

Sentencia C-058/18

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA SOBRE ADOPCION-Acceso a la información recolectada durante el trámite

La Sala encuentra que las expresiones demandas “que hubieran llegado a la mayoría de edad” y “los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información” contenidas en los artículos 75 y 76 respectivamente del Código de la Infancia y la Adolescencia, son razonables, proporcionadas y se ajustan a la Constitución. Por lo tanto, se declaran exequibles, al no vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad del niño o adolescente (CP, art.16); a la libertad de información (CP, art.20), a tener una familia y no ser separado de ella (CP, art.44), ni al acceso a los documentos de su proceso de adopción de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño.

DERECHOS DE LOS NIÑOS E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Instrumentos internacionales/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Instrumentos internacionales que reconocen los derechos de los niños

DERECHOS DE LOS NIÑOS-Carácter prevalente

ADOPCION EN COLOMBIA-Régimen jurídico

ACCESO A LA INFORMACION RECOLECTADA DURANTE EL PROCESO DE ADOPCION-Marco normativo

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN LA ADOPCION-Jurisprudencia constitucional

PROCESO DE ADOPCION-Debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del niño, niña o adolescente

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OIDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Alcance

DISTINCION ENTRE EL ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA, CAPACIDAD JURIDICA Y DE EJERCICIO, PARA EFECTOS DE LA ADOPCION-Reglas jurisprudenciales

De las sentencias relacionadas se reiteran las siguientes reglas para efectos de la adopción: (i) el atributo de la personalidad jurídica de un menor se concreta en el marco de la familia, por lo que todo proceso dilatorio en cuanto a la separación de la misma atenta contra sus derechos fundamentales; (ii) la capacidad jurídica puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, pero no ésta última sin la primera, es decir, se puede ostentar el disfrute de un derecho pero no ejercerlo, ya que para ello se debe detentar la aptitud legal para obligarse. No obstante, la capacidad de ejercicio tratándose de menores en principio se encuentra atada a la celebración de actos jurídicos en el marco de los derechos patrimoniales; y (iii) en todos los actos que involucren a niños, niñas o adolescentes se debe evaluar la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen de acuerdo a su edad y a su madurez.

DERECHO A LA INFORMACION-Jurisprudencia constitucional

Expediente: D-11793

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 75 y 76 (parciales) de la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”

Actor:

Álvaro Miguel Martín Báez Parra

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., seis (6) de junio de dos mil dieciocho (2018)

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 presente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Álvaro Miguel Martín Báez Parra, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de las expresiones “que hubieran llegado a la mayoría de edad” y “los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información” contenidas en los artículos 75 y 76, respectivamente, de la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Mediante Auto del 11 de noviembre de 2016, el Magistrado sustanciador dispuso: admitir la demanda al constatar que reunía prima facie los requisitos exigidos por el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991; decretó pruebas; ordenó que, una vez recaudadas las mismas, se corriera traslado al Ministerio Público a fin de que emitiera concepto en los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución; fijó en lista el proceso con el objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma; y, se comunicó la iniciación del mismo al Presidente del Congreso, para los fines previstos en el artículo 244 de la Carta.

Asimismo invitó a participar en este proceso a la UNICEF Colombia, a la Fundación los Pisingos, a la Asociación Amigos del Niño Clemencia Gutiérrez Wills, Fundación para la Asistencia de la Niñez Abandonada – FANA, a la Corporación Casa de María y el Niño, a la Corporación Colegio Nacional de Abogados – CONALBOS, al Colegio Colombiano de Abogados Especialistas en Derecho de Familia y del Menor – CAEFYM, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, a la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, a la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

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

A. TEXTO NORMATIVO DEMANDADO

Las normas contenidas en los artículos 75 y 76 del Código de la Infancia y la Adolescencia,

con los apartes demandados en subrayas, son los siguientes:

LEY 1098 DE 2006

(noviembre 8)[1]

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

ARTÍCULO 75. RESERVA. Todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción, serán reservados por el término de veinte (20) años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. De ellos sólo se podrá expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieren directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

PARÁGRAFO 1o. El adoptado, no obstante, podrá acudir ante el Tribunal Superior correspondiente, mediante apoderado o asistido por el Defensor de Familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

PARÁGRAFO 2o. El funcionario que viole la reserva, permita el acceso o expida copia a personas no autorizadas, incurrirá en causal de mala conducta.

ARTÍCULO 76. DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER FAMILIA Y ORIGEN. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar. Los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información.

B. LA DEMANDA

1. El ciudadano demandante sostiene que las expresiones acusadas vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad del niño o adolescente (artículo 16, C.P.); el derecho del adoptado a recibir información veraz e imparcial (artículo 20, C.P.); el derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separado de ella (artículo 44, C.P.); y

el derecho de los mismos a acceder a documentos públicos de su proceso de adopción de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (artículo 3, CDN).

2. En su argumentación aduce que la capacidad jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones prevista en el Código Civil (artículo 1504, C.C.), para lo cual se requiere acreditar la mayoría de edad, difiere sustancialmente del hecho de que el menor alcance la “madurez” suficiente como sujeto para solicitar y recibir información respecto del origen y conformación de su familia cercana. En ese sentido, a modo de ejemplo indica que la ley y la jurisprudencia constitucional consagran eventos en los que los menores de edad pueden ejercer ciertos actos como: (i) contraer matrimonio, (ii) obtener una licencia de conducción automotriz o de ciclomotor, (iii) brindar su consentimiento para la intervención de procedimientos médicos como la “esterilización quirúrgica”[2], (iv) o incluso cometer delitos.

3. Por lo anterior, considera el demandante que resulta desproporcionado que los menores de edad no puedan ejercer libremente el derecho de información veraz o imparcial respecto del origen de sus padres y familiares cercanos tan solo por no haber cumplido la mayoría de edad, facultad que sí puede ser realizada por otras personas ajenas al goce de ese derecho del menor como los padres adoptantes, quienes juzgarán el momento y las condiciones para conocer dicha información.

C. INTERVENCIONES

Intervenciones oficiales

Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho: exequible

4. La Directora de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico defendió la constitucionalidad de las expresiones demandadas, al considerar que si bien existe una prohibición legal para que el menor de edad solicite directamente dicha documentación, el artículo 32 numeral 4 del Código General del Proceso contempla el proceso de levantamiento de la reserva de las diligencias administrativas o judiciales de adopción, por lo que en su concepto, el niño o adolescente asistido por el defensor de familia podría solicitar información cierta y veraz sobre sus padres biológicos o su familia

cercana.

5. En cuanto a la posibilidad de que sean los padres adoptantes quienes decidan el momento para divulgar el origen de los padres o de la familia extensa, obedece a un criterio de razonabilidad, pues son ellos los que después de haberse sometido a todos los escrutinios psicosociales, técnicos y demás requeridos en el proceso de adopción están facultados para juzgar objetivamente el momento y las condiciones propias para que el menor tenga conocimiento sobre su origen biológico y si existen otros familiares.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF): exequible

6. La Jefe de la Oficina Jurídica del ICBF solicita la declaratoria de exequibilidad de las expresiones contenidas en los artículos 75 y 76 del Código de la Infancia y la Adolescencia con fundamento en (i) la prevalencia de los derechos del menor; (ii) el concepto de autodeterminación de los niños y adolescentes; (iii) la reserva de los documentos y actuaciones propios del proceso de adopción; (iv) y el derecho a conocer su familia de origen, expresados de la siguiente manera:

7. Expresa que los derechos de los niños tienen primacía por mandato específico (artículo 44, C.P.) y por disposición de distintos instrumentos internacionales (artículo 3, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño). De igual modo la Ley 1098 de 2006 define el interés de los niños, niñas y adolescentes como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos. En ese sentido, es una obligación de la familia, la sociedad y el Estado asistirlos y protegerlos para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos en virtud del principio de interés superior.

8. Indica la representante del ICBF que el Estado cuenta con todas las facultades constitucionales y legales para establecer las medidas legislativas que considere necesarias para proteger los derechos fundamentales de los menores, siempre que resulten razonables y proporcionadas.

Autodeterminación de los niños y adolescentes

9. Asimismo señala que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a los

menores de edad como sujetos de derecho dotados de autonomía progresiva de acuerdo con la etapa de la vida en la que se encuentren, la cual les permite desplegar autonomía en sus actos y decisiones de modo progresivo[3]. Incluso, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño analizado por el Comité de los Derechos del Niño señala que cuentan con el derecho a ser escuchados en las decisiones que los afecten.

10. En relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte Constitucional en la sentencia T-182 de 1996 que “cualquier limitación que impongan los padres al derecho del niño al desarrollo de su personalidad debe estar acorde y tener en cuenta la prevalencia de los derechos del niño. Las limitaciones en este aspecto sólo deben buscar garantizar de manera más efectiva el desarrollo integral del menor” (subraya original).

11. Señala la interviniente que el nivel volitivo y psicológico en el que se funde la decisión que adopte el niño determinará el nivel de protección constitucional que la misma recibirá, por ello la capacidad se encuentra estrechamente relacionada con el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que, aunque puede estar limitado en determinadas ocasiones, esa restricción debe ser evaluada en cada caso concreto y, tratándose de niños, debe propender por el respeto y protección de su interés superior.

La reserva de los documentos y actuaciones propios del proceso de adopción

12. En cuanto al proceso de adopción, manifiesta que es considerada como una medida a través de la cual se proporciona a los niños, niñas o adolescentes no solo un padre o una madre, sino el derecho a tener una familia que suministre aquello que se considera apropiado para su bienestar y desarrollo pleno e integral. Que por virtud del artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia la adopción extingue el parentesco del adoptivo con su familia de origen y crea un nuevo vínculo entre el adoptado y los padres adoptantes. Así, estos últimos ejercen un derecho legítimo de patria potestad sobre su menor hijo.

13. En ese orden de ideas, la Ley 265 de 1996 por medio de la cual se aprobó el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, en su artículo 30 dispone que las autoridades deben garantizar la conservación de la información relativa a los orígenes del niño, en especial, lo referente a la identidad de sus padres, historia médica y de la familia[4]. En el sentir de la entidad

interviniente, el artículo 75 demandado prevé la reserva legal de los documentos y actuaciones administrativas por un término de veinte años, las acciones para levantar dicha reserva y las personas legitimadas para incoar dicho trámite.

Derecho del adoptado a conocer su familia y origen

14. Señala la interviniente que el artículo 76 de la Ley 1098 de 2006 es claro al estipular que todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar, su historia de vida familiar, social, y las circunstancias que rodearon dicho proceso. Esta prerrogativa se predica exclusivamente del menor, pues la familia biológica una vez ejecutoriado el trámite pierde todos los derechos de filiación relacionados con este.

15. El ICBF en calidad de autoridad central en materia de adopción profirió el lineamiento técnico administrativo del programa de adopción aprobado mediante la Resolución No. 2551 del 29 de marzo de 2016, modificada por la Resolución No. 13368 del 23 de octubre de 2016, en cuyo Capítulo IV estableció el procedimiento para el reencuentro con la familia de origen, teniendo en cuenta las condiciones específicas de desarrollo del niño, niña o adolescente de acuerdo con su edad.

16. Manifiesta que el objetivo primordial del trámite consiste en la búsqueda activa de los miembros de la familia biológica y en brindar orientación al adoptado antes de tener acceso a la documentación de su proceso de adopción, pues desde su experiencia hay que minimizar los factores de riesgo emocional que se pueda generar al adoptado e incluso a la familia adoptante, al encontrarse frente a realidades sensibles como cambiar la autoconcepción de su historia familiar, no aceptar el encuentro, los motivos que originaron la adopción o los reproches por parte de alguno de los miembros.

17. Finalmente concluye que tanto el artículo 75 como el 76 acusados parcialmente, lejos de representar una limitación injustificada al libre desarrollo de la personalidad del menor prohibiendo la solicitud directa del levantamiento de los documentos sometidos a reserva de ley, buscan proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes mediante la reserva de la intimidad de la familia de origen, la cual en muchos casos puede contener en su historia hechos victimizantes que requieren de un tratamiento especial y delicado de respeto. Por ello está justificado que los padres, quienes además ejercen la patria potestad, sopesen el momento adecuado para revelar dicha información mientras su

hijo llega a la mayoría de edad.

Departamento Administrativo para la Prosperidad Social: exequible

18. La Jefe de la Oficina Jurídica por medio de su intervención solicita a la Corte declarar exequibles los artículos 75 y 76 (parciales) de la Ley 1098 de 2006 puesto que cualquier tensión entre los mandatos constitucionales debe ser resuelta en favor de los derechos de los niños, en razón de la primacía del interés superior del menor. En ese sentido, el proceso de adopción es “la institución jurídica por excelencia para garantizar al menor de edad expósito o en situación de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella”[5].

19. En armonía con las normas demandadas, el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone el deber de corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia en el cuidado y protección integral del menor. Explica que la responsabilidad parental (Art. 14 Ley 1098 de 2006) es un complemento del ejercicio de la patria potestad y una obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, niñas y adolescentes adoptados.

20. En cuanto a la limitación impuesta a los menores de edad adoptados para reclamar directamente información sobre los documentos y actuaciones del proceso de adopción comporta en sí mismo una forma de protección al menor, ya que no es posible determinar en abstracto la capacidad emocional del adoptado para enfrentarse a una información tan determinante para su formación. Por ello, se encuentra justificado constitucional y legalmente que sean los padres adoptantes quienes determinen el grado de madurez de su menor hijo para conocer un tema tan sensible.

