacidad; para con base en ello (vii) entrar a analizar la constitucionalidad del enunciado normativo acusado.

4. La protección constitucional de la familia

El artículo 42 CP consagra expresamente que el Estado y la sociedad garantizan la protección de la familia. La Constitución de 1991 reconoce a la familia como “*el núcleo fundamental de la sociedad*”, y estatuye que la misma se constituye por (i) vínculos naturales; (ii) por vínculos jurídicos; (iii) por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio; o (iv) por la voluntad responsable de conformarla. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha establecido el alcance normativo de este mandato superior, otorgando una garantía constitucional a la familia partiendo de un concepto amplio de la misma.

Así el concepto de familia protegido en la jurisprudencia constitucional ha sufrido una evolución, de manera que esta Corporación ha señalado que la Constitución “*consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos*”², lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y conformación tanto en el matrimonio, como en la uniones maritales de hecho³, como en diferentes tipos de vínculos jurídicos, y tipos de familia.⁴

El mismo precepto superior consagra la protección de (i) la honra, la dignidad y la intimidad de la familia, derechos que tienen un carácter inviolable; (ii) la igualdad de derechos y de deberes en las relaciones familiares y el respeto recíproco de todos sus integrantes; (iii) proscribire cualquier forma de violencia en la familia; (iv) establece la igualdad de derechos y deberes de todos los hijos, bien se trate de los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, de los hijos adoptados o de los procreados naturalmente o con asistencia científica;

2 Cfr. Sentencia C-595 de 1996.

3 Cfr. Sentencia C-821 de 2005.

4 Ver Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, A.V. y S.V. María Victoria Calle Correa; A.V. Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ivan Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Luis Ernesto Vargas Silva.

(v) consagra la autonomía de la pareja para decidir libre y responsablemente el número de hijos; y (vi) determina la obligación de los padres de sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha puesto de relieve que la protección de la honra, la dignidad y la intimidad de la familia, apareja la protección de su autonomía o autodeterminación y auto-regulación, de manera que la intervención del Estado es de carácter excepcional, en aquellos casos en que la misma resulte necesaria con el fin de garantizar los derechos fundamentales y constitucionales de la familia y de sus miembros como institución fundamental de la sociedad, especialmente cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, como los menores de edad.⁵

De esta manera, el ordenamiento constitucional reconoce la facultad de auto-configuración de la familia, ya que “[e]s en su interior donde se define la forma de vida a seguir, el tipo de formación y educación de los hijos, las rutinas y costumbres en el hogar, la distribución de deberes y responsabilidades, entre muchos otros. Si bien esto envuelve una gran responsabilidad, y por tanto un gran riesgo, el ordenamiento superior parte de un principio de confianza, y de la proyección de la autonomía individual en la vida familiar, de modo que únicamente cuando se desvirtúa de manera clara e inequívoca este principio y se pone en riesgo el interés superior del niño o los derechos de algún otro miembro, resulta legítima la mediación del Estado.”⁶

Así las cosas, de conformidad con el mandato superior del artículo 42 CP, es en cabeza de los padres de familia, principalmente, en quienes radica la facultad de autonomía o auto-regulación en la conformación de la familia. Es por esta razón que el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en armonía con el artículo 42 y 44 CP mencionados, dispone que la protección de los derechos de los niños recae principalmente en la familia y en los padres quienes tienen la patria potestad. Esto conlleva la obligación de orientación, cuidado y acompañamientos de los padres a sus hijos⁷, sin perjuicio del principio de corresponsabilidad que implica la concurrencia de la sociedad y del Estado.⁸ En desarrollo de este derecho de auto-regulación de la familia y de la responsabilidad parental, los padres tienen la facultad para determinar las

5 Ver Sentencia SU-617 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; A.V. Luis Ernesto Vargas, Gloria Ortiz Delgado y Jorge Ivan Palacio Palacio; A.V. y S.P.V. Maria Victoria Calle Correa; S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

6 Sentencia SU-617 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; A.V. Luis Ernesto Vargas, Gloria Ortiz Delgado y Jorge Ivan Palacio Palacio; A.V. y S.P.V. Maria Victoria Calle Correa; S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

7 El Artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 dispone al respecto: “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre asegurarse que los niños, niñas y adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”.

8 Sentencia SU-617 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; A.V. Luis Ernesto Vargas, Gloria Ortiz Delgado y Jorge Ivan Palacio Palacio; A.V. y S.P.V. Maria Victoria Calle Correa; S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

personas que se insertan al grupo familiar, como en el caso de los hijos adoptados.⁹

La jurisprudencia de esta Corte ha amparado el derecho de los niños a no ser separados de su familia, en casos de ausencias temporales de los padres y teniendo en cuenta la prevalencia del deber de la familia en la satisfacción de los derechos de los menores, así como la facultad de los padres para determinar la conformación del núcleo familiar, de manera que la decisión de extraerlos del hogar debe estar precedida de un examen minucioso y riguroso que pusiese en evidencia la afectación objetiva de su bienestar, desde una perspectiva psicológica, afectiva, intelectual, emocional y material.¹⁰

5. Los derechos de los niños y el interés superior del menor

El artículo 44 Superior consagra los derechos fundamentales de los niños a (i) la vida; (ii) la integridad física, (iii) la salud y la seguridad social; (iv) la alimentación equilibrada; (v) a un nombre y una nacionalidad; (vi) a tener una familia y a no ser separados de ella; (vii) al cuidado y al amor; (viii) a la educación y a la cultura; (ix) a la recreación; (x) a la libre expresión de su opinión. Igualmente esta norma establece que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Adicionalmente, prevé que los niños gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las Leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

El inciso segundo de este mandato superior establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Igualmente, determina que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Así, esta Corte ha sostenido en múltiples oportunidades que una de las principales implicaciones de este mandato superior, es el principio de preservación del *interés superior del menor*, cuyo alcance normativo ha sido desarrollado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia constitucional.¹¹

De otra parte, este principio ha sido consagrado ampliamente por instrumentos de derecho internacional. Entre estos instrumentos internacionales se destaca

9 Ibidem.

10 Ver Sentencia T-041 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia SU-617 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; A.V. Luis Ernesto Vargas, Gloria Ortiz Delgado y Jorge Ivan Palacio Palacio; A.V. y S.P.V. Maria Victoria Calle Correa; S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

11 Ver, entre otras, las sentencias T-979 de 2001, MP. Jaime Córdoba Triviño, T-514 de 1998, MP. José Gregorio Hernández Galindo, y T-408 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la Convención sobre los Derechos del Niño¹², el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³, y el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño¹⁴, e igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.¹⁵ Dentro del conjunto de derechos fundamentales y prevalecientes de los niños, surgidos de los tratados internacionales ratificados por Colombia, se destacan, entre otros, para el caso que nos ocupa, el derecho a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos “*en la medida de lo posible*” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7-1).

En este sentido, el Constituyente incorporó expresamente al ordenamiento interno los mandatos protectivos de la infancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia, de conformidad con lo que establece el artículo 93 Superior, y esta Corte ha realizado una interpretación del alcance de este principio a la luz de dichos instrumentos internacionales.¹⁶ Igualmente, este principio ha sido establecido en el ordenamiento jurídico interno por los artículos 6, 8, y 9 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia.¹⁷

12 La Convención dispone en su artículo 3-1 que “*en 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 primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”; y en el artículo 3-2, establece que “*los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*”.

13 El Pacto dispone en su artículo 24-1 que “*todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*”, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “*todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: “*se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición*”.

14 La Declaración dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación.

15 Esta Declaración consagra en su artículo 25-2 que “*la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales*”, y que “*todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”.

16 Ver, Sentencia C-804 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras.

17 Ley 1098 de 2006, Artículo 6o. Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. || La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas. || Artículo 8o. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. || Artículo 9o. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. || En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el contenido normativo de la prevalencia del interés superior del menor consiste en múltiples aspectos: (i) en el artículo 44 de la Carta ya mencionado, se enumeran expresamente algunos de los derechos fundamentales prevalecientes de los niños; (ii) sin embargo, los derechos de los niños no se agotan en esa enumeración, sino que el mismo mandato superior consagra que los niños gozarán también de los derechos consagrados en los tratados internacionales, a los cuales ya se hizo también alusión, y en las leyes internas; (iii) al menor se le debe otorgar un trato preferente; (iv) el menor tiene el status de sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual le otorga un carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses; (v) el derecho de los niños, niñas y adolescentes a un desarrollo integral a nivel físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, a lo cual deben propender tanto la familia, como la sociedad y el Estado; (vi) se debe fomentar la plena evolución de la personalidad del niño, teniendo en cuenta para ello las condiciones, aptitudes y limitaciones particulares; (vii) es deber promover el que los niños se conviertan en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad; (viii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos, entre otros, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12); la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas (C.P., art. 17), cualquier forma de violencia intrafamiliar (C.P., art. 42), toda forma de abandono, violencia física o moral, abuso sexual, explotación económica (C.P., art. 44); y cualquier trabajo riesgoso (C.P., art. 44).¹⁸

Es de mencionar, que el principio de la prevalencia del interés superior del menor ha sido aplicado por este Tribunal en casos concretos en múltiples sentencias de tutela, en donde se han protegido toda la pléyade de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, resaltando que este principio debe aplicarse en cada caso en particular atendiendo a consideraciones tanto fácticas como jurídicas con el fin de promover el bienestar infantil.¹⁹

