

Sentencia C-104/16

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Prelación para adoptantes colombianos/PRELACION QUE SE OTORGA A SOLICITUDES DE ADOPCION PRESENTADAS POR COLOMBIANOS SOBRE LOS EXTRANJEROS-No configura una discriminación por razones de origen nacional, sino una medida adecuada, acorde con el principio de subsidiaridad consagrado en el Derecho Internacional de Derechos Humanos

En el asunto bajo examen, luego de proceder a la integración normativa, esta Corporación concluyó que la prelación que se otorga a las solicitudes de adopción presentadas por los colombianos sobre los extranjeros, en los apartes cuestionados de los artículos 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006, no implican un desconocimiento del principio y del derecho a la igualdad, pues la diferencia de trato no corresponde a una hipótesis de discriminación por razones de origen nacional, sino a una medida legítima y constitucionalmente importante, que guarda coherencia con el principio de subsidiaridad de la adopción internacional incorporado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al mismo tiempo que permite preservar, a partir de un examen de idoneidad y conducencia, la identidad cultural de los niños colombianos, sus valores nacionales y su componente étnico, en un contexto en el que no se sacrifican derechos, principios o valores constitucionales y, por el contrario, se disminuyen los riesgos asociados con factores de seguridad, se aumenta las posibilidades de control post-adopción y se brinda una mejor alternativa para realizar el derecho al reencuentro con la familia de origen.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carga de especificidad/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carga de suficiencia/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Integración normativa

TEST O JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Jurisprudencia constitucional

IGUALDAD COMO VALOR, PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL-Fundamento/IGUALDAD COMO VALOR, PRINCIPIO Y DERECHO-Reiteración de Jurisprudencia/IGUALDAD-Carácter de valor, principio y derecho fundamental/IGUALDAD-Carácter relacional/TEST DE IGUALDAD-Método de análisis constitucional/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Alcance/PRINCIPIO DE IGUALDAD-

Mandatos que comprende

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas de su análisis y modalidades del test de igualdad según el grado de intensidad/TEST Estricto DE IGUALDAD-Aplicación/TEST INTERMEDIO DE IGUALDAD-Alcance/TEST LEVE DE IGUALDAD-Alcance

El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios, los cuales se explicarán a continuación. La regla consiste en reconocer que al momento de ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último “adecuado para lograr el primero, valga decir, verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero”. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones, por una parte, se encuentra el principio democrático, que obliga a darle un peso importante a la labor de creación del legislador, pues debe permitirse un margen considerable de valoración sobre los asuntos objeto de regulación, a partir de la búsqueda de propósitos que se ajusten a los mandatos de la Carta; y por la otra, la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas, lo que se traduce en que no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio. Por ello, la Corte ha reiterado que “la

Constitución no prohíbe el trato desigual sino el “trato discriminatorio”, al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida. El test leve busca entonces evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, medidas que no tengan un mínimo de racionalidad. Este test ha sido aplicado en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecia prima facie una amenaza frente al derecho sometido a controversia. La aplicación de un test estricto, como la más significativa excepción a la regla, tiene aplicación cuando está de por medio el uso de un criterio sospechoso, a los cuales alude el artículo 13 de la Constitución, o cuando la medida recae en personas que están en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenecen a grupos marginados o discriminados. También se ha utilizado cuando la diferenciación afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho fundamental. Este test ha sido categorizado como el más exigente, ya que busca establecer “si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo”. Este test incluye un cuarto aspecto de análisis, referente a “si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales”. Entre los extremos del test leve y del test estricto, se ha identificado el test intermedio, que se aplica por este Tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental, cuando existe un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia económica o en aquellos casos en que la medida podría resultar “potencialmente discriminatoria” en relación con alguno de los sujetos comparados, lo que incluye el uso de las acciones afirmativas. Este test examina que el fin sea legítimo e importante, “porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver”, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

ADOPCION-Naturaleza jurídica

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Derecho a tener una familia y no ser separado de ella/MENORES DE EDAD-Podrán ser separados de su familia, cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y ejercicio de sus derechos/NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-

Deber del Estado en defensa de sus derechos, cuidado y protección cuando los familiares directos incumplen sus deberes de asistencia y socorro/DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Intervención estatal se somete a un claro criterio de subsidiariedad/NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Impone al Estado el deber de agotar todas las medidas posibles para garantizar su permanencia con la familia biológica o extendida

ADOPCION-Contenido y alcance/ADOPCION-Finalidad/ADOPCION-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/ADOPCION-Tipología que surge en razón del origen de la solicitud/PROCESO DE ADOPCION-Debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del niño, niña o adolescente

ADOPCION-Competencia legislativa para definir las condiciones, requisitos y exigencias que se deben acreditar por cada una de las estructuras familiares habilitadas para tal efecto

El Congreso de la República puede definir las condiciones y requisitos para adoptar y las exigencias que se deben acreditar por cada una de las estructuras familiares habilitadas para tal efecto, previendo la consagración de reglas en las que se tengan en cuenta, entre otros, factores relacionados con la diferencia de edad entre el adoptado y sus adoptantes, la permanencia del primero o de los segundos a grupos étnicos especialmente protegidos, e incluso la residencia en la que tendrá asiento la nueva familia.

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Sujetos habilitados para adoptar

ADOPCION-Procedimiento

ADOPCION-Carácter irrevocable

ADOPCION-Modalidades/ADOPCION-Distinción que se plantea en las modalidades a partir del origen del solicitante/ADOPCION NACIONAL y ADOPCION INTERNACIONAL-Distinción

Un elemento importante que incorpora la ley, es la distinción que se plantea en las modalidades de adopción a partir del origen del solicitante. En efecto, uno es el trámite que se sigue para las adopciones nacionales y otro para las adopciones internacionales, a pesar de que ambas confluyen en la etapa de asignación. Esta distinción tiene su origen en los

artículos 71 a 73 de la Ley 1098 de 2006, en la que se alude a que las adopciones internacionales, además de las disposiciones del derecho interno, se regirán por los tratados y convenios internacionales ratificados sobre la materia, en especial, el Convenio de la Haya de 1993, relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional. El citado Convenio consagra normas especiales dirigidas a garantizar la idoneidad del adoptante, sin perjuicio de admitir que por fuera del mismo también son válidas las adopciones internacionales. En consecuencia, obsérvese cómo, un aspecto trascendente de la diferenciación propuesta, es que las adopciones nacionales tan sólo se rigen por el derecho interno.

PROCESO DE ADOPCION-Criterio determinante es la nacionalidad y no la residencia del solicitante

JUICIO DE IGUALDAD EN TORNO A LOS EXTRANJEROS EN PROCESO DE ADOPCION-Parámetros

La Corte ha planteado que el juicio de igualdad en torno a los extranjeros debe seguir los siguientes parámetros: (i) inicialmente, debe precisarse si la limitación impuesta se inscribe en alguno de aquellos ámbitos en los que, por razones de orden público, pueden establecerse diferencias entre los nacionales y los extranjeros, tal como lo dispone el artículo 100 de la Constitución. En caso de ser ello posible, este Tribunal debe examinar que las razones invocadas sean concretas y no abstractas, y que las limitaciones dispuestas a los derechos civiles de los extranjeros sean expresas, necesarias, mínimas e indispensables, con miras a realizar un fin constitucional que resulte legítimo. De lo contrario, y desde una perspectiva general, (ii) el juicio de igualdad exige establecer si la distinción consagrada por el legislador corresponde a un trato razonable en términos constitucionales, en donde la intensidad del juicio dependerá del ámbito en el que se establece la regulación y de la situación concreta a analizar, con el objeto de precisar si se permiten diferenciaciones o no entre los nacionales y los extranjeros. Particularmente, y siguiendo los criterios enunciados en el acápite 6.5 de esta providencia, se acogerá el test estricto si la medida adoptada afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho fundamental. Por el contrario, tendrá lugar un test intermedio, cuando se afecte el goce de un derecho no fundamental o en aquellos casos en que la medida podría resultar “potencialmente discriminatoria” respecto de alguno de los sujetos comparados. Por último, incluso cabría la aplicación del

test leve, en aquellos ámbitos en los se vean involucradas medidas comerciales, económicas o de política internacional. En conclusión, a diferencia de lo que ocurre con otros criterios sospechosos, en materia de igualdad entre nacionales y extranjeros, su análisis no siempre impone la necesidad de acudir a un test estricto, pues es directamente la propia Constitución la que atenúa la fuerza normativa de la expresión “origen nacional” del artículo 13, al permitir la limitación o supresión de algunos derechos y garantías para los extranjeros, en este último caso acorde con los mandatos del artículo 100 de la Carta. Por ello, como lo ha señalado de forma expresa esta Corporación, “la intensión del juicio de igualdad en los casos en que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho afectado y de la situación concreta a analizar.