Instituciones académicas

Universidad del Rosario: exequible

21. La Coordinadora del Área de Familia del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, defiende la constitucionalidad de las expresiones demandadas al considerar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se entiende como el reconocimiento por parte del Estado de la facultad individual de autodeterminarse sin coacción, controles

injustificados o impedimentos por parte de los demás. Por ello, si el padre adoptivo considera que no es el tiempo pertinente para que se conozca la información sobre el origen biológico de su hijo, se presume que lo hará para salvaguardar sus derechos y cuidarlo de afectaciones emocionales y psicológicas, no para coartar su libre desarrollo de la personalidad.

22. En lo que respecta al derecho a recibir información veraz e imparcial (artículo 20, C.P.) debe entenderse en armonía con la responsabilidad que comporta ejercer la patria potestad sobre un menor de edad, pues los padres adoptantes tienen el deber de velar por la protección y cuidado de su hijo, y en ese caso representarlo en la toma de esta decisión hasta que adquiera la mayoría de edad. Adicionalmente solicitan que, de condicionarse la norma, se tenga en cuenta que la prohibición legal involucra una garantía de protección especial del menor en cuanto a su estabilidad emocional, física y mental, que podría verse afectada si se le deja al libre arbitrio conocer a la familia de origen, cuando la realidad de la sociedad colombiana da cuenta de que en la gran mayoría de los casos el núcleo familiar es complejo. Por ello, sugieren que previo a la decisión del menor de conocer su origen biológico, se ordene el acompañamiento y asesoría psicológica especializada.

Universidad Externado de Colombia: exequible

23. La Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia de manifiesta que las normas demandadas parcialmente no contraviene la Constitución. Explica la interviniente que con la entrada en vigencia de la Ley 57 de 1985 Código del Menor, se estableció en su artículo 114 una reserva legal por el término de 30 años respecto a actuaciones administrativas o jurisdiccionales en el proceso de adopción y, en el año 1993 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en un fallo de tutela proferido el 30 de abril de 1993 estableció que esta reserva legal de las actuaciones surtidas dentro del proceso de adopción no es absoluta[6].

Alcance del derecho de los niños, niñas y adolescentes a conocer su origen

24. Manifiestan que el término origen debería referirse tanto al biológico como al genético indiscriminadamente, sin embargo, la doctrina contemporánea ha sabido explicar que ambas acepciones si bien sí hacen referencia al origen, no resulta exactamente equivalente el biológico con el genético. Se han identificado por parte de la doctrina dos (2)

situaciones en las cuales se materializa el derecho a conocer el propio origen:

25. En primer lugar, el derecho a conocer la propia condición, el verdadero estatus jurídico de la persona[7]. Refiere entonces la doctrina como ejemplos la necesidad de saber si se es hijo adoptivo, hijo concebido por fecundación médicamente asistida o por fecundación heteróloga (donante de material genético) o si se es hijo matrimonial o extramatrimonial[8].

26. En segundo lugar, saber la identidad de los progenitores, es decir, individualizar correctamente a quienes aportaron el material genético, siendo entonces esta segunda situación la que se desprende de la lectura de los argumentos del actor de la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa. Refiere Aída Kemelmajer de Carlucci[9].

Normas internacionales que regulan el derecho de los niños, niñas y adolescentes a conocer su origen

27. En este acápite la interviniente se refiere al principio No. 9 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Principios sociales y jurídicos relativos a la protección y al bienestar de los niños[10] el cual establece que “los encargados de la atención del niño deben reconocer la necesidad del niño adoptado o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño” (negrilla fuera de texto).

28. Señala que el artículo 7.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de Naciones Unidas aprobada en noviembre de 1989 dispone que “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres” (cursiva y negrilla fuera de texto), que con relación a la frase resaltada se han dado diversas interpretaciones. Una primera interpretación se refiere a si es posible o no conocer materialmente el origen, dependerá de cada caso en particular, v.gr. será materialmente posible que un niño entregado en adopción por sus padres al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar conozca su origen. Será materialmente imposible, si el niño recién nacido es abandonado y no hay rastros que lleven a la identificación de sus padres.

29. Indica que la otra interpretación doctrinaria plantea que dicha posibilidad de

conocer el origen de los niños, niñas y adolescentes no debe mirarse únicamente desde el punto de vista material sino también desde el punto de vista jurídico y ahí tendrá que entrarse a mirar el derecho interno de cada país, tanto así que el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional[11] establece en el artículo 30 que las autoridades de cada Estado deben asegurar la conservación de la información de los orígenes de los menores de edad, en especial la identificación de los progenitores, la historia médica y su pasado genético. Sin embargo, dice el artículo en el numeral segundo que “dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento del niño o de su representante a esta información en la medida que lo permita la ley de dicho estado”.

30. En el ordenamiento jurídico europeo se encuentra una regulación similar en cuanto (i) a la libertad de configuración de los Estados para establecer restricciones al derecho a conocer el origen y en cuanto (ii) a la determinación de las condiciones en que los niños, niñas o adolescentes pueden acceder a conocer su origen. En este sentido el artículo 11 de la Carta Europea de Derechos del Niño establece que “Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros” (subraya fuera de texto); esta norma europea recoge en parte el fundamento de los artículos 75 y 76 del Código de la Infancia y la Adolescencia, es decir: es legítimo establecer restricciones -reserva legal- en razón de la edad para acceder a la información del proceso de adopción en aras de salvaguardar los derechos de la infancia y la adolescencia, y es aún más necesario, establecer condiciones óptimas que no lesionen ni vulneren el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes para permitir su acceso a la información relacionada con su origen biológico.

Derecho comparado latinoamericano

Venezuela: el artículo 56 de la Constitución dispone que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los

mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley” (subrayado fuera de texto).

Paraguay: el artículo 18 del Código de la niñez y la adolescencia (Ley 1.680 de 2001), establece que el derecho a la identidad de los niños se refiere a “la nacionalidad paraguaya en las condiciones establecidas en la Constitución y en la Ley. Tienen igualmente derecho a un nombre que se inscribirá en los registros respectivos, a conocer y permanecer con sus padres y a promover ante la Justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias” (subrayado fuera de texto).

Ecuador: la Ley No. 100 de 2003, por medio de la cual se adoptó el Código de la niñez y la adolescencia preceptúa en su artículo 21 que “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, (...) salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías”. Sin embargo, el artículo 153 inciso 6 del mismo código establece una limitación a este derecho en tratándose de la adopción al señalar, dentro de los principios de ésta se encuentra que “Las personas adoptadas tienen derecho a conocer su condición de tal, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta última” (subrayado fuera de texto).

Bolivia: el Código niña, niño y adolescente, adoptado mediante la Ley N° 548 del 17 de julio de 2014 establece en su artículo 95 dos derechos especiales de las personas adoptadas: “Las personas que hayan sido adoptadas o adoptados, al obtener su mayoría de edad o desde su emancipación, tienen derecho a conocer los antecedentes de su adopción y referencias de su familia de origen”. Y se establece en el artículo 96 del mismo Código que “Las Instancias Departamentales de Política Social, formarán grupos para hijas e hijos adoptados, a quienes se brindará apoyo y terapia psicológica cuando así lo requieran”.

Uruguay: el Código de la niñez y la adolescencia, adoptado mediante Ley No. 17.823 de 2004, dentro de su cuerpo normativo dispone que “Si el adoptado es mayor de quince años de edad podrá solicitar al Juez Letrado de Familia competente la exhibición del expediente judicial o antecedentes de su adopción, fundando su pretensión”.

Argentina: la ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y

Adolescentes de 2005 establece en su artículo 11 inciso primero que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres” salvo la excepción prevista en los arts. 327 y 328 del Código Civil relativa a que en todo caso el menor de edad “adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad”.

Intervenciones ciudadanas

Fundación para la asistencia de la niñez abandonada: exequible

31. La representante legal de la Fundación para la asistencia de la niñez abandonada manifiesta en su escrito que presentará una opinión especializada sobre el caso desde su experiencia. Considera que las normas demandadas deben ser declaradas exequibles no solo por los aspectos jurídicos, sino por los factores psicológicos de los menores adoptados, dentro de los cuales se tendría que hacer una distinción en su origen, pues la mayoría son abandonados, maltratados, abusados y muy pocos entregados en adopción por parte de sus padres biológicos.

32. Por otro lado, indica que hay menores que son recuperados y dados en adopción a una corta edad (0 a 2 años) que provienen de familias inestables, por lo que permitirles conocer su origen sin contar con la mayoría de edad, sería exponerlos a un alto riesgo emocional. En respaldo de ello cita varios casos atendidos por la fundación en los que menores recuperados son entregados a la familia extensa o cercana y han sido objeto de vejámenes sexuales, desnutrición, maltrato físico y emocional e incluso de mutilaciones.

33. Señala que de permitir el levantamiento de la reserva cuando el menor sienta curiosidad de conocer su origen, conduce a generar problemas de vinculación afectiva con los padres adoptivos y posteriores episodios de rebeldía, conductas desafiantes, hurto, agresividad, escapes del hogar, entre muchas otras manifestaciones.

Corporación Casa de María y El niño: exequible

34. El representante legal de la Corporación Casa de María y El niño considera la norma no contradice derecho constitucional alguno, toda vez que no existen derechos

absolutos. En ese orden de ideas expone que el artículo 16 del Texto Superior indica que, si bien toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, dicha libertad encuentra su límite en los derechos de los demás y en el orden público.

35. De este modo considera que los artículos 75 y 76 demandados encarnan un objetivo superior al de la simple limitación de la reserva legal, pues velan por el bienestar emocional y psicológico del menor, restricción que es superada cuando el adoptado llega a un estado donde se considera cuenta con la suficiente madurez para afrontar e interiorizar la información de su origen y familiares.

D. DECRETO DE PRUEBAS

36. Mediante auto del once (11) de noviembre de 2016 el Magistrado sustanciador con el fin de tener mayor ilustración respecto de la derecho a adoptar y ser adoptado solicitó al ICBF información sobre este proceso y en especial el trámite de solicitud de información sobre la familia de origen, por lo que en respuesta a dicho requerimiento, la autoridad central en materia de adopción mediante oficio No. 10400/594605 contestó lo siguiente[12]:

a) Desde la entrada en vigencia de la Ley 1098 de 2006 y conforme al artículo 75 de ese mismo código, ¿cuántas solicitudes de información del proceso de adoptabilidad han sido tramitadas?, y de ellas, ¿cuántas han sido requeridas por el adoptado menor y mayor de edad respectivamente?

37. El ICBF señala que dando cumplimiento al artículo 77 de la Ley 1098 de 2006, implementó en el año 2009, el Sistema de Información de Protección – SIP, pero no incluyó la “búsqueda de orígenes” por lo que no cuenta con dicha información, sino a partir del año 2012, cuando se creó el Sistema de Información Misional-SIM.

38. Teniendo en cuenta la importancia del tema y el creciente número de requerimientos, se tomó la decisión de centralizar el trámite en cabeza de la Subdirección de Adopciones del ICBF, arrojando la siguiente información respecto de los procesos de adoptabilidad tramitados, así:

Año

Total de peticiones

2012

319

2013

725

2014

846

2015

883

2016

1.001

Total

3.774[13]

b) ¿Cuál es el procedimiento de la solicitud de búsqueda de la familia de origen y que documentos se suministran por parte de la entidad absolvente de la petición?

40. El objetivo de este trámite es realizar la búsqueda activa de los familiares biológicos y brindar orientación al menor, la familia adoptante y los parientes originales en el marco del cumplimiento del derecho de los niños, niñas, adolescentes y adultos de conocer su origen, el carácter de su vínculo familiar y a tener acceso a la documentación de su proceso mediante el suministro de información y copias de la historia de atención.

41. El alcance del instructivo inicia desde que se recibe la solicitud por parte del

mayor de edad (o por parte de sus padres adoptivos si es menor de edad), hasta cuando se coordina el encuentro o contacto con la familia biológica y el adoptado, o se informa a este que la persona buscada no desea establecer contacto; para las solicitudes dirigidas únicamente a obtener copia de la documentación, se entiende concluido el trámite con la entrega de los documentos correspondientes[14].

42. Lo anterior, por cuanto la información que se maneja es altamente sensible y requiere de una adecuada preparación por parte del adoptado y la familia que lo recibe, al igual que con la de origen. De esta forma se busca minimizar factores de riesgo frente a las expectativas y afectación emocional que puede generar el encontrarse con diferentes realidades, pues se ha concluido que cuando el adulto recurre a la búsqueda de sus orígenes, aproximadamente un 90% ha discutido con sus padres adoptantes la decisión y cuentan con su apoyo, lo cual les genera mayor bienestar emocional. En el caso de los menores de edad, se ha encontrado que sus padres solicitan la información por: i) encontrarse el adolescente en un proceso terapéutico; y ii) para los padres contar con mayores herramientas que les permitan responder las inquietudes de sus hijos adoptados[15].