6. La adopción como forma de protección del menor en el marco de la prevalencia de sus intereses

6.1 La característica esencial de la adopción, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 1098 de 2006²⁰, es la protección de los menores, bajo la vigilancia del Estado, en cuanto a través de esta figura se establece y consolida de manera irrevocable una relación paterno-filial que sustituye las relaciones filiales naturales.²¹ Esta disposición debe ser interpretada en armonía con los

18 Ver Sentencia C-804 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

19 Sentencia T-408 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-510 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

20 Artículo 66: “*la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza*”.

21 Ver Sentencia SU-617 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; A.V. Luis Ernesto Vargas, Gloria Ortiz Delgado y Jorge Ivan Palacio Palacio; A.V. y S.P.V. Maria Victoria Calle Correa; S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por Colombia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 93 CP.²²

En los instrumentos internacionales se le confiere un lugar principal a la *protección de los intereses prevalentes de la niñez*.²³ Es en este contexto que la figura jurídica de la adopción debe interpretarse como una herramienta subsidiaria que se utiliza para la protección del interés de los niños, niñas y adolescentes, adoptada por encima inclusive del interés de quienes aspiran a ser sus padres adoptantes.²⁴

En este sentido, la adopción implica como consecuencia jurídica fundamental la extinción definitiva del parentesco de consanguinidad con la familia original, y de contera, la adquisición de todos los derechos y obligaciones propios entre padres e hijos, según lo dispuesto por el artículo 64²⁵ de la misma normativa.²⁶

Así las cosas, uno de los presupuestos de todos los casos de adopción es que no exista o no haya existido nunca uno o los dos vínculos paterno-filiales naturales, bien sea por causas naturales, por la voluntad de los padres, o por la declaratoria de adoptabilidad por parte del Estado, de manera que la adopción viene a suplir o sustituir el vacío de familia del menor.²⁷

Respecto a la manifestación de voluntad de los padres naturales para que obre la adopción, según lo dispuesto por el artículo 66 ahora demandado, ésta implica la abolición del vínculo paterno-filial natural. Igual ocurre cuando la adopción se origina en una declaratoria de adoptabilidad a través de un acto estatal, de acuerdo con el artículo 108²⁸ del Código de Infancia y Adolescencia, mediante cuyo acto se extingue el parentesco entre el padre o madre biológica y el hijo.²⁹

Es de poner de relieve que la concepción de la adopción como medida de protección del menor fue plasmada en la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y de la Adolescencia y ha sido desarrollada de manera profusa por la jurisprudencia constitucional³⁰, de manera que esta Corte ha insistido “*en el carácter eminentemente protector del proceso de adopción, encaminado a*

22 Ver Sentencia C-543 de 2010, M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

23 Al respecto ver el Preámbulo al Convenio de la Haya relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

24 Sobre los pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional en relación con la naturaleza jurídica de la adopción ver las sentencias C-562 de 1995, T-881 de 2001, entre otras.

25 El artículo 64 dispone expresamente que como consecuencia de la adopción “*adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo (...) [y] el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad (...)*”.

26 Ibidem.

27 Ibidem.

28 El Artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que la resolución que declara la adoptabilidad produce la terminación de la patria potestad del niño, la cual debe ser inscrita en el correspondiente registro civil.

29 Ibidem.

30 Ver Sentencias C-041 de 1994; C-459 de 1995; C-468 de 2009, entre otras.

*asegurar el interés superior de la niñez, el cual, debe servir de criterio de interpretación de todas las normas aplicables en la materia”.*³¹

La jurisprudencia ha definido la adopción como “*un instituto jurídico por medio del cual se genera una familia en el estricto sentido del término, como la conformada con base en nexos de sangre. Los lazos entre los padres y las madres adoptantes y los hijos y las hijas adoptivos generan, pues, los mismos derechos y deberes que los que origina la familia biológica. Así, la persona que opta por la adopción, se encuentra en la obligación de prodigar a su hija adoptiva o a su hijo adoptivo el cuidado y la asistencia indispensable para garantizar la debida protección del interés superior de la niñez, en los términos en que lo ordena la Constitución, la jurisprudencia constitucional y el Código de la Infancia y la Adolescencia*”.³²

Como consecuencia de la adopción, los padres y madres adoptantes contraen la obligación de proteger y garantizar todos los derechos fundamentales, constitucionales y legales de los niños, niñas y adolescentes, debiendo otorgar el cuidado y la asistencia, la educación, el apoyo, el amor, y la provisión necesaria para su bienestar y desarrollo integral, en condiciones de igualdad con los demás hijos/as –art.42 CP-.³³

6.2 En relación con el derecho a tener una familia, ya sea biológica o a través de la adopción, la Corte ha examinado la forma como opera el principio de prevalencia del interés superior del menor. De conformidad con ese derecho, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una familia y a no ser separados de ella, para garantizar el recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena, integral y armónica.³⁴ En este sentido, este Tribunal ha resaltado la trascendencia del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, lo que garantiza la protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes –art.44 CP-, al ser parte o miembros de un núcleo familiar.³⁵

Así, ha precisado que la adopción debe surtirse en el contexto del interés superior del menor, el cual obliga a las autoridades competentes o a los particulares responsables a tomar decisiones respecto del bienestar del niño, niña o adolescente, y por tanto, abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentran.³⁶ Igualmente, ha afirmado que constituye una vulneración a éste principio el separarlos abrupta e intempestivamente de un

31 Sentencia C-543 de 2010, M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

32 Ibidem.

33 Ibidem.

34 Ver Sentencia C-804 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

35 Ver Sentencia T-587 de 1998 y C-804 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

36 Ver por ejemplo la sentencia T-442 de 1994, MP. Antonio Barrera Carbonell y T-715 de 1999, MP. Alejandro Martínez Caballero.

hogar con el cual han desarrollado vínculos afectivos legítimos, así se trate de un hogar sustituto.³⁷

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corte ha enfatizado que las circunstancias y razones que afecten el bienestar del menor deben ser de tal gravedad, como “...(a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños: “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.³⁸

Se ha clasificado un segundo grupo de causas de menor entidad que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, como “*todos aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres*”.³⁹

Para lo que interesa especialmente a este estudio de constitucionalidad, es de poner de relieve que el interés del menor implica también los siguientes aspectos:

(i) El equilibrio con los derechos de los menores con los de sus padres. A este respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que “*Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior.*”⁴⁰

(Negrillas de la Corte)

Se debe poner de relieve que el principio del interés superior del menor es de suma importancia a la hora de alcanzar un equilibrio entre la protección de los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de

37 Ver la sentencia T-278 de 1994, MP: Hernando Herrera Vergara, y C-804 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

38 Ibidem.

39 Ibidem.

40 Ver Sentencias T-510 de 2003, M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa y C-804 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

los derechos del menor, lo cual no significa que esta prevalencia tenga un carácter *excluyente* o *absoluto*.⁴¹ En este sentido, este Tribunal ha precisado que en aquellas situaciones en que se deba establecer cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben tener en cuenta necesariamente los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal niño, niña o adolescente, en especial los de sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza. Aquí resulta pertinente resaltar que siempre que se presente un conflicto irresoluble entre los derechos de los padres y los del niño, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor.⁴²

(ii) La necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. Estas razones no pueden obedecer por ejemplo al hecho de que el niño, niña o adolescente pueda estar en mejores condiciones económicas. Por el contrario, debe tratarse de razones fundadas en el bienestar y desarrollo pleno e integral del menor que justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Una intervención por parte del Estado que no siga estos parámetros orientados por el interés superior del menor “*equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable ... en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella – un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta*”.⁴³

De esta manera, la Corte ha identificado algunas circunstancias cuya verificación no es suficiente en sí misma para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica, como la pobreza, falta de educación, cuando alguno de sus integrantes ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter, sin existir abuso del menor o violencia intrafamiliar. Aunque a excepción de la primera, aunada a otras causales, puede contribuir a la toma de decisión de adopción por parte de las autoridades competentes.⁴⁴

7. El consentimiento para dar en adopción

En relación con los requisitos del consentimiento para dar en adopción, la jurisprudencia constitucional ha sostenido, a partir del concepto de persona moral y jurídica, que goza de los atributos de dignidad y autonomía, y de conformidad con las garantías constitucionales que deben caracterizar una sociedad constitucional y democrática, que toda persona tiene derecho a tomar las decisiones que le afecten, o por lo menos a participar en el proceso para adoptarlas, a manifestar libremente su voluntad como parte del legítimo ejercicio y goce de sus derechos fundamentales, constitucionales y legales.⁴⁵

41 Sentencia T-408 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

42 Ver Sentencias T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y C-804 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa

43 Ibidem.

44 Ibidem.

45 Ibidem.

Igualmente ha señalado que para la manifestación de esta voluntad son necesarias ciertas condiciones como la información y la aptitud, para tener como válido el consentimiento, como ocurre en el ámbito médico, los derechos políticos, y el derecho penitenciario, entre otros.⁴⁶

Por lo demás, esta Corte ha identificado casos en los cuales el consentimiento no sólo ha de ser informado, sino también cualificado, dado el grado de afectación de la persona, como respecto de decisiones sobre la definición de la sexualidad⁴⁷ o para proteger el libre ejercicio de los derechos reproductivos de una mujer que tiene problemas mentales,⁴⁸ o en el caso que nos ocupa, el consentimiento para dar en adopción.⁴⁹