Referencia: expediente D-10835

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”

Demandante:

Elkin Camilo Jiménez Barón

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, el ciudadano Elkin Camilo Jiménez Barón instauró demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 71 (parcial) de la Ley 1098 de 2006,

“Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”

En Auto del 23 de junio de 2015, el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. De igual manera, ordenó comunicar la iniciación del presente proceso de constitucionalidad al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), a la Alta Consejería Presidencial para la Primera Infancia, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF – COLOMBIA), a la Fundación los Pisingos, a la Fundación para la asistencia de la niñez abandonada (FANA), a la Corporación Casa de María y el Niño, al Centro de adopciones Chiquitines, al Centro de Estudios Sociales Observatorio sobre la Infancia de la Universidad Nacional, a la Red Antioqueña de Niñez, a la Defensoría del Pueblo y a las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Externado, Rosario, Sergio Arboleda, Santo Tomás, del Norte y Nariño, para que, si lo consideran conveniente, intervinieran impugnando o defendiendo la disposición acusada.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 del Texto Superior y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del precepto legal demandado, en el que se destaca y resalta el aparte cuestionado, conforme con su publicación en el Diario Oficial No. 46.446 de noviembre 8 de 2006:

“LEY 1098 DE 2006

(Noviembre 8)

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

Artículo 71.- Prelación para adoptantes colombianos. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por éste para adelantar el programa de adopción, preferirán, en igualdad de condiciones, las solicitudes presentadas por los y las colombianas, cuando llenen los requisitos establecidos en el presente Código. Si hay una familia colombiana residente en el país o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la

familia colombiana, y si hay dos familias extranjeras una de un país no adherido a la Convención de La Haya o a otro convenio de carácter bilateral o multilateral en el mismo sentido y otra sí, se privilegiará aquella del país firmante del convenio respectivo.”

III. DEMANDA

3.1. El demandante considera que los preceptos demandados son contrarios a la Constitución, por cuanto sin justificación alguna, prevén una diferencia de trato que discrimina a los extranjeros al momento de adoptar, a pesar de que el artículo 13 del Texto Superior dispone que: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de (...) origen nacional”, lo cual se complementa con el mandato consagrado en el artículo 100, según el cual, “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos.”[1]

3.2. En la parte inicial de su escrito, el actor refiere al reconocimiento que ha tenido la igualdad como derecho fundamental y principio. Respecto de este último, sostiene que se impone al Estado la adopción de medidas para brindar un trato paritario a quienes se encuentran en una misma situación fáctica. Este mandato se vulnera cuando, en el marco previamente descrito, se le otorga a alguien una prerrogativa que no le es dada a los demás (privilegio) o cuando se le priva de la misma tan sólo a algunos sujetos en particular (discriminación), siempre que la medida no se inserte dentro de la lógica de promover la igualdad material.

Con fundamento en lo anterior, el accionante considera que los preceptos demandados establecen un trato diferenciado al momento de adoptar, pues prefieren al nacional sobre el extranjero, sin que dicha distinción tenga un soporte objetivo y razonable. Al respecto, se afirma que si la finalidad de la adopción es permitir el desarrollo armónico e integral de un niño, permitiendo la creación de una relación paterno-filial con personas con las cuales no se comparte un vínculo biológico, el examen que se debe realizar por las autoridades competentes al momento de activar esta medida, es el de valorar la capacidad, aptitud e idoneidad del adoptante, a partir de exigencias netamente objetivas, como las que se consagran en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006[2].

En este orden de ideas, a juicio del actor, si el propósito de la adopción es materializar el derecho del niño a tener una familia, no se entiende en que afecta la nacionalidad del adoptante el cumplimiento de dicho fin, ni qué rol cumple el mandato de preferencia, cuando éste no garantiza por sí mismo que los “derechos de los menores se protejan en mayor grado de efectividad”.

3.3. En palabras del demandante, si la familia nacional y la extranjera cumplen por igual con los requisitos y condiciones para adoptar, no hay razón que justifique que las instituciones autorizadas para adelantar el proceso se inclinen por el origen nacional del adoptante, ya que la procedencia de una persona en nada perjudica o beneficia la protección de los derechos de los niños. Por consiguiente, a partir de la consideración conforme a la cual la norma acusada debería observar un trato paritario entre nacionales y extranjeros a lo largo del proceso, concluye que, en la medida en que no lo hace, la misma debe ser declarada inexecutable.

IV. INTERVENCIONES

4.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

4.1.1. El Director de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho solicita a la Corte proferir un fallo inhibitorio y, en subsidio, declarar la exequibilidad de los preceptos demandados.

4.1.2. En cuanto a la primera pretensión, el interviniente considera que el actor no integró la proposición jurídica completa, ya que los textos acusados carecen de un sentido regulador autónomo por fuera del panorama general que se establece en la ley y en los tratados internacionales sobre la adopción internacional. Puntualmente, sostiene que la norma debe armonizarse con la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de la Haya de 1993, y en especial, con los artículos 72 y 73 de la Ley 1098 de 2006.

4.1.3. En todo caso, visto el asunto de fondo, se señala que los preceptos cuestionados no excluyen a los extranjeros de la posibilidad de solicitar la adopción en Colombia, limitándose a consagrar una regla de preferencia, cuya finalidad es la de proteger los derechos prevalentes y el interés superior de los niños, el cual busca la continuidad en su desarrollo dentro un marco coherente con su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico,

reduciendo incluso el impacto que surge por ser “sacado de su lugar de origen”. Las razones expuestas justifican la validez y necesidad de la distinción de trato otorgada, por lo que no se vulnera el derecho a la igualdad de los extranjeros.

4.2. Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

4.2.1. La Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le pide a esta Corporación declarar la exequibilidad de las normas demandadas. Al igual que en la intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho, se señala que la demanda podría carecer de una proposición jurídica completa, ya que la interpretación del objeto demandado debe hacerse teniendo en cuenta otros artículos de la Ley 1098 de 2006, especialmente el artículo 73.

Así, en un primer momento, se resalta que cuando se trata de solicitudes de adopción de extranjeros dicha figura se conoce como adopción internacional, la cual tiene un régimen normativo especial no sólo previsto en la citada ley, sino también en convenios internacionales ratificados por Colombia, aspecto que sujeta su aplicación a lo señalado en dichos dispositivos normativos, como lo ordena el artículo 72 de la Ley 1098 de 2006[3]. Adicional a lo expuesto, el artículo 73 del mismo estatuto legal, consagra el momento en el que tiene lugar la aplicación de la prelación, cuyo evento se sujeta a la asignación de familias que se realiza por el Comité de Adopción del ICBF o de las instituciones autoridades para desarrollar el programa de adopción[4].

Esto significa que el artículo 71 no se encuentra aislado ni se puede aplicar de manera objetiva sin tener en cuenta otras disposiciones que lo complementan, circunstancia que podría incidir en la aptitud de la demanda.

4.2.2. Más allá de lo anterior, se resalta que la adopción corresponde a una medida de protección, cuyo fin es el de restablecer o restituir el derecho de los niños a tener una familia, cuando las personas con las que se tiene un vínculo biológico no ejercen de manera efectiva dicho derecho y los demás establecidos en la Constitución para lograr su desarrollo armónico e integral. La adopción se puede presentar en el Estado de origen (nacional) o en el exterior (internacional), en cuyo caso se aplican los tratados internacionales y las normas nacionales que regulan la materia.

La Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de la Haya de 1993 establecen que la adopción internacional constituye una herramienta para cuidar a un niño, básicamente cuando no pueda ser entregado a una familia adoptiva en su país de origen. Estas normas apelan al denominado principio de subsidiariedad, en el que se prefiere la asignación de un menor al ámbito local, después al nacional y por último al internacional.

En este escenario, el precepto demandado es un reflejo del citado principio, mediante el cual se privilegia la adopción por parte de familias del país de origen del niño, siempre que se cumplan con las condiciones establecidas en la ley. La preferencia se somete siempre a una igualdad de condiciones, lo que excluye su arbitrariedad y permite realizar el interés superior del menor.

Lo anterior es de vital importancia si se tiene en cuenta que la prelación tan sólo se activa al momento de asignación de la familia por parte del Comité de Adopciones, lo que significa que las personas colombianas y extranjeras cuando presentan la solicitud entran en las mismas condiciones, son objeto de las mismas exigencias y cuando haya culminado el proceso exitosamente, es que se da aplicación al principio de subsidiaridad, resaltando que la familia no seleccionada vuelve a la lista de espera hasta una siguiente posibilidad de asignación.

Destaca el ICBF que la finalidad de este trato diferenciado, más allá de reducir el impacto que produce el traslado del niño de su país de origen, se encuentra en que permite preservar su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, como lo exige el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este sentido, el interviniente concluye que no se trata de otorgar una preferencia sin sentido, como parece sugerirlo el actor, sino el de brindar una herramienta dirigida a que los niños sufran menos consecuencias psicológicas y de comportamiento derivadas del proceso de adopción. La preferencia sólo opera en un marco de igualdad de condiciones, en el que se tiene en cuenta el interés superior del niño, sus características y necesidades. Por lo demás, toda asignación debe constar en un acta, en la que se expresan las razones técnicas y los motivos que llevaron a la selección de una familia sobre la otra.

4.3. Intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores

El apoderado de la Cancillería solicita a la Corte declarar la exequibilidad de los preceptos legales demandados, al considerar que la preferencia prevista en el ordenamiento jurídico, puntualmente en el artículo 71, está justificada en la medida en que busca la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

4.4. Intervención de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Quien interviene en nombre de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario solicita proferir un fallo inhibitorio, al entender que la demanda carece de especificidad y suficiencia, en tanto no se aludió al interés superior del niño, como criterio determinante para el examen de la institución de la adopción. Por lo demás, señala que no se desarrolló un argumento concreto y puntual respecto de la supuesta vulneración del artículo 100 del Texto Superior.

4.5. Intervención de la Universidad Santo Tomás

El Decano y uno de los Docentes del Consultorio Jurídico Internacional de la Universidad Santo Tomás solicitan que se declare la exequibilidad de la norma demandada. Al respecto resaltan que el derecho a la igualdad no puede ser entendido como una unificación de trato, cuando se presentan factores que permiten brindar una respuesta distinta por parte del ordenamiento jurídico.