43. Es importante señalar, que no todas las personas que han sido adoptadas desean a temprana edad conocer sus orígenes o los motivos que conllevaron a su adopción, (muchas personas nunca lo buscan) si bien desde temprana edad se pueden plantear algunas preguntas, estas corresponden a los padres absolverlas de acuerdo a la información de la historia del niño o niña que recibieron durante el proceso de adopción y, de ser necesario, lo realizan con acompañamiento profesional. Las solicitudes que se reciben, con base en lo señalado en el Instructivo Búsqueda de Orígenes de Niños. Niñas. Adolescentes y Adultos Adoptados, puede ser para:

- Obtener una copia de la historia de atención.
- Búsqueda de familia biológica y copia de los documentos.
- Obtener copia de la sentencia de Adopción y/o Registros Civiles para tramitar la nacionalidad.
- Familia biológica que pregunta por sus parientes adoptados.

- Otros motivos como conocer la ciudad donde nacieron, el hogar sustituto, las instalaciones del ICBF donde se realizó su Proceso de Restablecimiento de Derechos[16].

c) ¿Los menores que se encuentran en proceso de adopción son informados o se les da a conocer por algún medio de los parientes más cercanos?

44. Manifiesta el ICB que desde el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos con medida de ubicación en hogar sustituto o medio familiar, se adelantan diferentes actuaciones en relación con la familia biológica, entre las que se encuentran:

- Dentro del material probatorio y atendiendo lo establecido en el artículo 26 del Código de Infancia y adolescencia y el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, la autoridad administrativa debe indagarle al menor de edad, sobre las redes familiares y de apoyo con las que cuenta, analizando los factores de generatividad y vulnerabilidad de cada uno de estos referentes.

- Teniendo en cuenta la anterior información, el equipo técnico interdisciplinario realiza las valoraciones psicosociales a estos entornos, para determinar si son garantes e idóneos para asumir el cuidado de los niños.

- Una vez se cuenten con estas valoraciones, la autoridad administrativa podrá ordenar que se realicen intervenciones y apoyo a la familia para trabajar un posible reintegro, momento en el cual, se permite el contacto con la familia y el niño. Sin embargo, cuando se determina a través de los dictámenes periciales que la familia no es garante o no quiere hacerse cargo del cuidado del niño, niña o adolescente, no se tendrá contacto con ellos, para evitar afectación emocional.

45. Resalta que cuando se realiza trabajo con la familia para posibles reintegros, la autoridad administrativa con su equipo técnico interdisciplinario evalúa los avances, cumplimiento de compromisos, fortalecimiento del vínculo, entre otros aspectos, con lo cual, se podrá determinar si es viable el reintegro o si, por el contrario, resulta pertinente suspender el contacto por la afectación que esto puede generar.

46. Cuando del seguimiento y valoraciones realizadas se evidencia la no garantía de derechos del niño, niña o adolescente por parte de sus parientes biológicos y como

consecuencia se procede a la declaratoria de adoptabilidad, se lleva a cabo un abordaje psicosocial al menor de edad de acuerdo con su madurez psicológica, para darle a conocer las distintas circunstancias, explicarle el estado del proceso y los trámites a realizar. Ello implica que los menores de edad no tienen más contacto con su familia de origen en las demás etapas para la adopción, toda vez que esto generaría una inseguridad jurídica e inestabilidad emocional para el niño, niña o adolescente.

47. Finalmente, es importante traer a colación lo establecido en el artículo 75 de la Ley 1098 de 2006, en cuanto a la reserva de todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción, en donde señala que “serán reservados por el término de veinte (20) años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. De ellos sólo se podrá expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieron directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad” (subraya original)[17].

d) Conforme a lo anterior, los ciudadanos en calidad de adoptantes son puestos en conocimiento de los parientes o familia extensa del menor en proceso de adopción.

48. Los adoptantes sólo tienen conocimiento de la familia extensa del menor cuando ésta información se encuentra relacionada en la declaratoria de adoptabilidad, en la autorización que otorgó el defensor de familia, o en el otorgamiento del consentimiento. No obstante, lo señalado, no tienen contacto alguno con los parientes biológicos, por cuanto se les hace entrega de esta documentación, junto con el informe integral, fotografías e información médica del niño, niña o adolescente al momento que se les comunica la decisión tomada por el Comité de Adopciones relativa a la asignación de ellos como posibles padres. Posteriormente, cuando a través del trámite de búsqueda de orígenes realizan la solicitud para obtener una copia de la historia de atención, se conocen algunos datos más detallados[18].

e) ¿Cuáles son los protocolos o directrices de cumplimiento por parte del ICBF del artículo 217 de la Ley 1753 de 2015 por medio de la cual se modificó el artículo 56 de la Ley 1098 de 2006, atinente a la ubicación del medio familiar?

49. Teniendo en cuenta la relevancia de la modificación del artículo 56 de la Ley 1098 de 2006 y la obligación de que las autoridades para el restablecimiento de derechos

conozcan y apliquen estas disposiciones, el ICBF ha adelantado las siguientes acciones:

- Expedición del “Lineamiento Técnico Administrativo de Ruta de Actuaciones para el Restablecimiento de Derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados” con el propósito de brindar parámetros orientadores a las autoridades administrativas frente a los trámites de restablecimiento de derechos [19].
- Capacitación de 1.800 defensores y comisarios de familia en temas de restablecimiento de derechos y búsqueda de redes familiares conforme la modificación del artículo 56, destacando y analizando cada uno de los aspectos que trae esta disposición y orientando sobre la aplicación práctica de la misma.
- Dirección del oficio N° S-2016-469069 -0101 a todos los jueces familia de Colombia, toda vez que se evidenció en diferentes actividades de articulación entre el ICBF y la rama judicial, que los operadores judiciales desconocen esta reforma[20].

E. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

50. El Procurador General de la Nación, mediante Concepto No. 6264 del 23 de febrero de 2017, solicita a la Corte Constitucional declarar exequibles las expresiones demandadas “que hubieran llegado a la mayoría de edad” y “los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información” contenidas en los artículos 75 y 76 respectivamente del Código de la Infancia y la Adolescencia, al considerar que la prohibición de solicitar directamente el levantamiento de los documentos y actuaciones de su proceso de adopción antes de adquirir la mayoría de edad y la facultad otorgada a los padres para juzgar el momento adecuado cuando sus hijos aún están bajo su custodia son constitucionales en atención al principio de la primacía de los derechos de los niños.

51. El Ministerio Público resalta que la adopción como medida de protección tiene lugar cuando los derechos de algún niño, niña o adolescente se ven amenazados o vulnerados por su entorno familiar o por las condiciones en las que se desarrolla. Por lo tanto, el menor como “sujeto de especial protección constitucional” debe ser retirado del medio que lo afecta. No obstante, el Estado colombiano se encuentra obligado a respetar el

derecho de todo niño a tener una familia y permanecer en ella, ya sea por mandato expreso de la Constitución o por adoptar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

52. Señala que la adopción ha sido considerada tanto en el plano nacional como internacional como un tema sensible y determinante en el futuro de los menores de edad y de las familias[21]. En efecto, considera la vista fiscal que el Estado se ha comprometido a respetar todos los derechos consignados en la Convención sobre los Derechos del Niño, armonizando su legislación interna en atención a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en sus sesiones de los años 2000, 2006, 2010 y 2015.

53. El Procurador General de la Nación indica que acorde con las pruebas practicadas en la presente acción, cuando se presenta una solicitud de búsqueda de orígenes, el ICBF procede a verificar con sus equipos interdisciplinarios el estado de madurez del adolescente, y garantiza que este cuente con el apoyo y compañía de sus padres, para que el resultado del proceso de reconocimiento de su historia familiar no le resulte traumático ni vaya en detrimento de su integridad psicológica, ni de sus demás derechos. Por lo tanto, el artículo 75 debe ser interpretado de la manera más favorable a los derechos de los niños y adolescentes (artículo 6, Código de la Infancia y la Adolescencia), excluyendo así una lectura restrictiva de la norma que amenaza el derecho de los niños a elevar una petición ante las autoridades administrativas del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. De esta manera se conserva el rol protector de la reserva del artículo 75 demandado y de las autoridades encargadas de su custodia.

54. En ese sentido, el Procurador General solicitará a la Corte que declare la exequibilidad de la totalidad del artículo 75, porque las vías de acceso a la información dispuestas en él, son adecuadas para garantizar el derecho de los niños a conocer sus orígenes biológicos y no implican una prohibición de elevar peticiones ante el I.C.B.F. para los menores de edad, quienes en todo caso conservan su derecho fundamental a obtener respuesta de las autoridades y a ser especialmente atendidos por ellas.

Sobre el artículo 76 del Código de la Infancia y la Adolescencia

55. El Ministerio Público considera que la norma acusada parcialmente no podría ser más clara al señalar que su objetivo fundamental es hacer que prevalezca el derecho de los

niños y adolescentes a conocer su origen familiar. Por lo tanto, la endilgada limitación de los derechos de niños y adolescentes a conocer sus orígenes queda desvirtuada al otorgar a los padres adoptantes la facultad de juzgar “el mejor momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información” por las siguientes razones:

56. El acogimiento de un menor confiere la obligación a los padres de educarlo, criarlo, acompañarlo y guiarlo. Estas responsabilidades en conjunto con la patria potestad, gozan a su vez de la presunción de la buena fe (artículo 83, C.P.), máxime porque la sentencia de adopción está precedida de procesos de empatía, conocimiento, adaptación y socialización supervisados por equipos interdisciplinarios que certifican la idoneidad de los adoptantes. De hecho, sólo se entrega un niño a aquellos cuya “idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescentes” (artículo 68, Código de la Infancia y la Adolescencia).

57. Por lo tanto, la facultad del artículo 76 del Código de la Infancia y la Adolescencia, de valorar el mejor momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer la información relativa a sus orígenes, se ajusta: (i) al derecho constitucional de los padres a educar a sus hijos (artículo 68, C.P.), al tiempo que concuerda con la finalidad protectora y solidaria de la adopción y (ii) a la naturaleza de la patria potestad, cuyo fundamento constitucional (artículo 42, C.P.), ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte como adecuado, en cuanto resguarda los derechos de los niños y que va disminuyendo gradualmente a medida que el adolescente adquiere habilidades y responsabilidades proporcionales a su nivel de madurez.

58. En conclusión, la potestad asignada a los padres no restringe el derecho de los niños y adolescentes de conocer a sus parientes biológicos y las circunstancias que dieron paso a la adopción. Por el contrario, invita a armonizar ese derecho con una educación psicoafectiva en la que se preste la atención suficiente para fomentar un abordaje positivo de la información relativa a dicho trámite, de manera tal, que se enriquezca el libre desarrollo de la personalidad del menor en lugar de obstruirlo.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

59. Esta Corte es competente para conocer de la demanda en los términos del artículo 241.4 de la Constitución, por estar dirigida contra unas disposiciones contenidas en una ley de la República, como lo es la Ley 1098 de 2006.

B. PROBLEMAS JURÍDICOS

60. Acorde con el concepto de la violación planteado en la demanda, el artículo 75 del Código de la Infancia y la Adolescencia, establece por un lado los supuestos de hecho para que los documentos que hacen parte del proceso de adopción puedan darse a conocer a solicitud de: i) los padres del adoptante; ii) del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad; iii) la Procuraduría General de la Nación; iv) el ICBF a través de su oficina de control interno disciplinario; v) la Fiscalía General de la Nación; vi) el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria y; vii) el adoptado quien a través de apoderado o del defensor de familia podrá acudir al Tribunal Superior correspondiente para solicitar el levantamiento de la reserva y posterior acceso a la información.

61. Por otro lado, el artículo 76 del Código de la Infancia y la Adolescencia, faculta a los padres para que antes de que su hijo cumpla 18 años, juzguen el mejor momento para conocer su origen, familiares cercanos y toda la información atinente a su proceso de adopción. En este contexto los problemas jurídicos que debe abordar la Corte son:

(i) ¿Resulta desproporcionado que el legislador estableciera una reserva legal en el artículo 75 del Código de la Infancia y la Adolescencia hasta cumplir con el requisito de la mayoría de edad para que los hijos adoptados ejerzan directamente su derecho a la información sobre todos los documentos atinentes a su proceso de adopción y familiares cercanos como parte del derecho a tener una familia y no ser separada de ella?

(ii) ¿Es desproporcionado permitir que de conformidad con el artículo 76 de ese mismo Código, sean los padres quienes soliciten copia del expediente de adopción y si dicho límite restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores?

62. Para absolver los anteriores cuestionamientos se estudiarán brevemente: (i) los instrumentos internacionales sobre los derechos de los menores de edad relacionados con el alcance del derecho a la información; (ii) el ordenamiento legal colombiano en materia de adopción; (iii) la jurisprudencia constitucional sobre el principio del interés superior del

menor y el proceso de adopción; (iv) el derecho de estos a ser oídos, reiteración jurisprudencial sobre la distinción entre personalidad jurídica, capacidad jurídica y de ejercicio, así como algunos pronunciamientos sobre el derecho a recibir información; (v) y finalmente se resolverá el caso en concreto.

C. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

63. La preocupación por la protección de los derechos de los niños no ha sido un asunto que escape al interés de la comunidad internacional, toda vez que dicha preocupación se ha plasmado en diversos instrumentos[22], como la Convención de los Derechos del Niño, del 2 de septiembre de 1990[23], la cual, por disposición del artículo 93 de la Constitución debe ser aplicada para interpretar el artículo 44 Superior, toda vez que dentro del listado de derechos fundamentales de los niños dispone que son titulares de “los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”[24].