Las situaciones que exigen un consentimiento válido son aquellas en que “(i) se requiere que una persona tome una decisión, manifestando libre y autónomamente su voluntad, (ii) se encuentran en juego valores, principios o derechos constitucionales de gran importancia, (iii) no es posible comprender adecuadamente las dimensiones, alcances riesgos y consecuencias de la decisión y sus alternativas, sin contar con información específica (en muchas ocasiones técnica) y (iv) la capacidad emocional, física o psicológica de la persona que va a decidir puede verse afectada y llevarla a tomar decisiones que, por fuera de ese estado anímico y físico, nunca adoptaría”.⁵⁰

En cuanto al consentimiento para adoptar, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que se trata de una manifestación de voluntad que es protegida especialmente con el cumplimiento de los criterios de un consentimiento válido. En este sentido, ha sostenido que la decisión de “dar en adopción” es un caso en el que: “(i) alguien debe tomar libre y autónomamente un decisión; (ii) que afecta de manera considerable los derechos prevalentes de un menor –en especial su derecho a tener una familia– e incide en los derechos de los padres biológicos o de los responsables del menor; (iii) que requiere información técnica y precisa sobre los alcances jurídicos tanto de la decisión de dar en adopción como de la adopción misma y de las eventuales consecuencias psicológicas y prácticas; y (iv) que debe tomarse considerando ante todo el interés superior del menor.”⁵¹ El consentimiento para la adopción es una decisión que les atañe directamente y los afecta permanentemente a los padres que la toman. Por tanto, este consentimiento para adoptar no se puede sustituir. En este sentido, la Corte ha determinado que este tipo de consentimiento debe ser cualificado e idóneo, esto es, debe ser *apto, asesorado e informado*.⁵²

46 Al respecto las Sentencias C-656 de 96, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

47 Ver Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

48 Consultar las Sentencias T-850 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-248 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

49 Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

50 Ibidem.

51 Ibidem.

52 Ibidem.

Igualmente, la Corte se ha pronunciado sobre el significado y los prejuicios que conlleva el que una madre o un padre den en adopción un hijo, desdibujando las imágenes peyorativas que ello conlleva, tales como que se trata de malos padres, o que quieren separarse del hijo, ya que no necesariamente puede ser su intención o su deseo, sino que en muchas, o en una gran mayoría de veces obedece a razones de fuerza mayor, de estados de debilidad o de vulnerabilidad manifiesta.

(i) En cuanto al *consentimiento informado* para dar en adopción, la jurisprudencia de este Tribunal ha fijado los siguientes parámetros: (a) se trata de uno de los requisitos legales como medida de protección en la adopción de un menor, para garantizar los derechos consagrados en el artículo 44, C.P.; (b) se debe tener claro que con base en dicho consentimiento se va a tomar una decisión que afecta a la vida de un menor, de conformidad con el interés superior del menor, el cual se tomará en cuenta por encima de cualquier otra consideración (art. 44, C.P.); (c) las normas que regulan el consentimiento para dar en adopción son de orden público, lo que implica que los principios que ella contempla son irrenunciables, y que esta norma prevalece y debe ser aplicada con preferencia sobre otras Leyes; y (e) finalmente, los Tratados y Convenios internacionales ratificados y aprobados por Colombia “relacionados con el menor” deben servir de guía tanto para interpretar como para aplicar el consentimiento para la adopción, de conformidad con los artículos 93 y 44 de la Constitución Política.⁵³

De esta manera la Corte ha establecido que el consentimiento *amplio y debidamente informado* implica como mínimo los siguientes requisitos: “(a) que su consentimiento debe ser otorgado libremente, sin estar bajo ningún tipo de fuerza, coacción, engaño o presión indebida; (b) que existe la posibilidad de que el menor se dé en adopción internacional; (c) que todo tipo de relación o vínculo legal y familiar con la familia biológica, o con quienes ejercen la patria potestad desaparecerá irrevocablemente; (d) que el menor o la menor adquirirá una relación legal y familiar de manera permanente e irrevocable con su familia, la familia adoptiva; (e) que la familia adoptiva decidirá la suerte del menor de ahora en adelante independientemente de lo que consideren los padres biológicos, aun si los padres adoptivos, por ejemplo, se separan; (f) las consecuencias afectivas, emocionales y psicológicas para ella y para el menor; (g) cuáles son los plazos y los términos dentro de los que se puede revocar el consentimiento, y cuándo se torna irrevocable distinguiendo claramente entre la revocabilidad del consentimiento dentro del término legal de un mes y la irrevocabilidad de la adopción misma; (h) que todas las dudas e inquietudes que tenga puede formularlas, y todas deben ser claramente absueltas; (i) que la decisión de considerar que la adopción es lo mejor para el interés superior del menor, debe tomarse una vez se hayan ofrecido y considerado planes y programas que representen una alternativa de solución; (j) que tiene derecho a recibir el

53 Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

*consejo y guía adecuados en especial sicológica, para tomar la decisión, así como también que puede seguir teniendo acceso a dicha guía y consejo; y (k) que no existe una obligación de dar el consentimiento en ese preciso momento puesto que puede darlo posteriormente.”*⁵⁴ Igualmente, la información debe ser “*suministrada en un lenguaje y de una forma que sea inteligible para quien está considerando la posibilidad de dar en adopción.*”⁵⁵

Por consiguiente, el consentimiento debe darse bajo la premisa de una amplia información, de manera que no es suficiente con dar la información, sino que debe brindarse toda la información que sea necesaria y hacerlo de la mejor forma posible, “*teniendo en cuenta las condiciones y capacidades de la persona que la recibe*”.⁵⁶ En consecuencia, no se trata de la cantidad de información, sino de la cualificación de la misma, de manera que no puede tratarse de una “*...información sucinta, general, vaga, superficial o excesivamente básica. Es preciso dar toda aquella información que sea relevante y pertinente para lograr una cabal comprensión de la institución del consentimiento para dar en adopción y, por supuesto, de la institución de la adopción misma. En especial, es relevante y pertinente que se informe acerca de las consecuencias jurídicas de dicho consentimiento ...*” “*También lo es que se informe sobre las alternativas a la adopción y el apoyo que eventualmente puede exigir la madre o los padres...*” “*...con el fin de que la madre, o quien ejerza la patria potestad, pueda comprender realmente el significado y las implicaciones concretas y precisas de su decisión. Adicionalmente se debe dar toda aquella información que se requiera en el caso concreto y deben responderse todas las preguntas que se formulen*”.⁵⁷ De otra parte, para que una persona pueda ser *amplia y debidamente informada* debe brindársele un tiempo de reflexión.

(ii) El consentimiento debe ser *asesorado*. Esto significa que no se trata de un mero acto formal, sino que “*quienes ejercen la patria potestad debe ser plenamente conscientes de lo que están haciendo, de los alcances de su decisión y sus efectos*”.⁵⁸

El requisito de un consentimiento *debida y convenientemente asesorado* encuentra fundamento en el artículo 4º de la Convención de la Haya, de manera que los padres o quien ejerza la patria potestad deben ser aconsejados y guiados, a fin de que comprendan a cabalidad la dimensión, alcance y consecuencias de dicha decisión, para poder hablar de un consentimiento pleno. Por consiguiente, la asesoría debe ser completa, adecuada y oportuna, debe poner en evidencia las alternativas y opciones, constituir una ayuda para la reflexión. El consentimiento, además de libre e informado, debe estar libre

54 Ibidem.

55 Ibidem.

56 Ibidem.

57 Ibidem.

58 Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

también de la “*presión social, de la presión económica, de la ignorancia o de la desesperación transitoria*”.

(iii) El consentimiento para dar en adopción a un menor, en especial cuando se trata de un acto de la madre biológica, debe ser *apto*. En punto a este tema, la Corte ha descartado la validez del consentimiento de la madre antes del nacimiento del hijo o su hija, pues se descarta que en dichas condiciones la madre pueda ejercer en forma libre y plena su voluntad. En este sentido, ha establecido que para que el consentimiento sea *apto* debe darse en unas condiciones de idoneidad física, psíquica, anímica, emocional y psicológica de los padres.

Así las cosas, los parámetros para un *consentimiento apto* son: “(1) *que no puede ser en el momento del parto; (2) que se le haya informado previamente que a raíz del embarazo y del parto, puede estar en un estado emocional capaz de perturbar severamente su decisión y de distorsionar su apreciación sobre las consecuencias jurídicas subsiguientes y las implicaciones prácticas próximas y remotas; (3) que se le haya informado que cuenta con tiempo para poder reflexionar; (4) que se le advierta que si pasados los días siguientes al parto decide dar el consentimiento en dicho estado, éste será irrevocable después de un mes –esto en un lenguaje inteligible para los no abogados–; y (5) que en todo caso se tendrá la posibilidad de ver al menor durante el período que otorga la Ley para revocar el consentimiento, en caso de haberlo dado. Los funcionarios competentes tienen el deber de asegurarse que la madre se encuentre en una situación emocional que le permita dar un consentimiento apto.*”⁵⁹

En este orden de ideas, el consentimiento debe cumplir con el requisito de *aptitud* para ser considerado constitucionalmente idóneo, esto es, el hecho de ser plenamente consciente de las consecuencias e implicaciones transcendentales e irrevocables de vida de la decisión de dar en adopción, una vez y a pesar de tener un vínculo con el menor que se va a dar en adopción.