En el asunto sub-judice, la preferencia responde a la necesidad de procurar que los niños nacionales puedan crecer dentro de la identidad étnica y cultural de la que son parte, tal como ha sido admitido tanto por la UNICEF como por otros organismos internacionales[5]. Aunado a lo anterior, también se considera que la regla demandada se vincula con factores de seguridad, especialmente en la prevención del delito de tráfico de menores[6].

4.6. Intervención de la Universidad del Norte

La docente Investigadora designada por la Universidad del Norte pide que los preceptos demandados sean declarados inexecutable. Para comenzar señala que la norma acusada se inspira en el principio de subsidiaridad que se introduce el Convenio de la Haya de 1993, en lo que atañe a la adopción internacional[7]. A pesar de ello, esa situación no implica desconocer que sigue siendo una forma de protección del niño, cuyo fin último es

salvaguardar su interés prioritario.

De esta manera, aun cuando el Estado debe analizar las soluciones internas disponibles para cada caso, no resulta admisible que la respuesta conduzca a que en todos los casos indefectiblemente se dé prevalencia a los nacionales sobre los extranjeros, ya que la evaluación debe partir del interés superior del niño y como éste puede alcanzar un desarrollo más óptimo. En este sentido, no siempre los solicitantes nacionales representan la mejor solución para los niños y niñas puestos en adopción, por ejemplo, cuando se trata de un proceso promovido “entre parientes o cuando el niño padezca alguna disminución que requiera cuidados especiales que no puedan ser dispensados en el Estado de origen”[8].

A partir de lo expuesto, se estima que los preceptos cuestionados se traducen en una vulneración del derecho a la igualdad, en tanto las medidas tendientes a la prevalencia del interés superior de los niños no deben estar basadas en el origen nacional de una persona, sino en los comportamientos parentales y en la forma en que influyen en su desarrollo. De esta manera, la interviniente sostiene que: “no sería correcto asegurar que sólo las familias colombianas pueden propiciar las mejores condiciones de desarrollo integral y optimización de [los] derechos [de los niños], ni tampoco es admisible concebir que los extranjeros, por el simple hecho de serlo, vayan a tener comportamientos parentales o a ponerlos en contextos (e.g. geográficos) o situaciones que contraríen [su] interés superior (...), decir lo contrario, sería utilizar fundamentos basados en estereotipos y riesgos imaginarios”.

Dicho estereotipo se observa en el texto demandado, cuando se otorga prevalencia aún en los casos en que la solicitud de adopción sea presentada por una familia colombiana que vive en el exterior, sin encontrarse un soporte en el interés superior de los niños, incluso respecto de familias extranjeras que residan en Colombia, lo que conduce a consagrar un trato efectivamente discriminatorio y carente de razones jurídicas que lo justifiquen.

4.7. Intervención de la Universidad de Nariño

Uno de los miembros del Centro de Estudios Jurídicos Avanzados (CEJA) de la Universidad de Nariño solicita declarar la exequibilidad de la norma demandada, no sin antes advertir que encuentra un posible desconocimiento de las cargas de claridad y especificidad en la formulación de la acusación, al entender que le faltó a la demanda una mayor carga

argumentativa en la exposición del supuesto trato diferencial injustificado a los extranjeros.

Sin perjuicio de lo anterior, afirma que la distinción consagrada en la ley, busca un fin constitucionalmente imperante como lo es la búsqueda de la preservación de los valores culturales y sociales de los menores de edad, lo que implica que la limitación que se impone a la regla de la plena igualdad, se traduce en una afectación leve, sobre todo cuando al extranjero le es permitido adoptar.

4.8. Intervenciones ciudadanas

El ciudadano Carlos José Gómez Jiménez presentó un escrito en el cual pide declarar la exequibilidad de los preceptos legales demandados. En un principio plantea que la regulación cuestionada no busca favorecer o preferir de manera infundada a los nacionales, ni consagrar un derecho a adoptar en favor de estos últimos, excluyendo del mismo a los extranjeros. El fin del trato diferencial consagrado se encuentra en proteger el interés superior de los niños, a través de la defensa del arraigo cultural y del derecho de todo menor de crecer bajo la herencia y tradiciones de su comunidad. En este escenario, señala que el artículo 28 del Convenio de la Haya recoge el principio de libre disponibilidad de cada Estado respecto del señalamiento de las reglas que permitan o no la adopción internacional[9]. Lo anterior ha llevado a que en casos como Chile y Argentina, se limite la adopción a extranjeros residentes o se establezcan mecanismos de preferencia, como el actualmente demandado[10].

En conclusión, para el interviniente las disposiciones acusadas se originan en una razón que justifica el trato diferente, aunado a que no se impide que un menor sea adoptado por extranjeros. Por lo demás, la norma no impone el arraigo cultural sobre el interés superior, pues su aplicación es subsidiaria, esto es, en igualdad de condiciones y siempre que se satisfagan los intereses y necesidades de los niños. Ello en un contexto acorde con los postulados del derecho internacional y del compromiso de Colombia de alentar su desarrollo.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

5.1. El Procurador General de la Nación solicita a la Corte proferir un fallo inhibitorio y, en

subsidio, declarar la exequibilidad de los preceptos acusados. La primera pretensión la justifica en que el actor desconoció la carga de especificidad, ya que el juicio que propone parte de la base de entender a la adopción como un derecho de los nacionales y de los extranjeros, alejándola de su condición de medida de protección, lo cual no sólo desconoce su naturaleza jurídica, sino que impide la comparación que en términos de igualdad se pretende realizar en la demanda[11]. Por lo demás, en el ámbito de la libertad de configuración del legislador, no se explica por qué las normas demandadas no responden al interés superior de los niños, único límite de actuación del Congreso, en un contexto alejado de un derecho inexistente para los adultos[12].

5.2. Dejando de lado lo anterior, la Vista Fiscal sostiene que la regulación sobre la adopción se somete a un criterio de residualidad, por virtud del cual paulatinamente se va definiendo la idoneidad del adoptante. Así se consagran unas reglas de legitimación en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, que se complementan con unos requisitos dirigidos a asegurar el desarrollo armónico e integral de los niños, como ocurre con la diferencia mínima de edad entre el solicitante y el menor sometido a este proceso. Ello implica que no todas las personas o parejas, aun cuando sean o adquieran la nacionalidad colombiana, están facultadas por la ley para adoptar.

Una vez satisfechos los requisitos en mención, se activa la limitante del artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia, conforme a la cual la autoridad competente deberá intentar ubicar al niño, niña o adolescente con sus parientes, “de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos”.

Solamente cuando se superan las exigencias descritas, se procede a la definición de la familia adoptiva, en el que dada la residualidad explicada, la ley le otorga preferencia a las solicitudes de origen nacional. Esta distinción de trato encuentra razones constitucionales que la justifican. En primer lugar, se explica por motivos de orden cultural, “puesto que es razonable pensar que esta prelación se establece con la intención de no separar ni desarraigar a los niños que son entregado en adopción de su propio entorno cultural y nacional”, evitando los menores traumatismos posibles en el desarrollo de su vida. En segundo lugar, se entiende que el privilegio responde a preceptos del derecho internacional, en los que se le otorga a la adopción internacional una naturaleza

subsidiaria[13].

En tercer lugar, se admite que la regulación cuestionada también permite concretar algunas recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, en el que, por ejemplo, en un reciente documento dirigido a las autoridades colombianas se señaló que: “sigue preocupando (...) que: (...) el número de adopciones internacionales siga siendo alto y que no se dé prioridad a las adopciones nacionales”[14]. Por último, se resalta que las medidas administrativas de seguimiento post adopción se hacen más difíciles cuando los niños son entregados a personas o familias conformadas por extranjeros dada la vocación que tienen de ubicarse en el exterior, circunstancia que repercute en el mandato genérico de protección al cual alude el artículo 44 del Texto Superior. El conjunto de razones expuestas demuestran la razonabilidad de la medida adoptada por el legislador, motivo por el cual no cabe duda en que la misma se ajusta a los mandatos de la Carta[15].

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

Esta Corporación es competente para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 71 (parcial) de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, presentada por el ciudadano Elkin Camilo Jiménez Barón, en los términos del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política[16].

6.2. Cuestión Previa. Examen sobre la aptitud de la demanda e integración normativa

6.2.1. La Corte ha establecido de manera reiterada que aun cuando la acción de inconstitucionalidad es pública e informal, los demandantes tienen unas cargas mínimas que deben satisfacer para que se pueda promover el juicio dirigido a confrontar el texto de un precepto legal con la Constitución. Precisamente, el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 establece los siguientes requisitos que deben contener las demandas de inconstitucionalidad: (i) el señalamiento de las normas acusadas, bien sea a través de su transcripción literal o de la inclusión de un ejemplar de una publicación oficial de las mismas; (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideran infringidas; (iii) la exposición de las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) cuando ello resultare aplicable, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la

expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual esta Corporación es competente para conocer de la demanda.