64. En el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño se adoptaron acuerdos de gran relevancia entre los Estados Partes, como: el derecho a la igualdad entre todos los miembros de la familia humana[25]; la reafirmación de los derechos fundamentales del hombre, la dignidad, el progreso social y el crecimiento del nivel de vida en un marco más amplio de la libertad; la infancia como objeto de cuidados y asistencia especiales; la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento de los niños, quienes deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; el deber de la familia de proveer un ambiente de felicidad, amor y comprensión en el proceso de crecimiento y armonioso desarrollo de la personalidad del menor; una mayor carga de cuidado y protección para aquellos niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, teniendo en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso de sus niños, entre otros[26].

65. En relación con el objeto de la presente acción de inconstitucionalidad, la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 12 y 13 sobre el derecho a la información y opinión del menor dispone lo siguiente:

“Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse

un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Todas las subrayas fuera de texto).

Artículo 13. 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas” (subraya fuera de texto).

66. De igual modo la Convención de los Derechos del Niño contempla algunas normas relativas a la intervención o abstención del Estado sobre los menores, en materia del ejercicio de la custodia, el interés superior del menor en eventos de separación de los padres, del siguiente tenor:

“Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad

con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (subraya fuera de texto).

Artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”

67. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966[27], contempla en sus artículos 23 y 24 algunas consideraciones en beneficio de los niños, así:

“Artículo 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Artículo 24. 1. 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.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

68. De igual modo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966[28] dispone:

“Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. (...)

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

69. Pese a que no es bloque de constitucionalidad, podría fungir como guía la interpretación del Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nº 12 (2009), quien ha indicado que el artículo 12 y sus consecuencias para los gobiernos, las partes interesadas, las Organizaciones no gubernamentales (ONG) y la sociedad en general aconseja sobre la oportunidad que debe darse a todos los niños de ser escuchados durante todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte (párrafo 2, artículo 12, Convención de los Derechos del Niño), de lo que se enfatiza lo siguiente[29]:

“34. No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas” (resaltado fuera de texto).

70. En relación con la obligación de los Estados de establecer procedimientos adecuados para escuchar al menor, debe ser acogida en la legislación interna bajo el siguiente margen de apreciación:

“iii) En consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional

38. La oportunidad de ser representado debe estar “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. No debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento que restrinja o impida el disfrute de este derecho fundamental. Por el contrario, se alienta a los Estados partes a que cumplan las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el derecho a acceder al expediente propio. 39. Cuando no se respete la reglamentación, la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa puede ser impugnada y podrá ser anulada, sustituida o remitida a un nuevo examen jurídico”[30].

71. Más puntualmente señala el Comité de los Derechos del Niño que para que la participación del menor de edad sea efectiva y genuina debe ser transparente e informativa, voluntaria, respetuosa, pertinente, adaptada a los niños, incluyente, estableciendo una carga especial para los adultos quienes deben estar formados para impartir conocimiento, atentos al riesgo que la información pueda generar y deben actuar responsablemente. Dentro de estas condiciones se destacan las siguientes:

“134. Todos los procesos en que sean escuchados y participen un niño o varios niños deben ser:

a) Transparentes e informativos. Se debe dar a los niños información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad acerca de su derecho a expresar su opinión

libremente y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta y acerca del modo en que tendrá lugar esa participación y su alcance, propósito y posible repercusión. (Subraya fuera de texto).

(...)

h) Seguros y atentos al riesgo. En algunas situaciones, la expresión de opiniones puede implicar riesgos. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los niños con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación. Las medidas necesarias para ofrecer la debida protección incluirán la formulación de una clara estrategia de protección de los niños que reconozca los riesgos particulares que enfrentan algunos grupos de niños y los obstáculos extraordinarios que deben superar para obtener ayuda. Los niños deben tener conciencia de su derecho a que se les proteja del daño y saber dónde han de acudir para obtener ayuda en caso necesario. La inversión en el trabajo con las familias y las comunidades es importante para crear una comprensión del valor y las consecuencias de la participación y reducir a un mínimo los riesgos a los que de otro modo podrían estar expuestos los niños”[31].

72. Finalmente, otra interpretación, que aunque no hace parte del bloque de constitucionalidad ilustra como la Asamblea General de las Naciones Unidas al adoptar mediante Resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, se resaltan las siguientes disposiciones[32]:

“Artículo 5. En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.

Artículo 9. Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño.

Artículo 15. Los propios padres del niño y los futuros padres adoptivos y, cuando proceda, el

niño, deberán disponer de tiempo suficiente y asesoramiento adecuado para llegar cuanto antes a una decisión respecto del futuro del niño” (todas las subrayas fuera del texto).

73. De todo lo expuesto se puede constatar las finalidades incorporadas en la Convención de los Derechos del Niño, así como en otros instrumentos internacionales, de armonizar el ejercicio de los derechos de los menores de acuerdo con su edad y se concluye que: (i) la libertad de expresión en todo procedimiento judicial o administrativo encuentra su límite natural en la edad y madurez del mismo, por lo que podrá participar en los asuntos que lo afecten directamente o a través de un representante (CDN, art.12); (ii) el ejercicio de este derecho podrá ser restringido de conformidad con la legislación interna (CDN, art.13); (iii) los padres, la familia ampliada o la comunidad tienen derecho a que el Estado respete sus derechos y deberes acorde con la ley local (CDN, art.5); (iv) la primacía del interés superior del niño constituye una excepción a su derecho de no ser separado de su familia (CDN, art.9); (v) el derecho a ser escuchado se torna ineficaz cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad y los actos sometidos a representación estarán determinados por el procedimiento nacional[33]; (vi) los intereses deben ser una consideración fundamental ya sea que se encuentre en un hogar temporal o sea entregado en adopción, por lo que se exceptúa del derecho a conocer sus antecedentes cuando ello afecte su futuro (Res. 41/85).

D. LA ADOPCION EN LA LEGISLACIÓN INTERNA

74. El artículo 44 de la Constitución establece que la protección especial de los niños y adolescentes es un aspecto de relevancia constitucional, cuyos destinatarios son aquellos que se encuentran en la primera etapa de la infancia, cuyo mandato fundamental resalta el carácter especial y prevalente de los derechos de los niños y niñas, incorporando para ellos los derechos: a la vida; a la integridad física; a la salud; a la seguridad social; a la alimentación equilibrada; a tener una familia y no ser separados de ella; a la educación; a la cultura; a la recreación y a la libre expresión de su opinión, con la advertencia de que adicionalmente gozarán de los demás derechos consagrados en la Carta fundamental, las leyes y en los tratados internacionales. Por su parte, por virtud del artículo 45 de la Constitución los adolescentes gozan de otros derechos adicionales, como a la garantía de protección, formación integral, a la participación activa en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

75. La Constitución no solo reconoce el carácter fundamental de los derechos de los niños y su prevalencia sobre los derechos de los demás miembros de la sociedad, sino también la protección de la cual deben ser objeto y el compromiso irrefutable de la familia, de la sociedad y del Estado de asistirlos y protegerlos con el fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el efectivo ejercicio de sus derechos.

76. Un breve recuento histórico de las normas jurídicas que han previsto la adopción en Colombia permite evidenciar la evolución de esta figura[34]. En el Código Civil de la Unión estaba prevista como una unión sujeta a revocatoria[35] y con la Ley 140 de 1960 se mantuvo dicha posibilidad[36], así como la dualidad de derechos y obligaciones entre la familia de origen y la adoptante[37]. Por su lado la Ley 75 de 1968 afianzó la discriminación de trato entre hijos naturales y legítimos[38] y, posteriormente, la Ley 5 de 1975 instó a la distinción entre adopción plena y simple[39]. Tan solo fue con el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor que se estableció una relación de filiación irrevocable[40], y finalmente la Ley 1098 de 2006, actual Código de la Infancia y la Adolescencia, dispuso la plena igualdad de derechos y respeto de la dignidad humana del menor adoptado[41].

77. El especial interés del legislador en los asuntos relativos a la información recolectada durante el proceso de adopción se puede evidenciar en algunas disposiciones. En un primer momento se instituyó una reserva legal de 30 años (Ley 57 de 1985, art.13[42]). Con la entrada en vigencia del Código del Menor se mantuvo la reserva legal por el término de 30 años, pero se admitió la posibilidad de que los padres juzgaran el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el menor conocer dicha información (Decreto 2737 de 1989, art.115[43]). Posteriormente se modificó la reserva en el sentido de sujetarla a un término de 30 años para ser consultada por cualquier ciudadano (Ley 594 de 2000, art.28[44]).

78. Como lo advirtieron algunos de los intervinientes, el trámite de búsqueda de orígenes responde a uno de los compromisos asumidos por el Estado colombiano, como resultado del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, celebrado en La Haya, el 29 de mayo de 1993[45]. En ese sentido, el cambio legislativo introducido con la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, estableció los parámetros mínimos para que el hijo o sus padres puedan

acceder a la información que reposa en el proceso de adopción[46].

E. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El principio de protección del interés superior del menor

79. En desarrollo de los artículos 44 y 45 de la Constitución, así como, con los compromisos internacionales adquiridos en materia de protección de los derechos de los niños[47], se destaca la importancia de la garantía por parte de la familia, la sociedad y el Estado en la salvaguarda del proceso de desarrollo de los menores de la infancia hacia su adultez. Para cumplir dicho propósito resulta indispensable los mandatos de interés superior de los menores y la prevalencia de sus derechos[48], como ejes fundamentales del análisis constitucional y como guía orientadora de todas las decisiones judiciales, administrativas, legislativas y sociales que los involucren, pues dada su connotación de sujetos de especial protección constitucional, son titulares de un trato preferente aplicable tanto a los aspectos fácticos como jurídicos que surjan en las etapas de su infancia o adolescencia[49].

80. La jurisprudencia constitucional en vigencia del actual Código de la Infancia y la Adolescencia, ha resaltado respecto del interés superior del menor, que el mismo no es ajeno al proceso de adopción. Es así como al declarar exequible la expresión “que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años” referente a las personas que están en condiciones de adoptar, contenida en el numeral 3° del artículo 68 del mencionado Código, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“5.5. En el caso de la adopción, la jurisprudencia constitucional ha reconocido esta figura como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor cuya familia no provea las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto. (subraya fuera de texto) (...) De este modo, la adopción es concebida fundamentalmente como una institución establecida en beneficio del menor adoptable y para su protección. Y si bien permite que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, posibilitándoles a ellos el ejercicio de varios derechos como el conformar una familia, el del libre desarrollo de la personalidad, etc., no persigue prioritariamente este objetivo, sino el de proteger al menor de la manera que mejor convenga a sus intereses, aplicando en ello el artículo 44 de la

Carta. Esto ha permitido concluir a la Corte que dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor, el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables (subraya fuera de texto)[50].

81. En la sentencia C-071 de 2015[51] se analizó la prevalencia del interés superior en materia de adopción aplicada a la distinción legal sobre la adopción consentida o complementaria, en el sentido de indicar que también comprende a las parejas del mismo sexo cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. En esta ocasión este tribunal constitucional destacó lo siguiente:

“En este escenario la adopción se refleja como la institución jurídica por excelencia para garantizar al menor expósito o en situación de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. La adopción, ha dicho la Corte, “persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un núcleo familiar.” Con esta institución se pretende suplir las relaciones de filiación de un menor que las ha perdido o que nunca las ha tenido y que, por lo mismo, se encuentra en condición jurídica de adoptabilidad, esto es, en situación de ser integrado a un nuevo entorno familiar. Pero no a cualquier familia, sino a aquella en la que, en tanto sea posible, se restablezcan los lazos rotos y, sobre todo, se brinde al menor las condiciones para su plena y adecuada formación”[52] (subraya fuera de texto).

82. La Corte se pronunció en una segunda oportunidad sobre la adopción por parte de una familia homoparental en la sentencia C-683 de 2015 donde se declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones impugnadas de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3º y 5º) de la Ley 1098 de 2006, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990; bajo el entendido de que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia. En esta ocasión esta Corporación unificó las siguientes reglas respecto del interés superior del menor:

“[P]rivar a niños que carecen de un hogar estable de la posibilidad –de por sí altamente restringida– de hacer parte de una familia con el único argumento de que está integrada por

una pareja del mismo sexo, a pesar de que se acreditan las condiciones para brindarles un entorno idóneo para su desarrollo armónico e integral, implica generar un déficit de protección que compromete su derecho a tener una familia y con ello el principio de interés superior del menor, que es en últimas el criterio que debe imperar en esta clase de decisiones” (subraya fuera de texto).

83. Al analizarse la constitucionalidad del artículo 71 de la Ley 1098 de 2006 acusado de desconocer el derecho a la igualdad al preferir padres adoptantes de nacionalidad colombiana frente a candidatos extranjeros, la Corte en la sentencia C-104 de 2016 reiteró el interés superior del menor en los siguientes términos:

“[L]os preceptos demandados no son desproporcionados respecto de otros principios, derechos o valores constitucionales. Este requisito se cumple en la medida en que la limitación que se realiza realmente tiene un impacto leve, pues al entender que la finalidad de la adopción no es dar un niño a una familia, sino asegurarle al primero su derecho a tener una, el legislador obró en un sentido acorde con la búsqueda de su interés prevalente, que para el caso en concreto imponía privilegiar, en caso de igualdad de condiciones, la opción de asignación que preservara su origen étnico, cultural y social, al tiempo que redujera el impacto psicosocial derivado del proceso de adopción, tal y como lo exige el principio de subsidiaridad previsto en el derecho internacional, en el que dentro de las alternativas de adopción se prefiere la escogencia de fórmulas nacionales.