(iv) Adicionalmente, un consentimiento para dar en adopción *no puede darse a cambio de un beneficio económico*. Esta prohibición es desarrollo de los valores y principios de la dignidad humana y la protección prevalente del interés superior del menor; del artículo 44 de la Constitución Política que de manera expresa señala que todo menor será protegido contra toda forma de “venta” o “explotación económica”; y del artículo 4º literal (c) de La Convención de la Haya de 1993 que establece para la adopción que el consentimiento no haya sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.⁶⁰

59 Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

60 Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

(v) En suma, el consentimiento para dar en adopción es válida o *idónea constitucionalmente* cuando se manifiesta por medio de un consentimiento *apto, asesorado e informado*. A este respecto, la Corte ha concluido:

“Concretamente, el consentimiento para dar en adopción debe, además de ser libre de vicios, es decir, exento de error, fuerza y dolo: reunir los siguientes requisitos: (i) ser apto, esto es, otorgado en un momento en cual la persona se encontraba en un estado anímico y emocional estable, fuera de alteraciones físicas o psicológicas o plenamente consciente de ellas, y luego de haber tenido acceso al menor;⁶¹ (ii) ser amplia y debidamente informado, para lo cual los funcionarios competentes deben brindar toda la información necesaria para que quien va a dar en adopción pueda comprender plenamente el significado y las implicaciones concretas y precisas de su decisión Para ello es preciso que se emplee un lenguaje claro e inteligible para la persona en cada caso y se le dé oportunidad de reflexionar y formular inquietudes al respecto; (iii) ser convenientemente asesorado, lo que implica que los funcionarios además de brindar información a la persona, deben ayudarle a usarla, y en general, acompañarla en la toma de la decisión en especial respecto de las consecuencias jurídicas y prácticas de su acto y de las circunstancias en que está emitiendo su consentimiento así como de las alternativas que tiene a su alcance; y (iv) el consentimiento no puede darse en contraprestación de un beneficio económico.”⁶² (Énfasis de la Sala)

Si cumple con estos requisitos el consentimiento para dar en adopción tiene la consecuencia de ser irrevocable, esto es, implica la *“imposibilidad que tienen los padres biológicos para dejar sin efectos su manifestación de voluntad de dar en adopción a su hijo o hija”*.

(vi) Finalmente, en relación con el mínimo debido proceso en el trámite del consentimiento de dar en adopción y para lo que importa al presente estudio de constitucionalidad, es de resaltar que la jurisprudencia constitucional ha establecido que el mismo *“debe ser humano y sensible a la dignidad de las personas involucradas”*, de conformidad con el principio de dignidad (art. 1, C.P.); ... (ii) *conlleva la notificación de la iniciación del proceso de medida de protección;* (iii) *debe prever un momento en el que se de amplia y debida información;* (iv) *posteriormente, otro momento para manifestar el*

61 Como se indicó, los parámetros que se han de tener en cuenta para establecer si la madre se encuentra en condiciones o no de dar un consentimiento apto son: (1) no puede ser en el momento del parto; (2) que se le haya informado previamente que a raíz del embarazo y del parto, puede estar en un estado emocional capaz de perturbar severamente su decisión y de distorsionar su apreciación sobre las consecuencias jurídicas subsiguientes y las implicaciones prácticas próximas y remotas; (3) que se le haya informado que cuenta con tiempo para poder reflexionar; (4) que se le advierta que si pasados los días siguientes al parto decide dar el consentimiento en dicho estado, éste será irrevocable después de un mes -esto en un lenguaje inteligible para los no abogados-; y (5) que en todo caso se tendrá la posibilidad de ver al menor durante el período que otorga la Ley para revocar el consentimiento, en caso de haberlo dado.

62 Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

consentimiento; y (v) algún tipo de advertencia antes del vencimiento del término para revocar el consentimiento".⁶³

8. La protección de las personas en estado de discapacidad en normas de derecho internacional y en la Constitución Política

8.1 Los derechos de las personas con limitaciones o con discapacidad han sido reconocidos por múltiples tratados internacionales, como (i) la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental* (1971), (ii) la *Declaración de los Derechos de los Impedidos* (1975); (iii) las *Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad* (de carácter no vinculante, adoptadas en 1993); (iv) la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999, e incorporada al derecho interno por Ley 762 de 2002; (v) la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, (vi) el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, (vii) el *Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales*, estos últimos suscritos ambos en 1966; (viii) la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984, (ix) la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁶⁴ que cobija a los niños con discapacidad.

Especial relevancia reviste la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas* en diciembre de 2006, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009 y revisada mediante la Sentencia C-293 de 2010⁶⁵, en donde la Corte adelantó el análisis material sobre el contenido de este instrumento internacional.⁶⁶

Es importante resaltar que la Convención consagra la obligación de "*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*". (Resalta la Sala) Y define como destinatarios de las disposiciones del tratado a todas aquellas personas que "*tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*". (Énfasis de la Corte)

El artículo 4° de la Convención enumera y desarrolla los principales compromisos que los Estados miembros asumen a favor de las personas con discapacidad, con el propósito de *asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales* de tales personas. Dentro de

63 Ibidem.

64 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

65 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

66 Ver Sentencia C- 824 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

tales compromisos se destacan: i) promover y llevar a cabo los cambios o las adiciones legislativas y/o reglamentarias que resulten necesarias para remover las barreras culturales, normativas o de cualquier otro tipo, que al momento de entrar en vigencia la Convención obstruyan el real ejercicio de tales derechos; ii) abstenerse de cualquier acto o práctica de discriminación, o que resulte contrario al propósito de la Convención, y de tomar las medidas pertinentes para que ninguna persona u organización privada los ejecute; iii) promover la investigación, la formación profesional y las demás acciones necesarias para el diseño e implementación, con consulta y participación de las personas discapacitadas, de políticas públicas conducentes a la plena efectividad de sus derechos; iv) proporcionar a la población discapacitada información adecuada y suficiente sobre la disponibilidad de mecanismos diseñados para mejorar sus condiciones de movilidad, y en general, la plena accesibilidad a los bienes y servicios que disfruta la generalidad de la población. El mismo artículo consagra en su numeral 2° el compromiso de los Estados miembros para garantizar la progresiva ampliación del disfrute de los derechos sociales, económicos y culturales *hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional*.⁶⁷

Con la CDPD se modificó el entendimiento de la discapacidad hacia el paradigma del *modelo social*. Esta Corte ha establecido que *“Esta concepción se basa en admitir que la discapacidad no es un asunto que se derive exclusivamente de las particularidades físicas o mentales del individuo, sino que también tiene un importante concurso en la misma las barreras que impone el entorno, de diferente índole, las cuales impiden que la persona con discapacidad pueda ejercer adecuadamente sus derechos y posiciones jurídicas”*.⁶⁸

8.2 En el ámbito interno, la Constitución Política de 1991 consagra en múltiples disposiciones –artículos 13, 47, 54 y 68- la especial protección de que gozan las personas con limitaciones o con discapacidad, y la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de referirse ampliamente al tema de la protección de los derechos de personas con limitaciones o con discapacidad.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en relación con la marginación de que son víctimas las personas con limitaciones o con discapacidad, reconociendo que dicha marginación ha sido una constante histórica y ha tenido unas características singulares debido a particulares características de esta población.⁶⁹ Es así como ha reconocido las diferentes barreras y disímiles obstáculos de todo orden, jurídicos, socioeconómicos, políticos y culturales que han tenido que padecer las personas con limitaciones

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Sentencia C-066 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁹ Ver Sentencias T-207 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-804 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

o con discapacidad en nuestra sociedad, los cuales se originan igualmente en problemas estructurales de todo orden.⁷⁰

Especial atención le ha merecido a la Corte *la garantía de la igualdad y de la no discriminación a las personas con limitaciones o con discapacidad*, el cual ha sido reconocido y garantizado en innumerables oportunidades.⁷¹ En cuanto a la necesaria eliminación de la discriminación y la garantía de la igualdad real y efectiva de esta población, se ha insistido en que las personas con limitaciones o con discapacidad, deben gozar de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, sin que puedan ser discriminadas en razón de su particular condición de discapacidad. Existen dos tipos de situaciones que constituyen actos discriminatorios contra las personas con limitaciones o con discapacidad: (i) de un lado, toda acción que anule o restrinja los derechos, libertades y oportunidades de estas personas; y (ii) de otro lado, toda omisión injustificada respecto de las obligaciones de adoptar medidas afirmativas para garantizar los derechos de estas personas, lo cual apareja como consecuencia, la exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad, y por tanto constituye una discriminación.⁷² A este respecto, la Corte ha protegido diversos casos, como los de la población sorda y su derecho a una educación especial, integración social e inserción laboral⁷³.

En cuanto a la protección de la igualdad y no discriminación, las distinciones que establezca el Legislador entre las personas con fundamento en el criterio de discapacidad, constituyen *prima facie* diferenciaciones sospechosas de discriminación, de tal manera que “[e]n principio, las distinciones que introduzca la Ley entre las personas basándose en el criterio de discapacidad se tienen como sospechosas de un ánimo de exclusión. La discapacidad, así como el sexo, la raza, la opinión política o filosófica, la religión o el origen nacional, es un criterio de clasificación que tradicionalmente ha conllevado la exclusión y marginación de un grupo de personas”.⁷⁴

Esta Corporación ha garantizado en múltiples oportunidades toda la gama de derechos fundamentales de las personas con limitaciones o con discapacidad, y por tanto ha protegido los derechos “a la vida e integridad personal;⁷⁵ a la igualdad y la no discriminación;⁷⁶ al libre desarrollo de la personalidad;⁷⁷ a

70 Sentencia T-397 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, y C-804 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

71 Ver Sentencia T-288 de 1995, y C-983 de 2002, entre muchas otras.

72 Ver las Sentencias C-401 de 2003, C-174 de 2004, C-804 de 2009, y C-640 de 2010. Ver también las Sentencias T- 826 de 2004, T-288 de 1995 y T-378 de 1997. Ver igualmente el Auto 06 de 2009.