En lo referente a las razones de inconstitucionalidad, este Tribunal ha insistido en que el demandante tiene la carga de formular un cargo concreto de naturaleza constitucional contra la disposición acusada[17]. En este contexto, en la Sentencia C-1052 de 2001[18], esta Corporación señaló que las razones presentadas por los accionantes deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

Son claras cuando existe un hilo conductor en la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se soporta. Son ciertas cuando la acusación recae sobre una proposición jurídica real y existente, y no sobre una deducida por el actor o implícita. Son específicas cuando el actor expone las razones por las cuales el precepto legal demandado vulnera la Carta Fundamental. Son pertinentes cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia. Y son suficientes cuando la acusación no sólo es formulada de manera completa sino que, además, es capaz de suscitar en el juzgador una duda razonable sobre la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

Así las cosas, antes de pronunciarse de fondo, la Corte debe verificar si el actor ha formulado materialmente un cargo, pues de no ser así existiría una ineptitud sustantiva de la demanda que, conforme con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impediría un pronunciamiento de fondo y conduciría a una decisión inhibitoria, pues este Tribunal carece de competencia para adelantar de oficio el juicio de inconstitucionalidad. Sobre este punto, en la Sentencia C-447 de 1997[19], se sostuvo que:

“Si un ciudadano demanda una norma, debe cumplir no sólo formalmente sino también materialmente estos requisitos, pues si no lo hace hay una ineptitud sustancial de la demanda que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impide que la Corte se pronuncie de fondo. En efecto, el artículo 241 de la Constitución consagra de manera expresa las funciones de la Corte, y señala que a ella le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo. Según esa norma, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el

trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra una norma legal”.

Si bien por regla general el examen sobre la aptitud de la demanda se debe realizar en la etapa de admisibilidad, el ordenamiento jurídico permite que este tipo de decisiones se adopten en la sentencia[20], teniendo en cuenta que en algunas ocasiones no es evidente el incumplimiento de las exigencias mínimas que permiten adelantar el juicio de inconstitucionalidad, lo que motiva un análisis con mayor detenimiento y profundidad por parte de la Sala Plena[21]. Por lo demás, no sobra recordar que un fallo inhibitorio, lejos de afectar la garantía de acceso a la administración justicia (CP art. 229), constituye una herramienta idónea para preservar el derecho político y fundamental que tienen los ciudadanos de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución (CP arts. 40.6 y 241), al tiempo que evita que la presunción de constitucionalidad que acompaña al ordenamiento jurídico sea objeto de reproche a partir de argumentos que no suscitan una verdadera controversia constitucional. En estos casos, como se expuso en la Sentencia C-1298 de 2001[22], lo procedente es “adoptar una decisión inhibitoria que no impide que los textos acusados puedan ser nuevamente objeto de estudio a partir de una demanda que satisfaga cabalmente las exigencias de ley”.

6.2.2. En el asunto sub-judice, como se indicó en el acápite de antecedentes, algunos intervinientes y la Vista Fiscal solicitan que se profiera un fallo inhibitorio, básicamente por considerar que no se satisfacen las cargas de especificidad y suficiencia[23], y por no integrar en debida forma la proposición jurídica completa[24]. Sobre el particular, esta Corporación considera que si bien algunos de los cargos de la demanda presentan deficiencias en su formulación que no permiten adelantar el juicio de inconstitucionalidad, existe un cargo que cumple las exigencias requeridas para tal efecto, sin perjuicio de que deba procederse a la integración normativa, como a continuación se explicará.

6.2.2.1. Inicialmente, es preciso reiterar que la carga de especificidad, en palabras de la Corte, se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la disposición acusada y los mandatos del Texto Superior presuntamente infringidos, por lo que resulta inadmisibles que se deba resolver sobre su constitucionalidad a partir de argumentos vagos, abstractos, indeterminados y

globales que no se relacionan concreta y directamente con lo que se acusa.

Por su parte, en cuanto a la carga de suficiencia, se ha dicho que la misma debe ser entendida como la necesidad de que las razones de inconstitucionalidad guarden relación con la exposición de todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche[25]. Así como con la presentación de argumentos que, aunque no logren prima facie convencer de que la norma es contraria al Texto Superior, sí generen una duda mínima sobre su constitucionalidad, de tal manera que se inicie realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y que hace necesario un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación.

6.2.2.2. Al examinar el contenido de la demanda, este Tribunal observa el argumento central de la acusación gira en torno al supuesto desconocimiento de la igualdad como principio y derecho fundamental (CP art. 13), al entender que los preceptos acusados establecen un trato discriminatorio al momento de adoptar, ya que se prefiere a los colombianos sobre los extranjeros en la asignación de una familia, sin que dicha distinción tenga un soporte objetivo y razonable, más aún cuando la nacionalidad en nada afecta la capacidad, aptitud e idoneidad del adoptante, y tampoco garantiza que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se protejan en mayor medida.

En este orden de ideas, el actor plantea la vulneración de dos preceptos superiores, por una parte, se invoca el artículo 13, en cuanto a la igualdad de trato y a la prohibición de discriminación por razones de origen nacional, en un contexto en el que también se alude a la supuesta violación de los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, referentes al derecho a la igualdad y al reconocimiento de todos los derechos y libertades “sin distinción alguna de raza, color, sexo”, origen nacional o social, etc. Y, por la otra, se apela al artículo 100, en donde se resalta como vulnerado el siguiente enunciado: “Los extranjeros disfrutaran en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los Colombianos”.

6.2.2.3. Ahora bien, la Corte ha señalado que cuando se atribuye a una norma la posible violación del principio de igualdad, no es suficiente una argumentación que se limite a afirmar que la disposición acusada establece un trato discriminatorio contrario al artículo 13

de la Carta. Al respecto, para que se estructure adecuadamente el cargo, se debe constatar que dos o más grupos de personas efectivamente están recibiendo un trato diferenciado, ya sea porque se brinda un tratamiento distinto a situaciones que deberían recibir una misma respuesta en derecho o porque la ley cuestionada da el mismo trato a quienes deberían ser objeto de un régimen diferenciado[26], con la indicación de las razones por las cuales dicha distinción se considera discriminatoria.

En consecuencia, se requiere que en el caso concreto se indique claramente (i) a quiénes se está otorgando un trato diferenciado; (ii) en qué sentido se da esa diferenciación, y (iii) con base en qué criterios se presenta la misma[27]. Una vez establecidos estos tres puntos, se examina su validez constitucional bajo los parámetros del juicio integrado de igualdad, al cual se referirá este fallo más adelante.

No obstante lo anterior, en el presente caso, la Sala constata que la demanda cumple con los requisitos mínimos antes enunciados. En efecto, (i) identifica a quiénes se les está dando supuestamente un tratamiento distinto de manera injustificada, esto es, a los extranjeros que quieren y pueden adoptar a un menor de edad en Colombia respecto de los nacionales; (ii) señala que la diferencia de trato se origina como consecuencia de la preferencia que se consagra en el precepto demandado, al momento de proceder a la asignación de una familia al niño, niña o adolescente declarado en adoptabilidad; y finalmente, (iii) establece que la distinción se da con base en el criterio de la nacionalidad, el cual origina una discriminación que se encuentra proscrita tanto en la Constitución como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Precisamente, se considera que si el propósito de la adopción es materializar el derecho del niño a tener una familia, no se observa en que afecta la nacionalidad de una persona o de una pareja la satisfacción de dicho fin, cuando lo prioritario es salvaguardar el interés superior del menor, de suerte que las únicas exigencias que se deberían valorar por las autoridades competentes, son las condiciones objetivas previstas en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006[28].

Por las razones expuestas, este Tribunal concluye que la demanda respecto de la violación del principio y derecho a la igualdad satisface los mínimos argumentativos requeridos por la Corte, más aún cuando la naturaleza participativa de la acción pública de inconstitucionalidad (CP art. 40), exige que el derecho a demandar del ciudadano no se someta a un excesivo formalismo que haga inoperante su ejercicio y que, en mayor o

menor medida, se convierta en un límite para la protección no sólo de los derechos y garantías fundamentales de las personas, sino también de la efectiva protección de un sistema jurídico fundado en el valor normativo de la Constitución. Incluso todas las intervenciones, salvo una[29], brindaron razones de fondo para impugnar o defender las normas sometidas a control, a partir del juicio de igualdad que se propone por el accionante. Por ello, en este punto y por las razones expuestas, se entiende que la demanda cumple con las cargas de suficiencia y especificidad, no sólo porque es capaz de suscitar una duda mínima de constitucionalidad sobre lo acusado, sino también porque parte de la invocación de una oposición objetiva y verificable entre ambos textos.

6.2.2.4. No ocurre lo mismo en lo que atañe a la supuesta infracción del artículo 100 del Texto Superior, pues el actor se limita a transcribir un aparte del mismo, sin especificar ni mencionar las razones por las cuáles se presenta su vulneración. Sobre el particular, en la demanda se alude al siguiente enunciado, esto es, “[l]os extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los Colombianos”, sin que se hayan dado elementos de juicio para entender cuál es el derecho civil al cual se alude, sobre todo cuando el derecho a la igualdad, como derecho fundamental, encuentra protección especial en el inciso 2º del mismo artículo, al disponer que: “(...) los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley”.

Este punto goza de especial importancia, si se observa con detenimiento el contenido integral del inciso 1º del artículo 100, al cual alude el accionante. Al respecto, la norma en cita establece que: “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”[30].

Nótese cómo, por mandato constitucional y siempre que existan razones de orden público, el legislador puede subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, predicado que no resulta aplicable respecto de los derechos fundamentales, como lo es el derecho a la igualdad, dado que ellos son inherentes a la persona humana y tienen un carácter universal[31]. Por esta razón, se ha entendido que su ámbito de protección corresponde a la previsión consagrada en el inciso 2

del artículo 100 del Texto Superior, previamente citado[32].