Ahora bien, como se ha mencionado, este criterio opera bajo la consideración de la salvaguarda primordial del interés superior de los niños, por lo que no implica consagrar una hipótesis de último recurso, sino de examen particular, caso por caso, para verificar realmente cuál es la mejor opción para un menor de edad, y a partir de allí, en igualdad de condiciones, y sólo ante esa circunstancia, preferir la alternativa nacional. Se insiste nuevamente en los que los preceptos demandados no excluyen al extranjero de la posibilidad de adoptar, ni tampoco prefieren al nacional por el sólo hecho de serlo” (todas las subrayas y negrita fuera de texto).

84. De esta manera se constata que el interés superior del menor ha sido el criterio fundante para analizar algunas normas que involucran el alcance de algunos de sus derechos, por lo que de la jurisprudencia constitucional abordada se puede concluir que: (i)

la adopción no persigue satisfacer derechos del adulto, sino proteger de la mejor manera al menor cuya familia no provee las condiciones necesarias para su desarrollo mediante su ubicación en un núcleo apto, de ahí que se defina como un mecanismo para “dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia”; (ii) no solo se debe garantizar su dignidad e intimidad, sino que resulta necesario evitar injerencias indebidas en todas las etapas de su vida con el fin de prevenir nuevos daños; (iii) privar a los que carecen de una morada estable de la posibilidad de hacer parte de un hogar bajo argumentos dilatorios y/o discriminatorios implica generar un déficit de protección que compromete su derecho a tener una familia y con ello el principio de interés superior del menor; (iv) finalmente, la consideración de la salvaguarda del interés superior no es un criterio de último recurso, sino de examen particular, caso por caso, para verificar realmente cuál es la mejor opción para un menor de edad.

85. Dada la naturaleza de control abstracto de la acción de inconstitucionalidad, esta constituye una herramienta útil para determinar los aspectos jurídicos en relación con la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mientras que las sentencias de unificación o de revisión de tutela reflejan aspectos fácticos relevantes en la protección efectiva de sus derechos[53].

86. La Sala Séptima de Revisión al analizar el caso de una niña de ocho años declarada en situación de abandono y dada en adopción, pese a haber manifestado ser entregada a sus abuelos, retrotrajo el proceso de adopción con la sentencia T-844 de 2011 toda vez que consideró que se había desconocido el debido proceso al no haber agotado el trámite de búsqueda de la familia extensa en consonancia con el Código Civil y el derogado Código del Menor, al respecto se manifestó lo siguiente:

“Bajo la presunción de mantener los vínculos con la familia el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia en consonancia con lo que señalaba el artículo 70 del anterior Código del Menor, consagra como una de las posibles medidas de restablecimiento de los derechos de los niños la “Ubicación en familia de origen o familia extensa”, describiéndola como “la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando éstos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos. Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el

nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos” (negritas dentro del texto original).

87. En la línea de la anterior consideración, se profirió una orden en abstracto, más allá de las circunstancias del caso concreto respecto de la obligación del ICBF de buscar a la familia extensa del siguiente tenor: “EXHORTAR al ICBF para que diseñe un protocolo en el que se consagren las directrices que deben seguir los funcionarios de esa institución en cuanto a la aplicación de las distintas medidas de restablecimiento de derechos, en especial, la declaración de adoptabilidad, para que no se cometan los errores que se evidenciaron en el caso de la referencia”. En cumplimiento de lo anterior, el ICBF desarrolló el “Protocolo para el Desarrollo del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos”. Teniendo en cuenta que la sentencia T-844 de 2011 no indicó el significado de familia extensa, la entidad accionada con el fin de llenar el vacío acudió al artículo 61 del Código Civil[54] y ordenó a sus inspectores a buscar, en todos los casos, los parientes hasta el sexto grado de consanguinidad de los niños, niñas y adolescentes pendientes de adopción[55].

88. En otro caso atinente a la manifestación de dos niños sobre su deseo de convivir con su tío se adoptó una decisión acorde con el derecho del menor a ser oído, restableciendo el derecho de los niños a ser oídos, pero sin dar órdenes en abstracto al ICBF. La Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-212 de 2014 adoptó las siguientes medidas de restablecimiento:

“5.5.3. Asimismo, ordenará a la Defensora de Familia del Centro Zonal Especializado XXX del ICBF que, en el término de un mes, decrete y practique las pruebas necesarias para verificar la real situación del núcleo familiar extenso de los menores, y adopte una decisión en la que se tengan en cuenta las opiniones de los niños Carlos y Federico, vinculando al proceso a su tío materno César, prestándole la asesoría legal necesaria a todos los parientes que acudan al procedimiento, y dándole preferencia, de ser posible, a las medidas de restablecimiento que no impliquen la separación de los infantes de su familia biológica.

5.5.4. Al respecto, este Tribunal aclara que el plazo otorgado para dar cumplimiento a lo

decidido, encuentra fundamento en los principios de celeridad, oportunidad y eficacia, establecidos en el Código de la Infancia y la Adolescencia, los cuales pretenden privilegiar el interés superior de los niños, que puede llegar a verse afectado debido a una actuación que se dilate injustificadamente en el tiempo”.

89. De los casos resueltos en sede de revisión se concluye que: (i) los errores administrativos no pueden dilatar la efectividad de los derechos constitucionales consagrados en los artículos 44 y 45 constitucionales, que se concretan, entre otros en, ser amado, cuidado y respetado por la persona o familia que haya sido encontrada idónea para adoptarlo; (ii) la obligación de ubicación de la familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad no puede constituirse en sí en una espera injustificada o desproporcionada para el restablecimiento de los derechos de los menores; (iii) en garantía del interés superior del menor y los principios de celeridad, oportunidad y eficacia, cuando el niño, niña o adolescente manifieste su deseo de convivir con determinados familiares, es un deber de las autoridades dar prioridad al concepto del menor y en consecuencia vincular a los familiares señalados por éste y ofrecerles toda la información pertinente sobre el proceso de adopción.

Distinción entre el atributo de la personalidad jurídica, capacidad jurídica y de ejercicio (reiteración de jurisprudencia)

90. Acorde con el planteamiento del actor referente a las diferencias entre la capacidad jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones por parte de un menor de edad y la madurez del menor como sujeto para solicitar y recibir información respecto del origen y conformación de su familia cercana, resulta pertinente reiterar la distinción que la jurisprudencia ha efectuado respecto de la capacidad de goce o jurídica y de ejercicio.

91. La Corte al restablecer los derechos de los menores a tener una familia y no ser separados de ella por una barrera administrativa, indicó en la sentencia de unificación SU-696 de 2015 que dicho derecho implica que un menor de edad no puede ser apartado de su núcleo familiar a menos de que concurren circunstancias excepcionales, expresamente previstas en la ley, que demuestren que su desarrollo o integridad física están en riesgo. Igualmente, en la mencionada sentencia de unificación se recopiló la línea sobre la personalidad jurídica en relación con los menores de la siguiente forma:

“Este Tribunal ha señalado de manera reiterada que el derecho a la personalidad jurídica no solo comprende la posibilidad que tienen los individuos de ingresar al tráfico jurídico sino que también incluye todas las características individuales asociadas a su condición de persona. En tal virtud, especialmente en el caso de los menores de edad, el registro civil se convierte en el instrumento necesario para concretar dicho derecho y el Estado debe remover todos los obstáculos, materiales y formales, para garantizar su protección y eficacia. En otras palabras, solo a través del reconocimiento expreso de la relación filial, se concreta el derecho que tiene toda persona a ser reconocido por el Estado. Si no se protege dicha relación, que solo se da en el marco de la familia, la persona queda expuesta a una situación gravosa que atenta contra sus derechos fundamentales” (subraya fuera de texto).

92. De igual forma la sentencia C-182 de 2016 reiteró que el atributo de la personalidad jurídica es la “aptitud legal para adquirir derechos y ejercitarlos” empero puntualizó a su vez que dicho atributo de la personalidad no puede confundirse con la capacidad jurídica ni menos con la capacidad de obrar, pues esta última “se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”. La distinción de la capacidad fue expresada por la mencionada sentencia en los siguientes términos:

“Puntualmente, la capacidad de goce o jurídica es la aptitud legal para adquirir derechos. Esta capacidad puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, ya que el titular de un derecho puede ser, según el caso, capaz o incapaz para hacerlo valer por sí mismo. En otras palabras, hay sujetos que aunque tienen capacidad de goce, no tienen la capacidad de ejercicio, a éstos se les denomina incapaces. Así, la capacidad: (i) es una cualidad, no un derecho ni un estatus; (ii) actúa como centro unificador y centralizador de las diversas relaciones jurídicas que conciernen al individuo; (iii) es general y abstracta, ya que representa la posibilidad de ser titular de derechos aunque no se llegue a ejercer alguno; (iv) está fuera de la voluntad humana y del comercio, porque no puede ser objeto de contratos o negocios jurídicos” (subrayas fuera de texto).

93. En cuanto a la manifestación de la capacidad de los menores en los asuntos que afecten su vida, la Corte en la sentencia C-113 de 2017[56] al estudiar el derecho de

asociación de los menores de edad dentro del Código de la Infancia y la Adolescencia consideró lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha avanzado en la identificación de lo que implica la sujeción al interés superior del niño, advirtiéndole que “[d]esde sus primeras decisiones... precisó que... es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad, donde se abandona su concepción como incapaces para en su lugar reconocerles la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen. De esta manera de ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades”.

94. De las sentencias relacionadas se reiteran las siguientes reglas para efectos de la adopción: (i) el atributo de la personalidad jurídica de un menor se concreta en el marco de la familia, por lo que todo proceso dilatorio en cuanto a la separación de la misma atenta contra sus derechos fundamentales; (ii) la capacidad jurídica puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, pero no ésta última sin la primera, es decir, se puede ostentar el disfrute de un derecho pero no ejercerlo, ya que para ello se debe detentar la aptitud legal para obligarse. No obstante, la capacidad de ejercicio tratándose de menores en principio se encuentra atada a la celebración de actos jurídicos en el marco de los derechos patrimoniales; y (iii) en todos los actos que involucren a niños, niñas o adolescentes se debe evaluar la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen de acuerdo a su edad y a su madurez.

Derecho a la información

95. El artículo 20 de la Constitución, consagra la garantía de la libertad de expresión y difusión del pensamiento u opiniones, así como el derecho a informar y recibir información veraz e imparcial. En ese sentido la jurisprudencia ha catalogado esta prerrogativa como de naturaleza compleja, dada las diferentes formas de expresión. Específicamente en la sentencia C-350 de 1997[57] esta Corporación señaló lo siguiente:

96. De igual modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que

la libertad de pensamiento y expresión involucra no solo el derecho difundir informaciones, sino que también comporta la prerrogativa de buscar y recibirla (art.13.1[58]), al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos observó lo siguiente:

“Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”[59] (subrayas fuera de texto).

97. La Corte al revisar la constitucionalidad del Decreto Ley 1812 de 1992 “Por el cual se toman medidas en materia de información y se dictan otras disposiciones” consideró en la sentencia C-033 de 1993 que “el núcleo esencial del derecho a la información protege el derecho de las personas a informar y ser informadas aún en estados de excepción, con algunas limitaciones razonables que moldean el derecho o lo restringen parcialmente pero no lo niegan ni lo desnaturalizan” resaltando de esta providencia que:

“El de la información es un derecho de doble vía, en cuanto no está contemplado, ni en nuestra Constitución ni en ordenamiento ni declaración alguna, como la sola posibilidad de emitir informaciones, sino que se extiende necesariamente al receptor de las informaciones y, más aún, las normas constitucionales tienden a calificar cuáles son las condiciones en que el sujeto pasivo tiene derecho a recibir las informaciones que le son enviadas. Una información falsa, tendenciosa o inoportuna, o una violación de la intimidad y la honra de una persona, no constituyen pues una manifestación de la libertad de expresión sino justamente lo contrario: una violación, por abuso, de la libertad de expresión. El derecho a la libertad de información y de expresión encuentra deberes correlativos. Por tanto tal derecho no es absoluto sino que tiene cargas que debe soportar” (subraya fuera de texto).

98. Posteriormente este tribunal en la sentencia C-1071 de 2001 al declarar inexecutable la expresión “y sin ninguna limitación” contenida en el artículo 32 de la Ley 182 de 1995 por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, entre otras, reiteró lo siguiente respecto del derecho a la información:

“Es, en palabras de esta Corte, “un derecho que expresa la tendencia natural del hombre hacia el conocimiento. El ser humano está abierto a la aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que ha toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal. El sujeto de este derecho es universal: toda persona –sin ninguna distinción- y el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial, como lo consagra el artículo 20 de la Carta Política. De ahí que el derecho a la información puede entenderse como aquel derecho fundamental que tiene toda persona a ser informada y a informarse de la verdad, para juzgar por sí misma sobre la realidad con conocimiento suficiente[60]” (subraya fuera de texto).

99. Si bien el artículo 20 de la Constitución hace especial énfasis en los medios de comunicación, este derecho fundamental ha tenido un alcance relevante en otras materias o derechos, como el servicio financiero[61], crediticio[62], penitenciario[63], derechos reproductivos en relación con la salud[64], pensiones[65], intimidad y habeas data[66], entre otros, por lo que su alcance no podría ser ajeno a los derechos de los niños[67].