73 Ver Sentencia C-128 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

74 Sentencia C-156 de 2004.

75 Entre otras, las sentencias T-560 de 2007 y T-003 de 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

76 Ver las sentencias T-1118 de 2002 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-984 de 2007 MP. Humberto Sierra Porto, T-061 de 2006 MP. Álvaro Tafur Galvis, C-989 de 2006 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-1070 de 2006 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1639 de 2000 MP. Álvaro Tafur Galvis, C-559 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería, T-1015 de 2005 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-984 de 2007 MP. Humberto Sierra Porto, T-1639 de 2000 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-285 de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-595 de 2002 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-276 de 2003 MP. Jaime Córdoba Triviño, T-285 de 2003

la locomoción, en especial en relación con la accesibilidad a espacios públicos y privados,⁷⁸ al debido proceso;⁷⁹ a la libertad religiosa;⁸⁰ al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada;⁸¹ a la salud y a la seguridad social;⁸² a la educación;⁸³ a la personalidad jurídica;⁸⁴ los derechos sexuales y reproductivos;⁸⁵ y a la participación ciudadana.⁸⁶ “⁸⁷

Finalmente, en el ámbito legislativo interno, es de destacar la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*”, entre otras. En estas disposiciones se consagran distintas medidas para favorecer el acceso de las personas con discapacidad a la educación, el empleo, el bienestar social, la infraestructura física y los bienes de uso público, así como disposiciones tendentes a impulsar programas de prevención, educación y rehabilitación de las discapacidades.

V. ANALISIS CONSTITUCIONAL DE LA NORMA DEMANDADA

1. El actor considera que la expresión demandada “**sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental**” del inciso 3 (parcial) del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 es inconstitucional por desconocer los artículos 5º, 13, 42 y 44 CP, por cuanto el Legislador frente a los efectos del consentimiento toma como falta del padre o de la madre, el que a uno de éstos lo aqueje una enfermedad mental, sin tener en cuenta que esta enfermedad pueda ser temporal y pueda tener un tratamiento que conlleve la curación.

La Corte encontró necesario realizar una integración normativa entre la expresión demandada “*sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental*”

MP. Clara Inés Vargas, C-410 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-823 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

77 Consultar Sentencia T-473 de 2003 MP. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

78 Ver las sentencias T-1639 de 2000 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-285 de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-595 de 2002 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-276 de 2003 MP. Jaime Córdoba Triviño, T-285 de 2003 MP. Clara Inés Vargas, C-410 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-823 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

79 Al respecto las Sentencias T-1103 de 2004 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-1103 de 2004 MP. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

80 Entre otras la sentencia T-473 de 2003 MP. Jaime Araujo Rentería.

81 Entre otras, las sentencias T-090 de 2008 MP. Jaime Córdoba Triviño, T-602 de 2005 MP. Clara Inés Vargas Hernández, C-531 de 2000 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-661 de 2006 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-1031 de 2005 MP. Humberto Sierra Porto.

82 Entre otras, las sentencias T-321 de 2002 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-282 de 2006 MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-179 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero, T-282 de 2006 MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-061 de 2006 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-1070 de 2006 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-518 de 2006 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-816 de 2007 MP. Clara Inés Vargas.

83 Entre otras, las sentencias T-170 de 2007 MP. Jaime Córdoba Triviño, T-984 de 2007 MP. Humberto Sierra Porto, T-884 de 2006 MP. Humberto Sierra Porto, C-559 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería, T-886 de 2006 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-792 de 2007 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-443 de 2004 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-440 de 2004 MP. Jaime Araujo Rentería.

84 Entre otras, la sentencia T-909 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería.

85 Entre otras las sentencias T-850 de 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil, T-492 de 2006 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-988 de 2007 MP. Antonio Sierra Porto.

86 Ver la sentencia T-473 de 2003 MP. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

87 Ver Sentencia C-804 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

y la expresión “*o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*” contenido en el mismo inciso 3° del artículo 66 acusado.

2. Las intervenciones presentadas dentro del presente proceso de constitucionalidad elevan ante la Corte diferentes solicitudes de la siguiente manera:

2.1 La mayoría de los intervinientes consideran que la expresión demandada debe ser integrada con el resto del contenido normativo de la norma acusada y debe ser declarado exequible de manera condicionada:

(i) El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –DAPS-, solicita a la Corte declarar la exequibilidad condicionada del aparte tercero del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, diciendo que a efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre con una enfermedad mental, cuando la valoración realizada por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, concluya su imposibilidad para otorgar un consentimiento válido.

(ii) El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar solicitó a la Corte que se integre la proposición jurídica completa de la norma demandada con la expresión “*sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*”, y en consecuencia se declare la exequibilidad condicionada de la misma en el entendido que en la certificación que suscriba el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se debe emitir concepto sobre la aptitud y capacidad de la persona para dar su consentimiento respecto de la adopción de su hijo menor de edad.

(iii) La Defensoría solicita la exequibilidad condicionada siempre y cuando se entienda que la inhabilidad para otorgar el consentimiento concurre si al momento de la adopción la persona no cuenta con el pleno uso de sus facultades mentales.

(iv) La Academia Colombiana de Jurisprudencia considera que la Corte debe declarar la inexecutable o la exequibilidad condicionada en el entendido que las expresiones deben comprenderse como demencia, la que debe ser declarada como tal en la sentencia de interdicción.

(v) DeJusticia solicita de manera principal que se declare inexecutable la expresión demandada con la integración del resto del contenido normativo de la disposición acusada, y en forma subsidiaria solicita que se declaren exequibles de forma condicionada las mencionadas expresiones en el sentido que para este tipo de situaciones aplica el principio de personalidad y capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Además, sostienen que el condicionamiento debe dirigirse a precisar que el Estado colombiano está

obligado a garantizar el acceso e implementación de un modelo de apoyo a las decisiones, siempre que se requiera, siguiendo los estándares internacionales.

(vi) La Universidad Libre solicitó que la norma acusada fuera declarada exequible de forma condicionada, en el entendido que la única enfermedad mental que permite la presunción contenida, es aquella, cuyas características imposibiliten de manera permanente al progenitor para otorgar el consentimiento válido para la adopción.

(vii) La intervención de la ciudadana María Eugenia Gómez, en calidad de docente del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia, solicita igualmente que se declare la exequibilidad condicionada del aparte acusado, en el sentido de aplicarse cuando se trata de una enfermedad mental absoluta y permanente, y no relativa y temporal.

2.2 Las intervenciones en favor de la inexecutable fueron presentadas por la Universidad de los Andes – PAIIS-, y las intervenciones *Amicus Curiae* presentadas por la Clínica Jurídica de Personas con Discapacidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú; la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” de la Universidad Nacional de Mar del Plata – Argentina; la Defensoría General de la Nación Argentina; y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) de Argentina, que coadyuvaron la demanda y la intervención presentada por la Universidad de los Andes –PAIIS-.

Estos intervinientes coinciden en afirmar que la disposición acusada infringe derechos humanos de las personas con discapacidad vigentes en el derecho colombiano, y se encuentra en contravía de las disposiciones consagradas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, especialmente de los artículos 1, 5, 10, 12, 14, 15 y 23 de esa Convención – CDPD-, la cual forma parte del bloque de constitucionalidad, según lo consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política colombiana.

En relación con las intervenciones *Amicus Curiae* esta Sala advierte que estas se limitan a presentar conceptos técnicos y hacer sugerencias respetuosas a esta Corporación, y que sus posturas jurídicas se fundamentan en los estándares internacionales en materia de protección de la familia, los menores de edad, la prevalencia del interés superior del menor y los derechos de las personas en estado de discapacidad, especialmente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que es vinculante para Colombia, y que sus análisis sobre el precepto objetado parten del reconocimiento de la legislación colombiana actualmente vigente en materia de adopción, especialmente en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

2.3 Finalmente, en favor de la constitucionalidad de la norma se pronunció la Universidad de Ibagué quien solicitó la declaratoria de exequibilidad del

artículo 66 parcial de la Ley 1098 de 2006, ya que se ajusta a la Constitución Política.

3. La Vista Fiscal solicitó a la Corte declarar la exequibilidad condicionada del aparte acusado del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 en el entendido que (i) la expresión “*sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica*” deba ser interpretada como una sola proposición jurídica, es decir, que la “*grave anomalía psíquica*” califica el concepto de “*enfermedad mental*”; y bajo el entendido que (ii) la expresión “*grave*” no puede ser entendida únicamente en relación con la imposibilidad para otorgar el consentimiento sino, también, en relación con la dificultad para el ejercicio de la paternidad, de tal manera que la ruptura del vínculo biológico y la posterior adopción resulte en la medida más idónea conforme al interés superior del niño.