Por lo anterior, a pesar de que el actor no mencionó expresamente cuál es el derecho civil supuestamente comprometido con los preceptos demandados, en principio, podría estimarse que ante la imposibilidad de que las restricciones constitucionales se apliquen respecto del derecho a la igualdad, la protección que por él parecería invocarse recae sobre un supuesto derecho a adoptar de los extranjeros. Así, por ejemplo, pese a la falta de precisión del accionante, lo infiere la Vista Fiscal en su concepto.

Llegado a este punto, la Sala Plena advierte que la acusación propuesta no satisface las exigencias mínimas del juicio de inconstitucionalidad. En primer lugar, porque no se advierte la existencia de un cargo que defina con claridad la manera en que la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política, como lo exige la carga de especificidad, toda vez que la demanda se limita a la mera transcripción de un precepto superior sin brindar las razones para entender el por qué está siendo vulnerado, cuál es el derecho civil al cual se refiere y si el mismo corresponde a un supuesto derecho a adoptar.

En segundo lugar, también se incurre en un desconocimiento de las cargas de suficiencia y certeza. En cuanto a la primera, porque de estimarse que el derecho a adoptar es el derecho civil afectado, debió explicarse por el actor el motivo por el cuál a pesar de la autorización constitucional que permite subordinar o negar su ejercicio por razones de orden público (CP art. 100), dicha habilitación no resultaba aplicable al caso concreto, cuando de por medio se encuentran precisamente normas que tienen dicha condición, al regular la definición del estado civil de una persona[33]. Y, respecto de la segunda, porque como lo ha sostenido de manera reiterada la Corte, la adopción es una medida de protección encaminada a suplir, en cuanto sea posible, las relaciones de filiación de un menor que las perdido o que nunca las pudo forjar, con miras a asegurar su derecho a tener una familia. Ello significa que “la adopción no está encaminada a dar un niño a una familia sino una familia a un menor que la necesita, restableciendo con ello, en cuanto sea posible, los lazos de filiación”[34]. Por esta razón, contrario a lo que se infiere de la demanda, este Tribunal ha sido insistente en señalar que no existe como tal un derecho a adoptar[35], sin perjuicio de admitir que quienes acuden a un proceso con tal propósito, les asiste una verdadera confianza legítima, consistente en que, a menos que se presente alguna de las causales legales que permiten excluir una determinada solicitud, el trámite de

adopción debe concluir de manera normal, esto es, con la asignación del menor de edad a la familia que esté en condiciones de brindar el ambiente más propicio para su plena y adecuada formación, en respuesta al deber de preservar su interés superior[36].

Por consiguiente, no cabe adelantar un examen de fondo respecto de la supuesta vulneración del artículo 100 del Texto Superior, en la medida en que no se satisfacen las cargas de especificidad, suficiencia y certeza, como mínimos argumentativos del juicio de inconstitucionalidad. Por el contrario, es procedente el análisis propuesto por el accionante, en cuanto al supuesto desconocimiento del principio y derecho a la igualdad (CP art. 13), no sólo porque se acreditaron los requisitos básicos para tal efecto[37], sino también porque está claro que el juicio que se somete a consideración de la Corte, surge de la distinción de trato prevista entre nacionales y extranjeros en el precepto legal demandado, por virtud de la cual se alega la existencia de un tratamiento diferenciado -injustificado e inconstitucional- respecto de estos últimos, en lo que concierne a la oportunidad para ser destinatarios de la asignación de un niño, niña o adolescente sometido a un proceso de adopción[38].

Finalmente, aun cuando un interviniente[39] y la Vista Fiscal señalan que el actor omitió valorar el interés superior de los niños, como parámetro forzoso de análisis en este tipo de juicios[40], lo cierto es que dicha consideración se encuentra y subyace en el cargo propuesto, pues se afirma que la consolidación de la relación filial que surge como consecuencia de la adopción, no se ve afectada ni depende de la nacionalidad del adoptante, por lo que la procedencia y efectividad de este mecanismo de protección debe someterse exclusivamente a la verificación objetiva de la capacidad, idoneidad y aptitud del solicitante, a partir de las exigencias del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006. Para el demandante, no existe razón que justifique que las instituciones autorizadas para adelantar este proceso se inclinen por el origen nacional del adoptante, ya que la procedencia de una persona en nada perjudica ni beneficia el amparo de los derechos de los niños.

6.2.2.5. Adicional a lo anterior, algunos intervinientes consideran que la Corte debe proferir un fallo inhibitorio[41], por cuanto la demanda carecería de una proposición jurídica completa, ya que los textos acusados no tienen un sentido regulador autónomo por fuera del panorama general que se establece en la ley, e incluso en los tratados internacionales, sobre la adopción internacional.

Como previamente se mencionó, el control de constitucionalidad de las leyes es una función jurisdiccional que se activa, por regla general, a través del ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos[42], para lo cual se exige la presentación de una demanda de inconstitucionalidad[43], sin perjuicio de los casos en los que la propia Constitución impone controles automáticos, como ocurre con las leyes aprobatorias de tratados internacionales o las leyes estatutarias[44]. Por ello, en respuesta al carácter predominantemente rogado y no oficioso de este control, se reconoce que los preceptos demandados constituyen el ámbito de actuación de la Corte, sin que -en principio- su pronunciamiento pueda extenderse a otros enunciados normativos que no fueron cuestionados por el accionante.

Sin embargo, excepcionalmente este Tribunal puede disponer la ampliación del control a otros preceptos no demandados de manera expresa, en virtud de la atribución consagrada en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, según el cual: “La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.” Esta figura conocida como la integración normativa asegura, entre otros, los principios de seguridad jurídica y economía procesal, pues mantiene la uniformidad del ordenamiento jurídico y evita el desgaste de la administración de justicia con una nueva demanda que formule el mismo problema de inconstitucionalidad[45].

La excepcionalidad se explica por el carácter rogado que tiene el juicio de inconstitucionalidad por vía de acción, en el que la activación del control depende de una función asignada al ciudadano (CP arts. 40 y 241), de suerte que el ejercicio de la citada prerrogativa no puede convertirse en una regla general, pues, de hacerlo, este Tribunal estaría extendiendo de oficio su competencia a una posición de privilegio no definida por la Carta, cuyo efecto sería el de contrariar la naturaleza del modelo de control previsto en la Constitución[46]. Por esta razón, el ejercicio de esta atribución requiere, de manera forzosa e ineludible, que el actor haya efectuado un cargo de inconstitucionalidad verificable respecto de los contenidos con los cuales se realiza la integración normativa[47], pues precisamente la actuación de la Corte no es la de suplir la exigencia de la activación ciudadana, sino la de garantizar a partir de la debida formulación de un cargo, el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial, en aplicación del principio pro actione.

Ahora bien, como ha sido resaltado por la Corte, la integración normativa admite dos modalidades[48]. Una dirigida a completar el sentido de la disposición acusada con otros enunciados normativos inescindiblemente relacionados con ella, con miras a asegurar que el control recaiga sobre un precepto con un alcance regulador autónomo e inteligible. Y otra prevista para extender el efecto de la decisión a otras disposiciones de igual o similar contenido normativo, en los que la integración busca preservar el principio de supremacía constitucional, garantizar la seguridad jurídica y, en ciertos casos, evitar que el fallo prive de sentido al texto legal acusado. La primera modalidad conduce a consolidar la proposición jurídica completa; mientras que, la segunda, corresponde al fenómeno de la unidad normativa.

Esta última, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, tiene lugar (i) en aquellas circunstancias en las cuales el precepto acusado se encuentra reproducido en otras disposiciones que no fueron objeto de demanda; o (ii) cuando la disposición cuestionada está inserta en un sistema normativo que, a primera vista, genera serias dudas de constitucionalidad; o (iii) cuando el precepto demandado no tiene un contenido claro o unívoco, de manera que, para entenderlo y aplicarlo, resulte absolutamente imprescindible integrar su contenido con el de otra disposición que no fue acusada[49].

6.2.2.6. En el asunto bajo examen, se demanda la inconstitucionalidad del artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, en los apartes que se resaltan y subrayan, a saber:

“Artículo 71.- Prelación para adoptantes colombianos. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por éste para adelantar el programa de adopción, preferirán, en igualdad de condiciones, las solicitudes presentadas por los y las colombianas, cuando llenen los requisitos establecidos en el presente Código. Si hay una familia colombiana residente en el país o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la familia colombiana, y si hay dos familias extranjeras una de un país no adherido a la Convención de La Haya o a otro convenio de carácter bilateral o multilateral en el mismo sentido y otra sí, se privilegiará aquella del país firmante del convenio respectivo.”

Bajo la consideración de que el cargo formulado por el desconocimiento del principio y derecho a la igualdad satisface los mínimos requeridos en el Decreto 2067 de 1991 y en la jurisprudencia de esta Corporación, se observa que es preciso integrar la proposición

jurídica completa, pues las expresiones acusadas carecen de un sentido regulador propio y autónomo, por fuera del enunciado normativo del cual forman parte, esto es, de la habilitación que se realiza para adelantar el programa de adopción, tanto al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como a las instituciones autorizadas por éste. En efecto, es en desarrollo de dicho programa, el cual se define como “el conjunto de actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia”[50], en donde se preferirán las solicitudes formuladas por los colombianos frente a aquellas que se presentan por los extranjeros, supuesto que origina el presente juicio de inconstitucionalidad. Por lo demás, obsérvese que, de procederse al análisis de la demanda sin la integración dispuesta en esta sentencia, y en caso de retirarse del ordenamiento jurídico los apartes demandados, la parte inicial del artículo 71 quedaría sin sentido[51], hipótesis que refuerza la necesidad de que el texto cuestionado se examine de manera completa, para entender ante quiénes, cómo y en dónde opera la prelación cuestionada por el actor. No ocurre lo mismo con la parte final del precepto en mención, pues allí lo que se consagra es una regla de prelación entre extranjeros a partir de la suscripción del Convenio de la Haya de 1993[52] o de otro convenio bilateral o multilateral que regule la figura de la adopción, aspecto sobre el cual no se formuló cargo alguno y su lectura tiene un sentido independiente e inteligible respecto del resto del texto cuestionado.