100. En esa misma oportunidad se consideró que el derecho a la libertad de expresión debe consultar a una valoración de los riesgos sociales cuando éstos recaen de manera específica y diferenciada en menores de edad, puntalmente expresó la anterior providencia:

“La valoración de todos los riesgos sociales adquiere una connotación especial cuando estos recaen de manera específica y diferenciada sobre menores de edad, dada su elevada vulnerabilidad y las secuelas futuras de un eventual daño en su desarrollo psicológico. Pero esta característica del riesgo y del impacto, ha de ser claramente demostrada porque de lo contrario la mera alegación de la presencia potencial de algunos menores en la audiencia

bastaría para restringir la libertad de expresión y privar a los ciudadanos del acceso a información u opiniones valiosas para ejercer como sujetos políticos de una sociedad democrática, como se verá posteriormente.”

101. En un caso en el que se presentó tensión entre el derecho a la libertad de expresión e información de dos diarios de prensa y la afectación de los derechos a la intimidad, tranquilidad, desarrollo armónico, buen nombre y honra de una menor afectada por la noticia divulgada, la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-496 de 2009 resolvió dicho conflicto al considerar que:

En reiterada jurisprudencia[68], la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente, el ejercicio de los derechos a quienes por su infancia son sujetos de especial protección. Así se ha estimado que los menores cuentan con un amparo reforzado también cuando se encuentran involucrados en un episodio que podría afectar su derecho a la intimidad, su integridad moral y su formación. No cabe duda que el Estado debe brindar protección prevaleciente a los derechos fundamentales de los niños, inclusive frente a la libertad de informar y ser informado” (subraya fuera de texto)[69].

102. De los anteriores pronunciamientos se puede destacar que: (i) el derecho a la libertad de expresión tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.13.1) y en la Constitución Política (art.20) comporta dos dimensiones, por un lado la libertad de expresar, difundir o emitir por cualquier medio una opinión u información y por otro el de buscar o recibir dichas ideas, conceptos o noticias de toda índole; (ii) el beneficiario pasivo de este derecho cuenta con la garantía de recibir información veraz e imparcial; y (iii) este derecho no es absoluto e involucra una alta carga de responsabilidad cuando su desarrollo entra en tensión con derechos como la intimidad, integridad moral y formación de los menores de edad.

F. CASO CONCRETO

103. Toda vez que el demandante expone que (i) el cumplimiento de la exigencia de la mayoría de edad por parte del adoptado para solicitar directamente todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propias del proceso de adopción (artículo 75, Código de la Infancia y la Adolescencia) es desproporcionado e irrazonable frente al derecho a tener una familia y no ser separado de ella (artículo 44, C.P.) y el

derecho a la información del menor (artículo 20, C.P.); y, (ii) que también desborda los límites de la proporcionalidad que se faculte directamente a los padres a juzgar el momento y las condiciones para que su menor hijo conozca dicha información (artículo 76, Código de la Infancia y la Adolescencia), frente a su libre desarrollo de la personalidad (artículo 16, C.P.). Por lo que resulta necesario desarrollar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad frente a cada una de las normas acusadas, para determinar en cada caso, si dichas medidas legislativas son constitucionalmente admisibles.

104. El pleno de esta Corporación en sesión del veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017) unificó los criterios de este juicio en sendas sentencias C-114 de 2017[70] y C-115 de 2017[71] indicando que “la Corte ha constatado la existencia de diferentes perspectivas en relación con las exigencias que se desprenden del referido principio y, en particular, con la estructura del juicio de proporcionalidad. En atención a ello, la Sala Plena considera pertinente identificar los criterios generales que deben orientar la aplicación de dicho principio, a través del método del test o juicio de proporcionalidad”. En esa dirección la Sala Plena de este tribunal indicó sobre los niveles de intensidad:

“El juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia exige establecer, en un primer momento, si la medida (i) se orienta a conseguir un propósito constitucionalmente importante. Una vez ello se comprueba, debe establecerse si resulta (ii) efectivamente conducente para alcanzar dicho propósito. El examen intermedio ha sido aplicado por la Corte en aquellos casos en los que la medida acusada se apoya en el uso de categorías semisospechosas, afecta el goce de un derecho constitucional no fundamental o constituye un mecanismo de discriminación inversa”[72].

105. En el presente caso, la Sala aplicará un juicio de razonabilidad de intensidad intermedia, tal y como se consideró en la sentencia C-115 de 2017 tanto para el análisis del artículo 75 por cuanto el legislador goza de un amplio margen de configuración para establecer códigos (artículo 150.2, C.P.), regular temas de familia (artículo 44, C.P.) o limitar el derecho de información (artículo 20, C.P.) de los menores adoptados en cuanto a las solicitudes sobre sus orígenes; como para el artículo 76 de la norma acusada, al facultar a los padres para determinar las condiciones y el momento en el que conozcan de su familia biológica y que ello pueda eventualmente limitar su libre desarrollo de la libertad (artículo 16, C.P.) mientras no han llegado a la mayoría de edad, no constituyen unas medidas

proscritas por la Constitución. Al ser en ambos casos un rasgo no permanente que se supera con el paso del tiempo, coincide con la jurisprudencia de que el criterio de la edad cuando es empleado como límite constituye un criterio semisospedioso y, por lo tanto, se debe adelantar un juicio intermedio.

Análisis del artículo 75, Código de la Infancia y la Adolescencia

a. La finalidad debe ser legítima e importante

106. Al consultar la ponencia para primer debate del proyecto de ley que culminó con la Ley 1098 de 2006 se evidencia la urgencia del Estado de armonizar la legislación nacional con la Convención de los Derechos del Niño, ya que el antiguo Código del Menor, no garantizaba una protección integral, sino que se centraba en atender situaciones taxativas de irregularidad en relación con los menores de 18 años.

107. Como se vio en el numeral 77 de la presente sentencia, la reserva en la información en el entonces Código del Menor era similar a la prevista en el artículo 75 ahora acusado, salvo que antes estaba prevista en 30 años y ahora se disminuyó a 20 años, pero manteniendo en ambos casos la posibilidad de que los padres juzguen el momento y las condiciones para que su hijo conozca sus orígenes, siempre y cuando no le resulte desfavorable conocer dicha información (Decreto 2737 de 1989, art.115).

108. A juicio de la Corte, esta finalidad resulta legítima e importante, dada la primacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de crecimiento y formación. En este sentido, los menores deben ser objeto de protección y restitución de derechos no solo cuando estén en peligro, sino que en ejercicio de la patria potestad y los deberes de protección conferidos a las autoridades públicas, deben prevenirse y evitarse injerencias desproporcionadas en todas las etapas de su vida, con el fin de preservarlos de cualquier afectación a su desarrollo armónico e integral.

b. La idoneidad y conducencia del medio

109. En cuanto a la conducencia del medio, al analizar el postulado del artículo 44 del Texto Superior, tanto el amparo de los distintos instrumentos internacionales como en la

jurisprudencia constitucional se ha entendido que el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella, encuentra su límite natural cuando el núcleo de origen no ofrece las garantías de protección, cuidado, afecto y amor integral que merece el infante como sujeto de especial protección, es por ello, que de ser necesaria para la protección del niño, niña o adolescente, mediante la separación de sus parientes biológicos, se justifica esta acción en aplicación de la primacía del interés superior del niño (CDN, art.9) –Supra numeral 73 (iv)-[73].

110. En consecuencia, cuando un menor es declarado en estado de abandono y de adoptabilidad, la información relacionada con la familia de origen quedará bajo reserva legal hasta que se cumplan las condiciones para su levantamiento, sin que ello, implique vulneración de este mandato constitucional, máxime si la finalidad de la adopción no es dar un niño a una familia, sino asegurarle al primero su derecho a tener una[74]. En ese sentido, resulta más que proporcionado que los padres que ejercen la custodia sobre su menor hijo sean los encargados de protegerlo y evaluar el impacto que tendría en la crianza y desarrollo del niño, niña o adolescente conocer su origen biológico cuando aún están bajo su patria potestad.

111. Frente al derecho de información (C.P. art. 20), con el objeto de materializar la legítima e importante finalidad constitucional de protección al niño, niña o adolescente, incorporada por el legislador en la reserva legal de que trata el artículo 75 de la Ley 1098 de 2006, visto esto desde la perspectiva de quien no ha llegado a la mayoría de edad se puede analizar desde dos alcances: (i) por un lado, total al no ser posible ejercer directamente la solicitud mientras no se ha cumplido los 18 años; y (ii) por otro, parcial puesto que siendo menor de edad podría acceder a la misma a través de sus padres e incluso por conducto del Defensor de Familia, la Procuraduría General de la Nación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

112. La restricción de cumplir la mayoría de edad resulta idónea para la efectiva protección del menor, pues a esa edad, además de alcanzar la capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, debería haber desarrollado un alto grado de

discernimiento para solicitar directamente los documentos integrantes de su proceso de adopción[75]. De igual modo, resulta idóneo establecer en los padres la potestad de evaluar la potencialidad de su hijo para involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen de acuerdo a su edad y madurez para conocer los detalles que lo llevaron a cambiar de parentesco y la existencia de sus familiares biológicos[76].

113. Es por ello, que el ICBF en el acápite de pruebas advirtió que durante el trámite se acompaña terapéutica y psicológicamente al menor, a la familia adoptante y a los parientes biológicos, toda vez que desde su experticia no son procesos de fácil asimilación por parte del niño, niña o adolescente ya sea porque tienen memoria de sus orígenes o, porque sin tenerla, el impacto de la realidad de su procedencia resulta abrumador[77].

114. En el informe rendido por parte del ICBF se constata que el proceso de la búsqueda de la familia extensa se presenta en dos etapas distintas. La primera, cuando es necesario el restablecimiento del menor y la segunda, una vez surtido el proceso de adopción y el menor desea conocer sus orígenes[78]. Frente a la primera, se concluyó en el numeral 89 de esta sentencia que:

(i) los yerros administrativos no pueden dilatar la efectividad del derecho del menor a ser amado, cuidado y respetado por la persona o familia que haya sido encontrada idónea para adoptarlo; (ii) la obligación de ubicación de la familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad no puede constituirse en sí misma en una razón de espera injustificada para el restablecimiento de los derechos de los menores, siendo además contrario al principio constitucional de eficiencia de la actuación de la administración pública (CP.209); (iii) en garantía del interés superior del menor y los principios de celeridad, oportunidad y eficacia cuando el niño, niña o adolescente manifieste su deseo de convivir con determinados familiares, es un deber de las autoridades relacionadas en el trámite de adopción dar prioridad al concepto del menor y en consecuencia vincular a los familiares señalados por éste al proceso y ofrecerles toda la información pertinente sobre el proceso de adopción.

Por lo que la búsqueda de la familia extensa en la primera etapa del restablecimiento de los derechos del menor en estado de vulnerabilidad no puede constituirse en un exceso ritual sino que acorde con los derechos de los niños a ser escuchados efectivamente en todo trámite administrativo o judicial que le compete deben dirigirse todos los esfuerzos de la

autoridad encargada de su cuidado y protección al hallazgo y reencuentro con los parientes señalados por el menor[79].

115. En cuanto a la segunda etapa, se tiene que el ICBF profirió el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción, en cuyo Capítulo IV, estableció la ruta sobre el reencuentro con la familia de origen, tal y como lo establece el artículo 76 de la Ley 1098 de 2006, teniendo en cuenta entre otros factores, las condiciones específicas de desarrollo del niño, niña o adolescente y su edad. Señaló que entre el 2012 hasta el 25 de noviembre de 2016 se han tramitado 3.774 solicitudes de información del proceso de adopción[80].

117. En ese sentido, la garantía constitucional de recibir información al no ser un derecho absoluto que admite limitaciones proporcionadas, los menores como sujetos pasivos del mismo cuentan con la prerrogativa de recibir información veraz e imparcial sobre su proceso de adopción con los límites que indique el legislador. Esta delegación en la ley, cuenta con el respaldo de la Convención de los Derechos del Niño, al establecer en el artículo 13 que “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias” (subraya fuera de texto). Por ello, el establecimiento de una reserva a la información del proceso de adopción armoniza con el margen nacional de apreciación de cada Estado y con la potestad de evaluar la potencialidad del niño, niña o adolescente de intervenir en los asuntos que los afecten[81].

Análisis del artículo 76, Código de la Infancia y la Adolescencia

a. La finalidad debe ser legítima e importante

118. Tal y como se consideró previamente[82], la finalidad de la imposición de un límite en el conocimiento del adoptado fue sustentada por el legislador en la exposición de motivos de la siguiente forma:

“Justificación, conveniencia y necesidad del proyecto de ley

Tal y como está planteado el proyecto de Ley de Infancia que estudiamos, se concibe como una herramienta conveniente para adecuar la legislación colombiana sobre niñez y adolescencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, a los principales instrumentos internacionales ratificados por Colombia desde 1991 y, por supuesto, a nuestra actual Carta Política. En la medida en que el Código del Menor vigente es anterior a todos los dispositivos jurídicos mencionados, consagra un esquema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que es evidentemente limitado frente a las concepciones y consensos jurídicos contemporáneos sobre el tratamiento legislativo que debe darse a las personas menores de edad (subraya fuera de texto) (...)