4. Alcance normativo de la expresión demandada

El artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia consagra el consentimiento para la adopción. En su inciso primero define el consentimiento como la manifestación de voluntad que debe ser (i) informada; (ii) libre; (iii) voluntaria; y (iv) debe otorgarse por parte de quienes ejercen la patria potestad; (v) ante el Defensor de Familia, quien tiene la obligación de informarlos ampliamente sobre las consecuencias jurídicas y psicosociales de tal decisión.

Igualmente determina que el consentimiento otorgado para la adopción debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente, para cuyos efectos debe cumplir los siguientes requisitos: (i) estar exento de error, fuerza y dolo, y no tener causa u objeto ilícitos; (ii) haber sido otorgado con previa información y suficiente asesoría sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de dicha decisión.

El inciso segundo establece que la idoneidad constitucional del consentimiento para la adopción se determina cuando ha sido dado de manera debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. En cuanto a la aptitud establece que ésta se tiene a partir de un mes después del día del parto.

El inciso tercero consagra que a efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también *cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*, que es el aparte normativo que se objeta por inconstitucional.

La Sala encuentra que mediante esta última expresión el legislador hizo que la falta del padre o la madre se entendiera como establecida tanto en caso de fallecimiento, como cuando al padre o a la madre los aqueje una enfermedad mental o una grave anomalía psíquica certificada por el Instituto de Medicina

Legal y Ciencias Forenses, lo cual como indican el demandante y casi la totalidad de los intervinientes, genera serios cuestionamientos a nivel constitucional frente a la protección de la familia y de los derechos y el interés superior del menor que se va a dar en adopción, los requisitos para un consentimiento válido civilmente e idóneo constitucionalmente, así como también respecto de los derechos de los padres en condición de discapacidad.

En cuanto a la revocatoria del consentimiento para la adopción, el inciso cuarto del mismo artículo 66 establece que quien o quienes lo expresan podrán revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

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

Esta norma se encuentra circunscrita en el marco de las disposiciones previstas por la Ley 1098 de 2006 sobre la adopción. Así el artículo 63 de la misma normativa consagra la procedencia de la adopción, exclusivamente para los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres.

El artículo 64 prevé los efectos jurídicos de la adopción, entre los cuales se encuentra que (i) el adoptante y adoptivo adquieren los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo; (ii) establece el parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de éstos; (iv) el otorgar los apellidos de los adoptantes; y (v) que el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad.

El artículo 65, respecto de las acciones de reclamación, consagra que nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación de consanguinidad del adoptivo, ni reconocerle como hijo, sin perjuicio, que el propio adoptivo pueda promover en cualquier tiempo acciones de reclamación del estado civil que le corresponda respecto de sus padres biológicos, con el único fin de demostrar que quienes pasaban como sus padres al momento de la adopción, no lo eran en realidad, lo cual no extinguirá los efectos de la adopción, salvo decisión judicial que la ordene y previo el consentimiento del adoptivo, y salvaguardando el derecho a que el adoptante deba ser oído en el proceso.

Finalmente, el artículo 67 se refiere a la solidaridad familiar, respecto de lo cual consagra que el Estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la

protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos, de manera que en este caso no se modifica el parentesco.

El párrafo de este artículo establece que una persona o pareja que quiera adoptar a un niño que esté bajo el cuidado de una familia distinta a la de su origen, podrá hacerlo, siempre y cuando cumpla los requisitos de adoptabilidad, a menos que la familia que tenga bajo su cuidado al menor decida adoptarlo.

5. La exequibilidad condicionada de la expresión demandada

En este caso, se analizará el consentimiento para la adopción como mecanismo de protección para los menores por parte de los padres biológicos o de quienes detentan la patria potestad, en cuanto se trata de personas que padecen enfermedades mentales o graves anomalías psíquicas certificadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Para la Corte está de por medio la exigencia de lograr una ponderación o equilibrio entre la garantía de los derechos de los niños, orientada ante todo por el criterio primordial de la *prevalencia del interés superior del menor*, elemento que debe incorporarse como eje central del análisis constitucional, así como el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, de conformidad con los artículos 42 y 44 CP; y los derechos de los padres, en este caso, de aquellos que se encuentran en situación de discapacidad, especialmente del derecho a la igualdad –art.13 CP- y los derechos específicos de esta población, de conformidad con el artículo 47 CP, y los tratados internacionales sobre la materia, en particular la Convención sobre los Derechos de las Personas en Estado de Discapacidad -CDPD-.

La Sala advierte que el artículo 66 establece las reglas sobre el consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente que pueden otorgar los padres para la adopción a sus hijos o hijas menores de edad. Para ello establece una serie de reglas, y en el inciso demandado consagra que se entenderá la falta del padre o la madre para otorgar el consentimiento no solo cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o una grave anomalía psíquica. De esta manera, debe armonizarse la disposición legal acusada con los mandatos constitucionales, el derecho internacional y la jurisprudencia de esta Corte en materia de protección de la familia, los derechos de los niños y el interés superior del menor, los requisitos del consentimiento para la adopción y la garantía y protección del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acciones afirmativas y ajustes razonables eliminando toda barrera o formas de discriminación por razón de la condición de discapacidad, entendido desde el el *modelo social* adoptado por esta Corporación, tal y como se expuso en los apartados 4 a 8 de la parte considerativa de esta providencia judicial.

Así las cosas, este Tribunal evidencia problemas constitucionales con la interpretación de la expresión demandada respecto de (i) la protección constitucional de la familia y el derecho a no ser separado de ella –arts. 42 CP; (ii) los derechos de los niños y la *prevalencia del interés superior del menor* – art.44 CP-; (iii) la adopción como mecanismo de protección del menor; (iv) los requisitos del consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente para dar en adopción; y (v) la protección constitucional de las personas en situación de discapacidad, en este caso de los padres que van a dar en adopción –arts.5, 13 y 47 CP-; por las siguientes razones:

(i) El inciso demandado señala dos situaciones en las que el consentimiento para dar en adopción no es necesario, la primera, es la falta de los padres, cuando éstos hayan fallecido; y la segunda, cuando los aqueje una enfermedad mental o una grave anomalía psíquica, las cuales deben ser certificadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

(ii) La Sala advierte que la norma acusada niega la posibilidad de otorgar consentimiento frente a la adopción a toda persona que padezca una enfermedad mental o grave anomalía psíquica, sin realizar distinciones sobre la clase de discapacidad de que se trata, de si es una enfermedad mental relativa o absoluta, curable o incurable, o de qué tipo de grave anomalía psíquica se habla, y sobre todo sin realizar precisiones sobre la capacidad mental y jurídica de estas personas, que aún padeciendo estas discapacidades, pueden realizar una manifestación de voluntad válida civilmente e idónea constitucionalmente para la adopción de sus hijos/as, de manera que puedan otorgar un consentimiento para la adopción con el lleno de los requisitos de Ley, esto es, libre, voluntario, informado, asesorado, apto, y exento de error, fuerza y dolo, y con objeto y causa lícitos.

Así las cosas, el aparte demandado del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 presupone *a priori* que las personas a quienes aqueja alguna enfermedad mental o psíquica no se encuentran en condiciones de otorgar un consentimiento válido e idóneo con el lleno de los requisitos exigidos por la propia Ley, la jurisprudencia de esta Corte y los estándares internacionales en la materia.

(iii) Acerca de la institución jurídica de la adopción se reitera, como se expuso en el apartado 6 de esta sentencia, que esta figura jurídica es concebida primordial y esencialmente como un mecanismo de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y con el fin de garantizar la *prevalencia del interés superior del menor*, y que esta institución tiene un carácter sustitutivo y subsidiario en aquellos casos en que los menores no puedan ser cuidados por su familia original, natural o biológica, con el fin de poder garantizarles sus derechos fundamentales y su bienestar integral.

(iv) Respecto del derecho a la protección de la familia –art.42 CP-, deben recordarse las reglas expuestas en el numeral 4 de este fallo, en cuanto al claro y expreso reconocimiento y protección de esta institución por parte de la Constitución como *el núcleo fundamental de la sociedad*; la concepción amplia de la misma que ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación; y los derechos que se le deben garantizar como (a) la honra, la dignidad y la intimidad, derechos que tienen un carácter de inviolable; (b) la igualdad de derechos y deberes en las relaciones familiares y el respeto recíproco de todos sus integrantes; (c) la proscripción de cualquier forma de violencia intrafamiliar; (d) la igualdad de derechos y deberes de todos los hijos; (e) la autonomía de la pareja para decidir libre y responsablemente el número de hijos; (f) la obligación de los padres de sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos; y (g) el derecho a no ser separado de la familia.

(v) Con relación a los derechos de los niños y la *prevalencia del interés superior del menor* –art. 44 CP-, que fueron tratados en el apartado 5 de esta providencia, la Sala reitera que el mandato superior consagra un catálogo enunciativo, mas no taxativo de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y, adicionalmente prevé que los niños gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las Leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, como la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Principio 2º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, de conformidad con el artículo 93 Superior.