6.2.2.7. Más allá de lo anterior, y en lo que se relaciona con la solicitud de decretar la unidad normativa, este Tribunal encuentra que resulta procedente respecto de un aparte del artículo 73 de la Ley 1098 de 2006, en el que se regula precisamente el programa de adopción[53]. Particularmente, en el inciso 3 se destaca que la prelación tendrá lugar al momento de la asignación de la familia, circunstancia que demuestra que la disposición demandada, en cuanto a su entendimiento y aplicación, se sujeta a lo señalado en la norma en cita, pues la interrelación de ambos preceptos permite verificar de manera clara, puntual y concreta, cuál es la instancia precisa en que efectivamente tiene lugar la preferencia cuestionada en términos de igualdad. Textualmente, el aparte en mención dispone que: “(...) En la asignación de familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este Código.”[54]

Como se observa de lo expuesto, y teniendo en cuenta los supuestos que permiten su procedencia, la unidad normativa se explica en la medida en que el precepto legal

demandado adquiere un carácter claro y unívoco, a partir del contenido previamente señalado del artículo 73, ya que éste es el que define el momento preciso en el que ocurre la prelación que se demanda[55]. Por fuera de lo anterior, no se advierte que sea necesaria una integración normativa con el artículo 72[56] y con el resto de expresiones normativas consagradas en el artículo 73. En cuanto al primero, porque se trata de una regulación autónoma que se refiere al marco normativo de aplicación de la adopción internacional, y al régimen de autorización de los organismos acreditados y las agencias internacionales que pueden participar de dicho proceso. No se dispone directamente, como se observa de su tenor normativo, referencia alguna que impacte o permita entender el régimen de aplicación de la preferencia cuestionada. Y, en lo referente al segundo, porque se consagran los preceptos básicos que permiten el desarrollo del programa de adopción, cuyas normas – pese a su relación amplia y general con la materia objeto de controversia – no están estrecha y directamente vinculadas entre sí, en aquello que suscita el presente debate constitucional, por lo que pueden ser aplicadas de forma autónoma e independiente.

6.2.2.8. En consecuencia, y de acuerdo con las consideraciones expuestas, se adelantará exclusivamente un juicio de igualdad, cuyo alcance tendrá como objeto los siguientes preceptos normativos, en los apartes que subrayan:

“Artículo 71.- Praelación para adoptantes colombianos. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por éste para adelantar el programa de adopción, preferirán, en igualdad de condiciones, las solicitudes presentadas por los y las colombianas, cuando llenen los requisitos establecidos en el presente Código. Si hay una familia colombiana residente en el país o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la familia colombiana, y si hay dos familias extranjeras una de un país no adherido a la Convención de La Haya o a otro convenio de carácter bilateral o multilateral en el mismo sentido y otra sí, se privilegiará aquella del país firmante del convenio respectivo.”

“Artículo 73.- Programa de adopción. (...) En la asignación de familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este Código. (...)”

Visto lo anterior, se procederá a plantear el problema jurídico, a desarrollar las consideraciones generales que permitan resolverlo y dar una respuesta específica en

cuanto al debate constitucional planteado.

6.3. Del problema jurídico y del esquema de resolución

6.3.1. De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a la Corte establecer si la prelación que se otorga a las solicitudes de adopción presentadas por los colombianos sobre los extranjeros, en los apartes cuestionados de los artículos 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006, suponen un desconocimiento del principio y derecho a la igualdad, por incurrir en un supuesto trato discriminatorio que sustenta en el criterio de la nacionalidad (CP art. 13).

6.3.2. Con miras a resolver el problema planteado, este Tribunal inicialmente reiterará (i) la jurisprudencia sobre el juicio integrado de igualdad; luego de lo cual realizará (ii) una descripción sobre la figura de la adopción, incluyendo aspectos relacionados con su naturaleza jurídica, sus objetivos y la tipología que surge en razón del origen de la solicitud. Una vez hayan sido expuestos los anteriores elementos, (iii) se concluirá con la resolución del caso concreto.

6.4. De la igualdad como valor, principio y derecho

6.4.1. Como lo ha reseñado la jurisprudencia de la Corte, la igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho[57]. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines o propósitos, cuya realización es exigible a todas las autoridades públicas y en especial al legislador, en el desarrollo de su labor de concreción de los textos constitucionales. En su rol de principio, se ha considerado como un mandato de optimización que establece un deber ser específico, que admite su incorporación en reglas concretas derivadas del ejercicio de la función legislativa o que habilita su uso como herramienta general en la resolución de controversias sometidas a la decisión de los jueces. Finalmente, en tanto derecho, la igualdad se manifiesta en una potestad o facultad subjetiva que impone deberes de abstención como la prohibición de la discriminación, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de tratos favorables para grupos puestos en situación de debilidad manifiesta.

A pesar de lo anterior, como ha sido resaltado por este Tribunal, la igualdad carece de un contenido material específico, es decir, “a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado”[58]. De ahí surge uno de los principales atributos que la identifica como lo es su carácter relacional.

6.4.2. En todo caso, vista la igualdad como principio, su contenido puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no sólo a uno o alguno de ellos. Esta circunstancia, en lo que corresponde a la igualdad de trato, comporta el surgimiento de dos mandatos específicos, cuyo origen responde al deber ser que le es inherente, esto es, (i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes[59].

Los antedichos mandatos, conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar en cuatro reglas: (i) la de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras[60].

Por último, en atención a su carácter relacional, el análisis de la igualdad da lugar a un juicio tripartito, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del supuesto o régimen jurídico respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del principio de igualdad. Por ello, ante la dificultad de este examen, la Corte suele emplear herramientas metodológicas como el juicio integrado de igualdad[61].

6.5. Del juicio integrado de igualdad: etapas de su análisis y modalidades del test de igualdad según su grado de intensidad

6.5.1. Como recientemente lo recordó este Tribunal[62], la jurisprudencia ha analizado extensamente la forma en que debe realizarse el análisis de constitucionalidad de una norma en virtud del supuesto desconocimiento del principio de igualdad. Así ha acudido al

denominado test o juicio de proporcionalidad, frecuentemente utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y algunos tribunales constitucionales europeos; y al test de igualdad desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.

En el primero, el juez estudia, en un primer momento, “la idoneidad de la medida; posteriormente analiza si el trato diferenciado es necesario, es decir, si existe una medida menos lesiva que logre alcanzar el fin propuesto; y, finalmente, el juez realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido con el fin de determinar si la medida adoptada sacrifica valores y principios constitucionales de mayor envergadura que los protegidos con el fin propuesto”[63]. En el segundo, el control se realiza a través de distintos niveles de intensidad: débil, intermedio y estricto. Dicha diferencia es importante, toda vez que brinda al juez el espectro para el análisis de constitucionalidad. Así, “en aquellos casos en que el test es estricto, el trato diferente debe ser necesario para alcanzar un objetivo constitucionalmente aceptable. Por otro lado, en los casos de tests flexibles, la medida sólo debe ser potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no riña con la Carta Política”[64].

Este Tribunal ha identificado las ventajas y debilidades de ambos modelos, y ha concluido que la aproximación más razonable es aquella de carácter integrador, que adapte las fortalezas de ambos métodos. En este sentido, “ha adoptado el criterio del juicio integrado de igualdad, el cual está compuesto por los pasos del juicio de proporcionalidad, a saber, el análisis de adecuación, idoneidad y proporcionalidad de la medida. Sin embargo, ha utilizado los criterios brindados por el test de igualdad estadounidense, con el fin de realizar un análisis de igualdad de diferente intensidad, dependiendo de si se está ante el caso de un test estricto, intermedio o flexible”[65].

6.5.2. El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten

comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política[66]. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios[67], los cuales se explicarán a continuación.

6.5.3. La regla consiste en reconocer que al momento de ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último “adecuado para lograr el primero, valga decir, verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero”[68].

Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones, por una parte, se encuentra el principio democrático, que obliga a darle un peso importante a la labor de creación del legislador, pues debe permitirse un margen considerable de valoración sobre los asuntos objeto de regulación, a partir de la búsqueda de propósitos que se ajusten a los mandatos de la Carta; y por la otra, la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas, lo que se traduce en que no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio. Por ello, la Corte ha reiterado que “la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio”, al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida. El test leve busca entonces evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, medidas que no tengan un mínimo de racionalidad.

Este test ha sido aplicado en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecia prima facie una amenaza frente al derecho sometido a controversia.

6.5.4. La aplicación de un test estricto, como la más significativa excepción a la regla, tiene aplicación cuando está de por medio el uso de un criterio sospechoso, a los cuales alude el artículo 13 de la Constitución, o cuando la medida recae en personas que están en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenecen a grupos marginados o discriminados. También se ha utilizado cuando la diferenciación afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho fundamental.