En contraposición a ello, la teoría de la protección integral recogida por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, reconoce a los niños, niñas y adolescentes de manera amplia, como personas autónomas, titulares de derechos y deberes, que deben ser protegidos de manera integral y persistente, no sólo cuando son vulnerados o incumplidos. En este contexto, se debe generar una responsabilidad solidaria, conjunta y simultánea en cabeza de la familia, de la sociedad y del Estado de cumplir con obligaciones básicas y de generar políticas sociales, para garantizar los derechos de la niñez y la adolescencia, así como prevenir su amenaza o vulneración” (subraya fuera de texto).

119. En ese sentido, se tiene que el objetivo principal de la Ley 1098 de 2006 en desarrollo del artículo 44 Superior y los estándares de protección a los menores establecido en los principales instrumentos internacionales consiste en salvaguardar de modo especial los derechos de los niños, siendo posible delegar en la ley algunas limitaciones. Es así, como en armonía con las conclusiones expuestas en el numeral 73 de la presente sentencia, en lo que atañe a los derechos de estos a conocer sus orígenes se evidencia el interés plasmado en la Convención de los Derechos del Niño de compatibilizar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de acuerdo con su edad.

120. De igual modo en la sentencia C-113 de 2017[83] la Corte constató que la finalidad de la limitación a los derechos los niños consagrada en el artículo 32 (parcial) de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” converge en que el “libre desarrollo de la personalidad y a que su interés superior sea una consideración primordial) tendría como finalidades (i) la protección de su propio interés,

como sujetos que en proceso de madurez física, psíquica y ética deben encontrar las condiciones para adelantar un paso a su integración plena, tras el cumplimiento de los 18 años de edad, en una sociedad democrática” (subraya fuera de texto).

121. En estos términos, puede concluirse que la finalidad buscada por el legislador de levantar la reserva sobre el procedimiento de adopción y su familia cercana a juicio de los padres (artículo 76, Código de la Infancia y la Adolescencia) consiste en proteger al menor del impacto que dicha información pueda tener dentro de su formación hasta tanto él mismo cuente con el grado de madurez necesario para afrontarla. Es así como la ley confía dicha facultad a quienes ejercen la patria potestad para que juzguen el momento más apropiado, en desarrollo y respeto del principio del interés superior de los menores, para revelar los asuntos judiciales, administrativos y sobre todo fácticos de su proceso de adopción (artículo 76, Código de la Infancia y la Adolescencia).

122. Lo anterior para la Sala resulta legítimo e importante dada la primacía de los derechos de los menores y la especial atención con que se debe salvaguardar su crecimiento y formación. Así se reafirma que estos no solo deben ser objeto de protección y restitución de derechos cuando están en peligro, sino que en ejercicio de la patria potestad y los deberes de protección conferidos a las autoridades públicas, debe prevenirse y evitarse injerencias desproporcionadas en todas las etapas de su vida con el fin de prevenir cualquier afectación a su desarrollo armónico e integral[84].

b. La idoneidad y conducencia del medio

123. De cara a la primacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no se encuentra afectación a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP.16), el cual, para este caso, mantiene una estrecha relación con el de información, pues el conocimiento sobre su familia de origen puede generar un alto impacto precisamente en su desarrollo integral por lo que protegerlos de cualquier injerencia potencialmente negativa resulta justificado, sobre todo, si se tiene en cuenta que cuando estos se encuentren en un grado de madurez para asimilar las vicisitudes fácticas y jurídicas de su proceso de adopción, podrá afrontarlos y adoptará las medidas que estimen convenientes[85], lo cual, resulta adecuado para alcanzar la legítima e importante finalidad de protegerlos.

124. En ese sentido, no resulta desproporcionado a la luz de los artículos 16 y 20 de la

Constitución, que el legislador límite el ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión en su dimensión de información de los menores bajo custodia, en lo que atañe al conocimiento por sí mismos de su origen mientras aún son menores de edad, lo que implica la facultad por delegación legal en los padres de evaluar las condiciones y el momento adecuado para que su hijo tenga conocimiento de ello.

Síntesis de la decisión

125. Por todo lo expuesto, la Sala encuentra que las expresiones demandadas “que hubieran llegado a la mayoría de edad” y “los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información” contenidas en los artículos 75 y 76 respectivamente del Código de la Infancia y la Adolescencia, son razonables, proporcionadas y se ajustan a la Constitución. Por lo tanto, serán declaradas exequibles, al no vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad del niño o adolescente (CP, art.16); a la libertad de información (CP, art.20), a tener una familia y no ser separado de ella (CP, art.44), ni al acceso a los documentos de su proceso de adopción de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño.

III. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Auto 305 del 21 de junio de 2017.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados, las expresiones “que hubiere llegado a la mayoría de edad” del artículo 75 y “Los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información” del artículo 76, ambos contenidos en la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

-En comisión-

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

-Permiso-

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

[1] Diario Oficial No. 46.446.

[2] Se aclara que el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010 sobre prohibiciones fue declarado exequible en la sentencia C-131/14 indicando que en ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica en menores de edad.

[3] Sobre dicho concepto cita a Miguel Cintero Bruñol, Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios, 1997, p.4: “Ser niño no es ser “menos adulto”, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”.

[4] Ley 265 de 1996, artículo 30 “1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia.

2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado”.

[6] Corte Suprema de Justicia, sentencia de tutela del 30 de abril de 1993.

[7] Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa. El nuevo derecho de familia: visión doctrinal y jurisprudencial. (Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas), 2010. P. 86-87.

[8] Aun cuando para el Derecho colombiano dicho status no represente diferenciación alguna entre las múltiples clasificaciones que se le han dado a los hijos dependiendo de su origen.

[9] Óp. Cit. Manifiesta que esta diferenciación cobra una importancia práctica en el campo del derecho utilizando el siguiente ejemplo: “(...) un niño proveniente de un país africano,

de piel negra, que ve a su papá y a su mamá suecos, de piel blanca, no necesitará demasiadas explicaciones para conocer que él es una persona adoptada; pero saber que es una persona adoptada no es lo mismo que identificar concretamente a las personas que lo engendraron. El primer conocimiento no afecta a otras personas: el segundo sí” (negrilla fuera de texto).

[10] Fecha: 3 de diciembre de 1986.

[11] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado de 1993.

[12] Oficio No. 10400/594605 obrante a folios 19 a 23 del Expediente D-11793.

[13] Ídem.

[14] Los interrogantes que se efectúan a los mayores de edad son los siguientes:

1. ¿Cómo se ha preparado para este proceso? (ha considerado los posibles resultados de la búsqueda, encontrar o no a su familia biológica, que su familia biológica quiera o no entrar en contacto con usted, etc.).
2. ¿Cuál es el motivo por el que desea encontrarse con ellos?
3. ¿Qué expectativas tiene respecto a un posible encuentro con ellos?
4. ¿Sus padres adoptantes conocen y apoyan este trámite?
5. ¿Ha recibido, recibe actualmente y/o recibirá a futuro, apoyo terapéutico/profesional para el afrontamiento de los diferentes resultados que pueda arrojar esta búsqueda?
6. Narre brevemente aspectos de su vida (tiene hijos, que profesión tiene, en qué trabaja, etc.), para en caso de localizar a su familia biológica, hablarles de usted.

[15] Las preguntas que se realizan a los padres adoptantes que solicitan el trámite para sus hijos menores de edad son las siguientes:

1. Los motivos por los que deseamos obtener una copia de la Historia de Atención de mi hijo/a (os/as)

2. Nos encontramos adelantando algún proceso terapéutico y/o profesional que respalde nuestra solicitud y nos facilite como familia el manejo de la información que encuentren en la Historia de Atención.

[16] Ídem.

[17] Oficio No. 10400/594605 obrante a folios 19 a 23 del Expediente D-11793.

[18] Ídem.

[19] Aprobado mediante Resolución 1526 del 23 de febrero de 2016, modificada por la Resolución 7547 del 29 de julio de 2016, documento, que en el paso 5 hace énfasis en la “búsqueda de redes familiares y vinculares” atendiendo la modificación del artículo 56 de la Ley 1098 de 2006, reformado por el artículo 217 de la Ley 1753 de 2015.

[21] Señala los compromisos internacionales sobre las medidas necesarias para evitar la sustracción, la venta o tráfico de niños adquiridos en la Convención sobre los Derechos del Niño incorporada en la legislación interna mediante la Ley 265 de 1996.

[22] Una primera aproximación a un derecho universal en favor de la infancia surgió tras finalizar la Primera Guerra Mundial, de lo que se advirtió la necesidad de brindar una protección especial para los niños materializada en la Declaración de Ginebra, adoptada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, por medio de la cual se introdujo como principio que “la humanidad debe al niño lo mejor que ésta puede darle”. Posteriormente esta declaración fue modificada por la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959, de la que se destaca en su preámbulo que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” lo cual fue reiterado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

[23] Ratificada por Colombia el 28 enero 1991, entrada en vigor el 27 febrero 1991 e incorporada en la legislación interna con la Ley 12 de 1991.

[24] Artículo 44 de la Constitución Política.

[25] Ibídem, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

[26] Óp. Cit, nota al pie 19.

[27] Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976 e incorporado en la legislación interna mediante Ley 74 de 1968.

[28] Entrada en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969.

[29] Es de resaltar que si bien esta observación no es parte del bloque de constitucionalidad, al ser un pronunciamiento del órgano de expertos que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) por sus Estados Partes, constituye un criterio interpretativo relevante para el presente caso.

[30] Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 12 (2009), sobre el derecho del niño a ser escuchado, 51º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

[31] Ídem.

[32] Es de aclarar que la Resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986 ha sido empleada como criterio interpretativo en algunas sentencias de tutela en relación con asuntos que involucran a menores de edad, tales como: i) Sentencia T-893/00 indicó sobre la adopción y guarda de menores según normas internacionales que “Sobre el tema concreto de la adopción y los hogares de guarda, es muy ilustrativo el criterio de la Asamblea General de las Naciones Unidas que en la “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”, de 3 de diciembre de 1986”.

ii) Sentencia T-884/11 “En el mismo sentido, el artículo 2º de la Resolución 41 de 1986 (sic), que contiene la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas,

dispuso que “[e]l bienestar del niño depende del bienestar de la familia”. 2. Atendiendo a lo expuesto, el actual Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), dispuso como finalidad principal de la regulación “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.

iii) Sentencia T-240/17 “también se hace referencia a este principio en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)[60], en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979)[61] y en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (1986), en los que se refuerza el papel del interés superior del menor frente a contextos de riesgo o vulnerabilidad. Así sucede, por ejemplo, con las medidas de atención y protección que se exigen a los Estados respecto de hechos de explotación económica, empleo en trabajos nocivos, escasa educación familiar y la adopción”.

[33] Observación No.12, 2009.

[34] En la sentencia T-071/16 se contextualizó el régimen jurídico de la adopción en Colombia.

[35] ARTÍCULO 286. “Revocada válidamente la adopción, volverán la persona y los bienes del adoptivo al poder o a la guarda de la persona de quien dependían el adoptivo antes de la adopción, si dicho adoptivo no tuviere la libre administración de sus bienes”.

[36] ARTICULO 285. “La adopción puede terminar por mutuo acuerdo de los interesados capaces, o con aprobación judicial y siempre que concurran las causales que autorizan el deshenderamiento de que habla el artículo 1266 del Código Civil, si alguno fuere incapaz. El padre puede también revocarla por las mismas causas del deshenderamiento probadas judicialmente. La revocación debe hacerse por escritura pública registrada”.

[37] ARTICULO 286. “La adopción sólo establece relaciones de parentesco entre el adoptante y el adoptado. El adoptivo continuará formando parte de su familia de origen,

conservando en ella sus derechos y obligaciones”.

[38] ARTICULO 27. “El hijo natural podrá ser adoptado por su padre o madre conjuntamente con el otro cónyuge, pero en la sucesión de su progenitor adoptante sólo tendrá los derechos de hijo natural”.

[39] ARTÍCULO 284. “El adoptivo en la adopción plena, hereda al adoptante como hijo legítimo; en la adopción simple, como hijo natural. Todo hijo adoptivo es legitimario del adoptante y podrá ser favorecido con la cuarta de mejoras, en la forma que esta asignación es reglamentada por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936. En la sucesión intestada, el adoptivo podrá ser representado por sus hijos legítimos”. Esta distinción fue declarada exequible en la sentencia C-831/06, al considerar lo siguiente: “Sin embargo, la Corte debe precisar que esta comprensión no resulta aplicable a aquellas personas que durante la vigencia de la Ley 5ª de 1975 fueron adoptadas en forma simple y que en la actualidad preserven ese vínculo de manera idéntica a cómo surgió. La razón de lo anterior estriba en que la adopción simple comporta la conservación de los lazos del hijo adoptivo con la familia de origen, así como el establecimiento de parentesco civil sólo con los adoptantes. Tampoco aquí la Corte observa hay motivos de inconstitucionalidad, pues tanto en el surgimiento como en la conservación de la adopción simple después de la reforma que la abolió prevalece la voluntad de las personas involucradas. En efecto, la ley 5ª de 1975 indicaba que el juez, “a petición del adoptante decretaría” la adopción simple o la adopción plena” y agregaba que la adopción simple podría “convertirse en adopción plena”, si así lo solicitaba el adoptante.”

[40] ARTICULO 88. “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”. Adicionalmente en la sentencia C-562/95, al estudiarse la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 94 del Código del Menor se expresó que: “La finalidad de la adopción es la de crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por los lazos de la sangre.”