Por ello, el principio de la *prevalencia del interés superior del menor* es un claro mandato constitucional y de derecho internacional, cuyo alcance normativo ha sido desarrollado en múltiples oportunidades por la jurisprudencia de este Tribunal tanto en decisiones de control abstracto como concreto de constitucionalidad; y a nivel interno se consagra en los artículos 6, 8 y 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

La jurisprudencia de esta Corte ha determinado el alcance del contenido normativo de la *prevalencia del interés superior del menor* consistente en múltiples aspectos: (a) los derechos consagrados en el artículo 44 de la Carta Política, en los tratados internacionales, y en las Leyes internas; (b) la obligación de otorgar al menor un trato preferente; (c) el status de sujetos de especial protección constitucional, lo cual le otorga un carácter superior y prevaleciente a sus derechos e intereses; (d) las obligaciones de garantizar sus derechos que recaen tanto en la familia, como en la sociedad y en el Estado; (e) el deber de tener en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones particulares de los niños; (f) la obligación de promover que los niños se conviertan en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad; y (g) la protección del menor frente a riesgos prohibidos o tratos crueles, inhumanos o degradantes, abuso sexual, explotación económica, o cualquier forma de abandono o violencia intrafamiliar, entre otros.

(vi) Particularmente en relación con la adopción en el marco de la prevalencia del interés superior del menor, tratado en el acápite 6 de este fallo, es de recabar el derecho a tener una familia, ya sea biológica o a través de la adopción, y a no ser separado de ella, lo que garantiza la protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al ser parte o miembros de un núcleo familiar.

En este contexto, es de suma importancia insistir en que la adopción debe necesariamente surtirse en aras de garantizar el *interés superior del menor*, esto es, el bienestar del niño, niña o adolescente, y en que la separación de su familia natural o biológica debe darse por graves razones que afecten el bienestar integral de los niños tales como (a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños.

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha resaltado que en los procesos de adopción se debe buscar, el equilibrio entre los derechos de los niños y el de los padres, pero en la solución de estos conflictos siempre debe prevalecer el interés superior del menor. Igualmente ha sostenido que las razones que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/filiales, deben tener un claro carácter subsidiario y excepcional, y deben ser graves y poderosas.

(vii) Descendiendo a la norma demandada, esta Sala encuentra que la misma consagra en principio bajo la guía de una finalidad constitucional legítima, la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes con prevalencia del interés superior del menor, en aquellos casos extremos cuando el legislador presupone implícitamente que están amenazados en su vida, integridad y bienestar integral por el estado de enfermedad mental o grave anomalía psíquica que sufran o padezcan sus padres o madres, situación que conllevaría la necesidad de una intervención del Estado con el fin de adelantar proceso de adopción sin el consentimiento de los progenitores.

Pero también se observa que la norma como está redactada no realiza matices respecto de la enfermedad mental o grave anomalía psíquica de los padres, que impida el otorgamiento de un consentimiento válido e idóneo para la adopción, ni respecto de la posible grave afectación de los derechos de los niños y del principio de prevalencia del interés superior del menor a causa de esta situación. Esta disposición así formulada puede implicar el desconocimiento de los derechos de los menores, como el derecho a no ser separado de su familia –art. 44 CP-; a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos “*en la medida de lo posible*”, como lo consagra el artículo 7-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; o el derecho sobre el respeto al hogar y a la familia para las personas en estado de discapacidad, establecido

en el artículo 23 de la CDPC, en donde se reconocen los derechos (a) a la paternidad y la maternidad, decidiendo libremente cuándo ser madres o padres; (b) a tener hijos/as, la tutela y custodia de ellos/as; (c) a la asistencia para el ejercicio de la parentalidad por parte del Estado; (d) a no privar a una persona del ejercicio de su parentalidad por motivos de discapacidad; y (e) a la primacía del interés superior del menor en toda decisión.

Así, la norma puede atentar contra el derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres o madres por motivo de discapacidad de éstos, y por ello, debe atenderse la Observación General del Comité sobre los Derechos del Niño No. 14 de 2013, párrafos 61 y 63, donde se afirma que ***“Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño ...”*** ***“Del mismo modo, los niños no se separarán de sus padres en razón de una discapacidad del menor o de sus padres. La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño”***. (Resalta la Sala)

Por tanto, esta Corte coincide con el criterio del Comité especializado en infancia de la ONU y con varias de las intervenciones presentadas respecto de que el interés superior de un niño se puede vulnerar si se lo separa de sus padres o madres con motivo de la discapacidad de éstos/as, siempre y cuando no se encuentren en juego los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y la prevalencia del interés superior del menor.

En consecuencia, resulta claro que de conformidad con el interés superior del menor existe tanto un derecho de los niños a no ser separados de sus padres y madres por motivos de discapacidad de éstos, como el derecho de los padres o de quienes detentan la patria potestad a no ser privados/as de la convivencia familiar con base a la misma causa, salvo en aquellos casos extremos en que se demuestre la afectación o vulneración de los derechos de los menores, en cuyo caso, como ya se ha insistido, debe prevalecer el principio del interés superior del menor.

Así, en criterio de este Tribunal la norma puede llegar a desconocer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad de la adopción y de la intervención del Estado en la familia. En consecuencia, la disposición podría estar en contravía de la jurisprudencia constitucional en relación con la intervención excepcional del Estado en las relaciones familiares entre un niño y sus padres o quienes detentan la patria potestad que estén en situación de

discapacidad, intervención que debe estar plenamente justificada por razones extremadamente graves que afecten la integridad y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

(viii) Sobre el consentimiento para dar en adopción, esta Corporación recuerda, como lo expuso de manera detallada en el apartado 7 de esta providencia, que de conformidad con el ordenamiento jurídico actualmente vigente, las normas internacionales sobre la materia, y los pronunciamientos de esta Corte, la manifestación de voluntad para dar en adopción a un menor de edad es válida civilmente e idónea constitucionalmente cuando se cumplen los requisitos de ser un consentimiento informado, libre, voluntario, asesorado y apto, exento de error, fuerza y dolo, y con objeto y causa lícitos.

En relación con la validez del consentimiento para la adopción por parte de las personas en situación de discapacidad mental y los requisitos que prevé el artículo 66 del Código de Infancia y Adolescencia, la Sala coincide con la intervención presentada por el ICBF en cuanto que (a) siempre se debe partir de la presunción de la capacidad mental del ser humano, que solo puede ser desvirtuada a través de una autoridad pública como el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; (b) no cualquier enfermedad mental afecta de manera total la capacidad mental para otorgar el consentimiento; (c) se debe demostrar una alteración importante de la función mental que necesita una persona para dar un consentimiento, tanto en la cognición que es la capacidad de comprender lo que está sucediendo, como en la volición que es la voluntad sobre la gravedad de lo que se está decidiendo; (d) el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, una vez le solicitan certificar la capacidad mental de una persona con una enfermedad mental o grave anomalía psíquica, siempre requiere que se especifique el motivo de la valoración para así emitir un concepto que concluya si falta o no, capacidad para otorgar el consentimiento.

Igualmente, se comparte que no se trata de determinar el tipo de enfermedad, esto es, si se trata de una enfermedad mental relativa o absoluta, o de si es curable o no, sino de establecer en cada caso concreto si los padres o quienes detentan la patria potestad, en el momento de dar el consentimiento para la adopción, se encuentran en capacidad cognoscitiva, psíquica y emocional para manifestar válida e idóneamente su voluntad, esto es, de dar un consentimiento informado, pleno, libre, asesorado y apto, libre de yerros, de fuerza o de dolo, así como de causas u objetos ilícitos.

(ix) Respecto de los derechos de las personas en estado de discapacidad, tema que fue desarrollado en el numeral 8 de la parte motiva de este pronunciamiento, y en este caso en particular de los padres en estado de discapacidad por sufrir de enfermedad mental o de graves anomalías psíquicas, y en cuanto a la posibilidad de que éstos puedan dar un consentimiento válido civilmente e idóneo constitucionalmente con el lleno de los requisitos de Ley, para esta Corporación es claro, en primer lugar, que la

norma acusada puede llegar a desconocer el derecho a la igualdad de las personas en estado de discapacidad –arts.5, 13 y 47- y la CDPD que obliga al Estado colombiano a promover y asegurar el *goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*, aludiendo directamente a aquellas personas que padezcan deficiencias físicas, *mentales, intelectuales* o sensoriales, de manera que se deben remover las diversas barreras que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas.

En el mismo sentido, la Sala coincide con las intervenciones de Dejusticia, de PAIIS, y los conceptos *Amicus Curiae*, pues constata que de conformidad con la Constitución y la CDPD la norma terminaría desconociendo que al Estado le asiste la obligación de garantizar a las personas con discapacidad derechos, tales como (a) el reconocimiento de personalidad jurídica y capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás personas y en todos los ámbitos de la vida; (b) el deber de implementar medidas para lograr la inclusión social de estas personas; y (c) la obligación de adoptar e implementar medidas y ajustes razonables para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de esta población. Estas obligaciones serían violadas por el Estado colombiano con la disposición acusada, ya que ésta da por sobreentendida la falencia de los padres cuando los mismos tienen una enfermedad mental o grave anomalía psíquica, razón por la cual no sería necesario solicitar el consentimiento de los padres para la adopción de niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a los conceptos de personalidad jurídica y capacidad jurídica advierte esta Sala que la norma no diferencia entre estas categorías, desconociendo con ello los lineamientos internacionales en la materia determinados por el Comité de la ONU encargado de interpretar y aplicar la CDCD que en su Observación General No. 1 las ha diferenciado. Por lo anterior, la norma omitiría el reconocimiento de los padres con discapacidad mental o grave anomalía psíquica como personas iguales ante la Ley. Acerca de la capacidad jurídica, el artículo 12 de la Convención establece que a ninguna persona se la puede privar tanto de la titularidad como del ejercicio de todos los derechos, en igualdad de condiciones con las demás personas; y que en caso de ser necesario, la persona podrá solicitarle al Estado los apoyos y salvaguardias que le permitan ejercer este derecho, y se proscribe la exclusión. Por tanto, el precepto acusado contrariaría el artículo 12 de la Convención que no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige, se proporcione apoyo en su ejercicio.