Este test ha sido categorizado como el más exigente, ya que busca establecer “si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo”. Este test incluye un cuarto aspecto de análisis, referente a “si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales”[69].

6.5.5. Entre los extremos del test leve y del test estricto, se ha identificado el test intermedio, que se aplica por este Tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental, cuando existe un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia económica o en aquellos casos en que la medida podría resultar “potencialmente discriminatoria”[70] en relación con alguno de los sujetos comparados, lo que incluye el uso de las acciones afirmativas. Este test examina que el fin sea legítimo e importante, “porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver”[71], y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

A partir de los elementos descritos, la Corte se detendrá en el análisis de la institución de la adopción, para luego examinar el caso concreto.

6.6. De la adopción: naturaleza jurídica, objetivos y tipología que surge en razón del origen de la solicitud

6.6.1. Son varios los textos constitucionales que se refieren a la familia y que le otorgan el carácter de institución básica de la sociedad[72], entre ellos se destaca el artículo 44 Superior, en el que se consagra el derecho fundamental de los niños “a tener una familia y no ser separados de ella”. Esta regla, que ha sido expresamente reconocida por el derecho internacional[73], también se encuentra prevista en el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006, según el cual “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno

de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella”. Bajo esta consideración, y a partir de un criterio eminentemente restrictivo, se afirma que los menores sólo podrán ser separados de su familia, cuando ésta no garantice “las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos”[74].

Las consideraciones previamente señaladas permiten resaltar el rol que cumple el derecho a tener una familia, cuya significación radica en que su garantía se convierte en una condición necesaria para materializar otros derechos fundamentales protegidos por la Carta, como lo son la integridad, la salud, la educación y el cuidado[75], pues es claro que la condición de miembro de una unidad familiar impone a quienes la integran un conjunto de deberes y obligaciones, especialmente frente a los menores de edad, cuyo fin primordial se encuentra en proveer los cuidados y la atención básica que permita garantizar su desarrollo integral[76].

Por ello, cuando un niño no tiene una familia que lo asista, ya sea por el abandono de sus padres biológicos o por cualquier otra causa, y los demás familiares directos incumplen sus deberes de asistencia y socorro[77], “es el Estado quien debe ejercer la defensa de sus derechos al igual que su cuidado y protección”[78]. No obstante, la intervención estatal se somete a un claro criterio de subsidiaridad, por lo que se impone previamente el deber de agotar todas las medidas posibles para garantizar su permanencia con la familia biológica o la familia extendida[79]. Este requerimiento se explica por la consagración de una especie de presunción a favor de la familia biológica, incluida en varias disposiciones internacionales[80], en las que se entiende que dicho tipo de familia, en principio y sin excluir las otras[81], es la que mejor se encuentra ubicada para efectos de brindar el cuidado y afecto que el niño necesita, en razón del estrecho vínculo filial que existe.

6.6.2. En este escenario, el ordenamiento jurídico consagra la figura de la adopción, como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior de los niños, niñas y adolescentes cuya familia no les provea las condiciones necesarias para su desarrollo, ya sea porque nunca se ha establecido una relación filial o la misma se perdió por causas naturales, o porque se extinguió el vínculo original como consecuencia de la dimisión del padre o madre[82], o porque se profiere un acto estatal definitivo que termina el parentesco mediante una declaratoria de adoptabilidad[83].

En cualquiera de las hipótesis expuestas, el interés superior de los niños se concreta en brindarle al menor expósito o en situación de abandono, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella[84]. Por esta razón, la Corte ha reiterado que la adopción “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.”[85]

Precisamente, el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, consagra que 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”. Se trata entonces de una institución que tiene como objetivo fundamental sustituir las relaciones filiales naturales, a través del deber estatal de darle una familia permanente a un niño, en aquellos casos en que existe una hipótesis de carencia, sin importar cuál fuere la causa de su origen. En este contexto, según se dispone en el artículo 64 de la misma ley, el efecto principal que surge de la adopción, es el de dar lugar a la adquisición de los derechos y obligaciones que emanan de la relación filial, así como el de poner fin al vínculo existente con la familia biológica y extinguir de forma definitiva el parentesco de consanguinidad[86].

6.6.3. Ahora bien, si bien es cierto que la adopción crea entre los adoptantes y el adoptado un nuevo vínculo filial, también lo es –como ya se manifestó en esta providencia– que su ámbito regulatorio no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo, sino que, por el contrario, el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia. Bajo esta consideración, la Corte ha señalado que el proceso de adopción –como un todo– debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del niño, niña o adolescente[87].

Lo anterior significa que en la definición de las familias que le ayudan al Estado a establecer un entorno favorable para forjar una nueva relación filial, le asiste al legislativo un amplio margen de configuración normativa, sujeto a los límites ordinarios previstos en la Constitución, así como a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pero sobre todo a la guarda del interés superior, como consideración primordial que debe guiar cualquier decisión que impacte en la vida de los niños, niñas y adolescentes. Así lo consagra expresamente el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al

cual: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o legislativas, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Como consecuencia de esta atribución, el Congreso de la República puede definir las condiciones y requisitos para adoptar y las exigencias que se deben acreditar por cada una de las estructuras familiares habilitadas para tal efecto, previendo la consagración de reglas en las que se tengan en cuenta, entre otros, factores relacionados con la diferencia de edad entre el adoptado y sus adoptantes, la permanencia del primero o de los segundos a grupos étnicos especialmente protegidos, e incluso la residencia en la que tendrá asiento la nueva familia. Lo anterior se infiere de la siguiente habilitación general de competencia que ha sido admitida por la Corte, conforme a la cual:

“[E]s el Congreso de la República, foro democrático y deliberativo por excelencia, el primer llamado a definir cuáles son los sujetos habilitados y los requisitos que una familia debe acreditar para recibir a un niño en situación de adoptabilidad, de manera que le asegure un entorno favorable donde se forje una nueva relación filial, sólida y estable que trasciende del mero cuidado y socorro, porque de otro modo cualquier persona que con fines altruistas brindara apoyo a un menor estaría por ese solo hecho habilitada construir un vínculo de filiación. (...)”[88].

Ahora bien, y no sobra reiterar, esta potestad de configuración de la cual goza el legislador para regular la adopción y fijar los requisitos y condiciones para participar en un proceso dirigido a establecer las relaciones de filiación que el menor perdió o nunca alcanzó a forjar, en todo caso, se encuentra sujeta a los límites que la Constitución le impone, entre ellos, en caso de consagrar un trato diferencial, el deber de acoger criterios que sean objetivos y razonables, a partir de la consideración del interés superior del niño, como se admitió recientemente en la Sentencia C-071 de 2015[89].

6.6.4. Desde el punto de vista legal, la autoridad central en la materia es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quien se reserva la posibilidad de desarrollar programas de adopción y autorizar a ciertas instituciones para llevarlos a cabo[90]. Por regla general, sólo pueden adoptarse menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus

padres[91].

Los requisitos generales para adoptar se concretan en tener más de 25 años y una diferencia de al menos 15 años con el adoptable, además de garantizar una plena idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y establece al niño[92]. En cuanto a los adoptantes, se destacan varias posibilidades: (i) la adopción individual o monoparental, cuando el adoptante es una sola persona, por ejemplo, las personas solteras o el guardador del pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; (ii) la adopción conjunta, ejercida por cónyuges, compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, o las parejas del mismo sexo que conforman una familia, como lo dispuso este Tribunal en la Sentencia C-683 de 2015[93]; y (iii) la adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o compañero o compañera permanente, con la anuencia de éste[94].

La función de declarar la situación de adoptabilidad de los menores y de autorizar la adopción en los casos previstos en la ley se asigna al Defensor de Familia[95]. Aunado a lo anterior, se atribuye a los jueces de familia la competencia para conocer de los procesos de adopción[96], incluyendo la sujeción a algunas reglas especiales previstas en el Código de la Infancia y la Adolescencia[97]. En el proceso de adopción se prohíbe el pago de cualquier expensa por su trámite[98], se dispone la reserva documental[99] y se consagra el derecho del adoptado de conocer su origen familiar. En cuanto a este último, se establece que: “(...) todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar. Los padres juzgaran el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información”.

Finalmente, la adopción tiene un carácter irrevocable y en su trámite deberá tenerse en cuenta –en la medida en que ello sea posible– la opinión del menor, conforme se dispone en el artículo 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño[100].

6.6.5. Un elemento importante que incorpora la ley, es la distinción que se plantea en las modalidades de adopción a partir del origen del solicitante. En efecto, uno es el trámite que se sigue para las adopciones nacionales y otro para las adopciones internacionales, a pesar de que ambas confluyen en la etapa de asignación.

Esta distinción tiene su origen en los artículos 71 a 73 de la Ley 1098 de 2006, en la que se alude a que las adopciones internacionales, además de las disposiciones del derecho interno, se regirán por los tratados y convenios internacionales ratificados sobre la materia, en especial, el Convenio de la Haya de 1993, relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional[101]. El citado Convenio consagra normas especiales dirigidas a garantizar la idoneidad del adoptante, sin perjuicio de admitir que por fuera del mismo también son válidas las adopciones internacionales. En consecuencia, obsérvese cómo, un aspecto trascendente de la diferenciación propuesta, es que las adopciones nacionales tan sólo se rigen por el derecho interno.