[41] ARTÍCULO 1. “Finalidad. Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.

[42] ARTÍCULO 13. “La reserva legal sobre cualquier documento cesará a los treinta (30) años de su expedición”.

[43] ARTICULO 115. “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo anterior, todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar. Los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el menor conocer dicha información.

PAR. El adoptado, no obstante, podrá acudir ante el tribunal superior correspondiente, mediante apoderado o asistido por el defensor de familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información”.

[44] ARTÍCULO 28. “La reserva legal sobre cualquier documento cesará a los treinta años de su expedición. Cumplidos éstos, el documento por este solo hecho no adquiere el carácter histórico y podrá ser consultado por cualquier ciudadano, y la autoridad que esté en su posesión adquiere la obligación de expedir a quien lo demande copias o fotocopias del mismo”.

[45] Gaceta del Congreso 551, 23/08/2005, exposición de motivos del proyecto de ley 085 de 2005 Cámara, que culminó con la expedición de la Ley 1098 de 2006: “Además del cambio político que demanda la nueva estructura legal, es imperativo atender los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido con la adhesión a los tratados, convenciones y pactos, documentos de política y de doctrina internacional sobre derechos humanos de la niñez, cuerpo normativo que es de obligatorio acatamiento, que integra el paradigma de la protección integral y que debe ser incorporado en la legislación nacional.

4. El imperativo del cambio normativo (...) EL MARCO JURIDICO INTERNACIONAL

1. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

- Toda persona tiene todos los derechos y libertades sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
- La infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

2. Otros instrumentos

- Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño.
- Declaración de los Derechos del Niño de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1959.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Artículos 23 y 24.
- Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10.

3. La Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de Naciones Unidas. 19 de noviembre de 1989.

- Artículo 1º. Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años.
- Artículo 3º. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, se atenderá el interés superior del niño.

4. Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya de octubre de 1980.

- El Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de mayo de 1993”.

[46] Ibídem. “La necesidad del cambio. El Estado colombiano ratificó en 1991 la Convención sobre los Derechos del Niño que lo obliga a adecuar las legislaciones nacionales a los nuevos paradigmas de dicho instrumento jurídico vinculante. Para ese entonces, Colombia

contaba con un Código del Menor expedido en 1989 enfocado a atender a los menores de 18 años que incurrieran en una de las nueve situaciones irregulares que el mismo señaló taxativamente, como son menor abandonado o expósito, que carezca de representante legal, al que se le amenace su patrimonio, el que sea trabajador no autorizado, el adicto a sustancias que produzcan dependencia y el infractor a la ley penal, listado que precisamente deja por fuera de la atención integral a todo el universo de niños, y la consagración de las garantías suficientes para evitar la vulneración de derechos y el restablecimiento, más aun con las violaciones a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que ha presenciado el país en los últimos años. Por orden de la misma Convención, los Estados deben someterse al examen del Comité de los Derechos del Niño creado precisamente en dicha Convención. Este comité luego de analizar los informes presentados por Colombia ha elevado recomendaciones que siguen siendo desconocidas de manera sistemática por el Estado colombiano, siendo una de ellas y la más aguda la que se refiere al retraso injustificado de la actualización de la legislación interna. Este Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes”.

[47] Supra numeral 73.

[48] Tal es la prevalencia de los derechos de los niños, que en la sentencia C-177/14 esta Corporación se pronunció sobre el desconocimiento de los derechos a la igualdad, debido proceso, defensa, contradicción y el acceso efectivo a la administración de justicia presuntamente desconocidos por la prueba recaudada en la entrevista forense de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. En esta oportunidad la Corte Constitucional señaló lo siguiente: “Como quedo ampliamente reseñado, en aplicación del interés superior del menor y del principio pro infans, resulta ajustado a los postulados de los artículos 44 y 45 de la Constitución, al igual que a diferentes instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de conductas execrables, establecer medidas legislativas y judiciales para garantizar no sólo su dignidad y su intimidad (evitando injerencias indebidas en su vida privada), sino para protegerlos en todas las etapas del proceso, evitando causarles nuevos daños. (...) Como se indicó con antelación, cuando normativamente exista un eventual conflicto entre los derechos y garantías de un menor de edad, frente a las de un adulto, hermenéuticamente, atendiendo el interés superior del niño y el principio pro infans, deberá darse prelación a la protección y

salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes dada su situación de debilidad manifiesta”.

[49] Sentencia T-510/03: “La jurisprudencia ha decantado dos parámetros que deben verificarse para establecer el grado de bienestar de un menor de edad, esto es, para determinar los escenarios que mejor satisfacen su interés superior: (i) las condiciones fácticas, correspondientes a las plenas circunstancias específicas de cada caso y (ii) las jurídicas, relacionadas con los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico para su protección”.

[50] Sentencia C-840/10.

[51] En esta sentencia se analizó la demanda presentada en contra de los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, en cuya oportunidad se declaró “EXEQUIBLES las expresiones demandadas del numeral 5º del artículo 64, del artículo 66 y del numeral 5º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”.

[52] Es de resaltar que este reconocimiento se efectuó por primera vez en sede de tutela con la sentencia SU-617/14: “Si bien es cierto que a la luz del ordenamiento superior la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado, también es cierto que la propia Carta Política admite, reconoce y protege la diversidad de estructuras familiares, y una barrera normativa como la prevista legislativamente, es el fondo una forma velada e implícita de sanción a estas formas alternativas de familia. Así las cosas, la Corte deberá proceder a proteger y garantizar los derechos que se han vulnerado en esta oportunidad.”

[53] En ese sentido, la sentencia T-090/07 estudió el caso de un menor dado en adopción a un ciudadano español y en el que la agente oficiosa que promovió la tutela consideró vulnerados sus derechos fundamentales, al no considerarse dentro del trámite a una pareja italiana que ella consideraba idónea. El amparo fue negado toda vez que la asignación del niño a una persona idónea, en principio, no puede ser retrotraída dada la urgente necesidad

de brindar un hogar al infante involucrado. En esta oportunidad la Sala Segunda de Revisión consideró que “para garantizar el interés superior del menor no se encuentran fundamentos poderosos para que el juez de tutela continúe difiriendo la entrega del menor a la persona que fue considerada como idónea por un comité de expertos de acuerdo a las condiciones específicas y a las necesidades de ese menor. Como se dijo, la asignación en sí misma no vulnera el interés superior del menor y retrotraer el proceso podría causar mayores impactos negativos en el desarrollo del menor” (subraya fuera de texto).

[54] ARTÍCULO 61. “Orden en la citación de parientes. En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

1. Los descendientes.
3. El padre y la madre, naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes.
4. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o, 2o y 3o.
5. Los colaterales hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o, 2o, 3o y 4o.
6. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores.
7. Los afines que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

Si la persona fuere casada, se oirá también en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”.

[55] Concepto del 2 de octubre de 2014 emitido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA.

[56] En esta oportunidad se declaró EXEQUIBLE el enunciado “las buenas costumbres” del artículo 32 de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, bajo el entendido en que “buenas costumbres” significa lo que la Corte Constitucional ha comprendido por “moral social”.

[57] Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial), 2, 8, 10 (parcial), 11 (parcial), 13 (parcial), 16 (parcial), 20 (parcial), 21 (parcial), 25, 26, 28 (parcial) de la Ley 335 de 1996, “Por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones”.

[58] “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

[59] Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictamen consultivo del 13 de noviembre de 1985, OC-5 de 1985, Serie A, párr. 69.

[60] Cita original. Sentencia C-350/97.

[61] Sentencia T-592/03, derecho a la información en el procedimiento y divulgación de datos de usuarios de servicios financieros.

[62] Sentencia T-300/04, derecho a la información en la protección del historial del crédito bancario

[63] Sentencia T-439/13, derecho a la información del interno, desconocimiento por parte de los reclusos del INPEC de las causales y procedimientos a seguir para solicitar traslado.

[64] Sentencia C-405/16, sobre el derecho a la información y consentimiento informado en materia reproductiva.

[65] Sentencia T-638/06, derecho a la información del pensionado sobre su pasivo pensional.

[66] Sentencia C-692/03, derecho a la información, intimidad y habeas data.

[67] En la sentencia T-391/07 se esbozó un criterio de mayor diligencia y cuidado en la emisión de información cuando menores de edad son receptores de la misma. En esta oportunidad Radio Cadena Nacional S.A. – RCN instauró acción de tutela en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, al considerar que la sentencia proferida por esa Corporación dentro del proceso promovido mediante acción popular para proteger a los menores de edad “corrompidos” por medio del programa El mañanero de la Mega, constituye una violación de sus derechos fundamentales, la Sala Segunda de Revisión tuteló el derecho a la libertad de expresión y ordenó poner en marcha un proceso de auto regulación de sus emisiones en relación con los menores que puedan hacer parte de su audiencia.

[68] Cita original. T-293/94, T-794/07 y T-302/08.

[69] Posteriormente, en la sentencia de tutela T-904/13 se presentó nuevamente una tensión entre el derecho a la libertad de información en su faceta de opinión y los derechos de menores de edad, resolviéndose de la siguiente manera: “El interés superior del niño, antes que un argumento para negar la existencia de conflictos entre los derechos de los menores y los derechos de los demás, ha de operar como un estándar normativo que asegura que, en la resolución razonada de tales conflictos, los derechos de los miembros más jóvenes de la sociedad han de tener especial consideración. Esto supone que, en presencia de casos difíciles, el interés superior del menor se traduce en un criterio que debe incorporarse en la ponderación y en una exigente carga de argumentación. Tal es, por otra parte, la manera en que el criterio de prevalencia de los derechos de los niños, consagrado en el artículo 44 constitucional, ha sido interpretado y aplicado por la jurisprudencia constitucional, particularmente en los casos donde se enfrentan libertad de prensa y derechos de los menores” (subraya fuera de texto).

[70] En la cual se declaró exequible el cambio de nombre contenido en la expresión “por una sola vez” previsto en el artículo 6º del Decreto Ley 999 de 1988, que subrogó el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, en el entendido de que tal restricción no será aplicable en aquellos eventos en que exista una justificación constitucional, clara y suficiente, de conformidad con los criterios establecidos en la parte motiva de esta sentencia.

[71] En esta ocasión se declaró constitucional por los cargos analizados, el artículo 3, literal a (parcial) de la Ley 1429 de 2010, Ley de Formalización y Generación de Empleo.

[72] Ibíd. Sentencia C-114/17.

[73] Adicionalmente ver supra numeral 18.

[74] Ver supra numeral 84.

[75] Ver supra numerales 32 y 89.

[76] Ver supra numeral 42.

[77] Ver supra numeral 39 del capítulo de pruebas: “señalan que al observar las peticiones del año 2016, aquellas que van dirigidas a la búsqueda de la familia biológica con el objetivo de entablar contacto, no superan el 10%, en su mayoría se encuentran sustentadas por razones terapéuticas (psicológica – salud física)” (Subraya fuera de texto).

[78] Ver supra numeral 46 del capítulo de pruebas.

[79] En concordancia con el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia modificado por el artículo 217 de la Ley 1753 de 2015 UBICACIÓN EN MEDIO. “Es la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior.

La búsqueda de parientes para la ubicación en medio familiar, cuando a ello hubiere lugar, se realizará en el marco de la actuación administrativa, esto es, durante los cuatro meses que dura la misma, o de la prórroga si fuere concedida, y no será excusa para mantener al niño, niña o adolescente en situación de declaratoria de vulneración. Los entes públicos y privados brindarán acceso a las solicitudes de información que en dicho sentido eleven las Defensorías de Familia, las cuales deberán ser atendidas en un término de diez (10) días. El incumplimiento de este término constituirá causal de mala conducta.

Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad

competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos”.

[80] Ver supra numeral 38 del capítulo de pruebas.

[81] En la sentencia C-180/16, se planteó una tensión entre el mandato del Convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical y el artículo 356 del C.S.T. y de la S.S. se aplicó esta teoría indicando: “En este caso resulta preciso hacer referencia a la doctrina del “Margen Nacional de Apreciación”, la cual permite que los Estados democráticos y pluralistas cuenten con cierto ámbito de acción en la interpretación de los Derechos Fundamentales reconocidos tanto en su ordenamiento interno como en los tratados internacionales de los que sea parte. No obstante lo anterior, esta deferencia con el legislador democrático, no es ajena a límites, y supone, además de condiciones internas de deliberación, el respeto a los contenidos mínimos que las convenciones internacionales y la jurisprudencia que los tribunales encargados de interpretarlas, le otorgan a tales derechos humanos. El uso del Margen Nacional de Apreciación debe responder a estándares objetivos derivados de la tradición jurídica nacional, y no puede usarse de modo discrecional para evadir estándares internacionales de Derechos Humanos. En este caso en concreto, un análisis de la jurisprudencia colombiana demuestra que la interpretación y aplicación del Convenio 87 de la OIT, en el ordenamiento jurídico colombiano no niega un margen de acción, no exento de límites, al legislador en relación con la configuración de las organizaciones sindicales”.

[82] Ver supra numeral 109.

[83] Ver supra numeral 120. Adicionalmente en esta providencia se concluyó que: “constituyen unas pautas normativas dirigidas a materializar el principio pro infans: (i) garantía del desarrollo integral del menor, (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) protección ante los riesgos prohibidos, (iv) equilibrio con los derechos de los padres, (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno materno filiales”.

[85] Ver supra numeral 19.