Así las cosas y a juicio de este Tribunal, la norma, tal como está redactada, realiza una diferenciación discriminatoria *a priori* respecto de la personalidad jurídica y la capacidad jurídica de dar el consentimiento para adoptar entre los padres y madres que tienen una enfermedad mental frente a quienes no la tienen. De esta manera, termina desconociendo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana

para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y algunas Observaciones Generales e informes del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

(x) En armonía con lo anterior, esta Corte observa que la disposición acusada contrariaría el entendimiento de la discapacidad desde el *modelo social* adoptado por la jurisprudencia constitucional, lo cual fue puesto de relieve por la mayoría de los intervinientes, modelo que reconoce (a) la garantía efectiva del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; (b) la implementación de medidas de inclusión social en favor de estas personas, y el reconocimiento de los derechos a la personalidad y a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental; y (c) la adopción de medidas y ajustes razonables para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad; de conformidad con los artículos 13, 14, 47 CP.

Para esta Corporación es claro que el papel del Estado en estos casos no debe ser discriminatorio, ni excluyente, sino por el contrario de promoción y de apoyo a los padres que se encuentran en estado de discapacidad para que puedan desarrollar idóneamente esta función y derecho parental. Lo anterior de conformidad con la Constitución Política, la jurisprudencia de esta Corte y las disposiciones de derecho internacional, especialmente de la –CDPD– que otorga a los derechos de las personas con discapacidad una protección especial y obliga a los Estados a adoptar un *modelo social*, que remueva todas las barreras sociales y adopte las medidas positivas necesarias para propender por la inclusión de las personas en estado de discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad.

En este sentido, se evidencia que la disposición acusada no incluye la obligación de adoptar medidas y ajustes razonables para el ejercicio de los derechos de los padres que se encuentran en estado de discapacidad, en razón de una enfermedad mental o grave anomalía psíquica, ni tampoco medidas de apoyo en la toma de decisiones autónomas e independientes para otorgar un consentimiento válido e idóneo para la adopción de sus hijos, con el fin de remover todas las barreras sociales que les impiden su inclusión social, reconocer su personalidad y capacidad jurídica, como sujetos morales y jurídicos, medidas que en criterio de esta Corporación deben adoptarse en cada caso en concreto y dependiendo del tipo y nivel de la limitación.

(xi) En igual sentido, el enunciado normativo demandado no se encontraría a tono con la jurisprudencia de esta Corte respecto del concepto de “*idoneidad física*”⁸⁸ para la adopción, frente al cual esta Corporación ha sostenido que debe evaluarse de manera integral y holística con miras a determinar la capacidad para el ejercicio del derecho y la función parental, y que se debe

88 Ver Sentencia C-804 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

acudir a ayudas técnicas y apoyos para superar las barreras que impone el entorno a una persona con discapacidad para ejercer dicha función.

En punto a este tema, este Tribunal ha sostenido que debe adoptarse una interpretación más acorde con los postulados de igualdad y dignidad de las personas en estado de discapacidad, sin que con ello se ponga en juego el interés superior del menor como elemento definitorio de la adopción, de manera que el estado de discapacidad física no debe ser óbice para ejercer el derecho de maternidad o paternidad, o para constituir una familia, o para ejercer los derechos sexuales y reproductivos, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional.

En armonía con lo anterior, la Corte resalta el punto puesto de relieve por la Vista Fiscal en cuanto a que la determinación de la enfermedad adolecida, debe tener en cuenta no solo la capacidad para dar un consentimiento válido civilmente e idóneo constitucionalmente, sino igualmente la capacidad o idoneidad de los padres para ejercer la paternidad. Por tanto, para el Ministerio Público cobra relevancia constitucional el que en la determinación del consentimiento se evalúe la capacidad para el ejercicio de la paternidad, y no solo la mera calificación de la dificultad para obtener el consentimiento para dar en adopción o de la enfermedad mental en sí misma, con el fin de salvaguardar tanto los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como la paternidad y maternidad biológicas, el derecho a la familia y a no ser separado de ella.

(xii) No obstante que la Corte considera que la norma parcialmente demandada, tal como está formulada por el legislador, terminaría afectando la protección de la institución de la familia y el derecho a no ser separado de ella –art.42 CP-, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y la prevalencia del interés superior del menor –art.44 CP-, así como los requisitos para el consentimiento en adopción, ya que configuraría un trato desigual y discriminatorio para las personas en estado de discapacidad en razón de la misma -arts. 5 y 13 CP-, y desconocería por tanto los derechos de los padres que se encuentran en situación de discapacidad –art. 47 CP-; en virtud de los principios *pro legislatore* y de *conservación del derecho*, y en concordancia con casi la totalidad de los intervinientes y la Vista Fiscal, esta Corporación encuentra que debe excluirse del ordenamiento jurídico la interpretación que se ha expuesto en este estudio sobre el precepto acusado, pues resulta abiertamente contraria a la Constitución.

Concluye entonces la Sala, al hacer un ejercicio de ponderación, que el consentimiento de los padres con discapacidad por enfermedad mental o grave anomalía psíquica para dar en adopción resultaría proporcional y razonable frente a los derechos fundamentales de los niños y la prevalencia del interés superior del menor, consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales que vinculan a Colombia, así como respecto de los derechos de los padres con este tipo de discapacidades, de conformidad con la

Constitución y el sistema integral de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, si se tiene en consideración que: (a) no es el concepto de enfermedad, deficiencia o minusvalía mental o psíquica la causa preponderante para determinar la posibilidad de otorgar un consentimiento válido; (b) ese consentimiento solo cobrará validez con la acreditación de los requisitos establecidos por la propia Ley respecto de la manifestación de voluntad; (c) no resulta ser determinante la condición de tener una enfermedad mental parcial o curable, sino la concepción de la personalidad jurídica de la persona con discapacidad, los apoyos que se le brinden, y el que con ello pueda otorgar un consentimiento válido e idóneo; (d) resulta necesario que el Estado adopte los ajustes razonables y los apoyos necesarios para el acto de consentimiento, y es el Defensor de Familia quien primordialmente debe brindarlos; (e) el acto se debe celebrar a través de la obligación del Estado como garante, rodeando de salvaguardias al mismo; (f) debe evaluarse la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de la prevalencia del interés superior del menor, así como la idoneidad de los padres o de quienes detentan la patria potestad para ejercer la función parental; y (g) debe valorarse durante el proceso administrativo y en cada caso concreto el ejercicio de la patria potestad, que en principio es ejercida por ambos padres, teniendo en cuenta aquellos casos en que sólo uno de ellos se encuentre afectado por enfermedad mental o grave anomalía psíquica.

Por estas razones, se condicionará la exequibilidad de la norma incorporando en ella el entendimiento del alcance normativo ajustado a la Constitución en cuanto a la protección de los derechos de la familia y a no ser separado de ella –art. 42 CP-, los derechos de los niños y la prevalencia del interés superior del menor –art. 44 CP-, así como de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, y demás derechos de las personas en estado de discapacidad – arts. 5, 13 y 47 CP-. De esta manera, la expresión demandada debe interpretarse en el sentido que para el otorgamiento del consentimiento de los padres o de quienes detentan la patria potestad y se encuentren en situación de discapacidad por razones de enfermedad mental o graves anomalías psíquicas

determinadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el Estado debe partir de (a) reconocer la personalidad y capacidad jurídica de estas personas; (b) realizar los ajustes requeridos y brindar los apoyos necesarios para la adopción de estas decisiones; (c) evaluar la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el marco del interés superior del menor; (d) la idoneidad de los padres o de quienes detenten la patria potestad para ejercer la función parental; (e) reconocer la patria potestad en cada caso en concreto, teniendo en cuenta aquellas situaciones en que solo uno de los padres se encuentra en condición de discapacidad; y (f) el proceso administrativo debe llevarse a cabo sin perjuicio de las facultades constitucionales y legales de los jueces de familia para dictar la sentencia de adopción. Por tanto, solo una vez surtido este proceso administrativo se podrá dar por establecida la falta de los padres cuando la valoración que realice el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dictamine la imposibilidad para otorgar un consentimiento con el lleno de los requisitos constitucionales y legales.

De conformidad con esta *ratio decidendi* en la parte resolutive de esta sentencia se declarará la exequibilidad del enunciado normativo acusado “*cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*”, en el entendido que solo se entenderá la falta del padre o la madre, o de quienes detenten la patria potestad, cuando la valoración realizada por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses concluya la imposibilidad para otorgar un consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

DECLARAR EXEQUIBLE la expresión “*cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*”, contenida en el inciso 3° del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, por los cargos analizados en la presente sentencia, y en el entendido que solo se dará por establecida la falta del padre o la madre, o de quienes detenten la patria potestad, cuando la valoración realizada por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses concluya la imposibilidad para otorgar un consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta (E)

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
En uso de permiso

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado
Ausente

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado Ponente

MARTHA VICTORIA SÁCHICA
Secretaria General