Siguiendo lo prescrito en el Convenio de la Haya, se considera que una adopción es nacional, cuando la solicitud se propone por personas o familias colombianas o extranjeras residentes en el país; mientras que, por el contrario, se está en presencia de una adopción internacional, en aquellos casos en que el o los solicitante(s) no son residentes de Colombia. Como se observa el criterio determinante es la residencia, pues de ello depende básicamente la forma como se examina la idoneidad o aptitud de quien ingresa a un proceso de adopción[102].

El marco procedimental de ambas modalidades se encuentra actualmente previsto en la Resolución No. 3748 de 2010 del ICBF, “por el cual se expide el lineamiento técnico para adopciones en Colombia”. Sobre su alcance, en esta sentencia simplemente se destacarán de manera breve sus principales diferencias.

- En el caso de las adopciones nacionales, el o los interesado(s) deben escoger realizar el proceso de adopción en el ICBF o en las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción (IAPAS), sin que se puedan adelantar dos trámites simultáneamente. Para el efecto se deberá radicar la documentación requerida, luego de lo cual se procederá al análisis de dicha información por parte de la Defensoría de Familia en el ICBF, o por el Secretario del Comité de Adopciones junto con su equipo psicosocial, en tratándose de las IAPAS.

Si los documentos cumplen los requisitos de ley, los solicitantes tendrán que participar en dos talleres para evaluar su idoneidad, este proceso tiene una duración aproximada de un mes[103]. Si una vez concluida dicha etapa, se mantiene el interés en adoptar, el equipo

psicosocial citará a dos entrevistas individuales y una en pareja, en las que principalmente se examinará la idoneidad mental y social de los solicitantes. El proceso continúa con pruebas psicológicas y una visita domiciliaria, en donde se contará con la participación de la familia extendida y personas cercanas a los solicitantes, con el “ánimo de conocer el punto de vista (...), compromiso, apoyo e inquietudes frente al proyecto adoptivo y verificar las condiciones locativas en donde ha de vivir el niño, niña o adolescente y su entorno social”[104].

Una vez finalizada la visita domiciliaria, tanto el psicólogo como el trabajador social se reunirán y formarán un equipo técnico, con el fin de emitir el concepto de idoneidad del adoptante; luego de lo cual la documentación completa es enviada al Comité de Adopciones, quien procederá a avalar o rechazar el informe entregado, en este último caso cabe la interposición de recursos de reposición y apelación.

En evento de existir un concepto aprobatorio, el Comité concluye con el reconocimiento de que el solicitante ha sido seleccionado para “la asignación de un niño, niña o adolescente de una edad y características determinadas”[105] y expide el certificado de idoneidad física, mental, social y moral los adoptantes. Lo anterior permite que ingresen a la lista de espera para recibir la asignación, la cual se conforma en estricto orden de aprobación.

- En cuanto a las adopciones internacionales, el o los interesado(s) deben verificar si el país donde residen forma o no parte del Convenio de la Haya. En caso favorable, y luego de identificar a la autoridad central en materia de adopciones del país receptor, les corresponde seguir los pasos establecidos por dicha autoridad, tanto para la realización de los estudios como para la entrega del certificado de idoneidad. En caso de no tener esta opción, la solicitud deberá ser tramitada por la autoridad central, pero los documentos serán enviados al ICBF o las IAPAS. Independientemente de la vía a la cual se acuda, existe la posibilidad de revisar la información y de oponerse a la idoneidad certificada por el Estado receptor, decisiones respecto de las cuales caben recursos por la vía administrativa.

De no observarse problema alguno y una vez legalizados todos los documentos, el Comité de Adopciones refrendará la solicitud de idoneidad y los solicitantes ingresarán a la lista de espera.

6.6.6. Sin importar el origen de la solicitud, se constata que ambas concluyen con la incorporación de los interesados en la lista de espera. Según informa el ICBF[106], para efectos de dar aplicación a lo contemplado en el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, precepto demandado en el que se estipula la prelación para los adoptantes colombianos, se constituyen dos listas separadas: una para las solicitudes de familias colombianas y otra para las que provienen de familias extranjeras. En esta etapa del proceso, como se deriva de lo expuesto, el criterio determinante es la nacionalidad y no la residencia del solicitante.

Si bien se admiten peticiones de adopción individuales o monoparentales, para efectos determinar en qué casos se está en presencia de una familia colombiana, se procede a verificar que al menos uno de sus miembros tenga la nacionalidad, independientemente del lugar de su residencia[107].

Como la instancia siguiente del proceso de adopción es la asignación de familia al niño, niña o adolescente, el lineamiento técnico dispone de un sistema de articulación de las listas, en el que se toman en consideración las solicitudes más antiguas (según la fecha en que fue aprobado o refrendado el informe de idoneidad). Se procurará en la medida de lo posible presentar al menos tres opciones diferentes al Comité de Adopciones del ICBF o de las IAPAS por cada niño, niña o adolescente, para lo cual se prevén mecanismos de coordinación a partir del ingreso de información al Sistema de Información Misional (SIM)[108].

Para efectos de definir a qué solicitud se asigna el menor de edad, se observan dos criterios. El primero implica verificar que se garantice el interés superior del niño, por lo que “se analizarán las características y necesidades que presente (...), así como las herramientas personales y externas con que cuentan los solicitantes para atenderlas y satisfacerlas de manera integral”[109]; mientras que, el segundo, supone que en igualdad de condiciones, debe darse prelación a los solicitantes colombianos sobre los extranjeros.

Del resumen realizado se encuentra que si bien existen trámites distintos para llegar a la instancia de asignación, es en este momento en el que efectiva-mente se dispone la aplicación del criterio cuestionado, como de forma expresa lo dispone el inciso 3 del artículo 73 de la Ley 1098 de 2006[110]. Ahora bien, no se trata de un precepto absoluto ni

dominante, en cuanto para su aplicación se exige la existencia de una “igualdad de condiciones”, en cuyo examen se prioriza el interés superior del menor y, por ende, “que el perfil del/los solicitantes se ajusten a las necesidades de los niños, niñas o adolescentes presentados al Comité de Adopciones”[111]. Incluso si ninguna solicitud responde a las necesidades y características que presenta el niño, se deberá presentar una nueva relación de aspirantes, según el orden de la lista de espera[112]. El o los peticionario(s) que no resulten favorecidos continuarán en la citada lista, la cual no pierde vigencia.

Cualquiera sea el procedimiento de adopción, es preciso que una vez aceptada una postulación y asignada la familia, se proceda a un primer encuentro entre los sujetos involucrados (adoptado y adoptantes). Sólo en el caso en que este resulte exitoso se expide un certificado de integración, con el cual se inicia el respectivo trámite ante el juez de familia, cuyo procedimiento concluirá con la expedición de una sentencia de adopción, con la cual, como ya se dijo, se “establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza”[113].

Con sujeción a los argumentos expuestos y teniendo en cuenta la limitación que se realizó respecto de la materia objeto de control en el acápite 6.2 de esta providencia, se procederá al examen del caso en concreto.

6.7. Del examen del caso concreto

6.7.1. Como se expuso en el acápite de antecedentes y luego de pronunciarse sobre la aptitud del cargo, en el presente caso, el examen de inconstitucionalidad propuesto por la accionante se limita a establecer si la prelación que se otorga a las solicitudes de adopción presentadas por los colombianos sobre los extranjeros, en los apartes cuestionados de los artículos 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006, suponen un desconocimiento del principio y derecho a la igualdad, por incurrir en un supuesto trato discriminatorio que sustenta en el criterio de la nacionalidad (CP art. 13).

6.7.2. Antes de proceder al examen de fondo propuesto, es preciso señalar que la mayoría de los intervinientes solicitan la declaratoria de constitucionalidad de los preceptos demandados[115], con la aclaración de que sólo uno de ellos pide su inexecutableidad.

Para los primeros, la norma se ajusta a la Constitución, con fundamento en las siguientes

razones: (i) las disposiciones cuestionadas no excluyen a los extranjeros de la posibilidad de solicitar la adopción en Colombia, limitándose a consagrar una regla de preferencia; (ii) el objetivo de dicha distinción responde al interés superior de los niños, en cuyo desarrollo debe privilegiarse la preservación de su origen étnico, cultural y lingüístico; (iii) por lo general, la adopción de extranjeros corresponde a la modalidad de adopción internacional, cuyo trámite se sujeta al principio de subsidiaridad, por el cual se prefiere la asignación de un menor de edad al ámbito local, después al nacional y por último al internacional; (iv) dicha preferencia supone siempre una igualdad de condiciones, lo que excluye su arbitrariedad, pues deben examinarse las características y necesidades del niño; (v) la primacía de la adopción por nacionales también disminuye las consecuencias psicológicas y de comportamiento que envuelve el proceso de adopción, ya que preserva una identidad cultural que disminuye el impacto que sufre el menor durante su trámite; y finalmente, (vi) la tendencia a la preservación del niño, niña o adolescente en el Estado de origen disminuye los riesgos asociados con factores de seguridad.

A diferencia de lo expuesto, el interviniente que solicita la declaratoria de inexecutable de las normas acusadas[116], expone los siguientes argumentos: (i) la adopción internacional es una forma de protección del niño, cuyo fin último es salvaguardar su interés prioritario; (ii) si bien el Estado debe revisar las opciones internas disponibles para cada caso, no resulta admisible que siempre se dé prevalencia a los nacionales, por ejemplo, en los casos de niños que requieren cuidados especiales; (iii) la prevalencia no debe basarse en el origen nacional de una persona, sino en los comportamientos parentales y en la forma en que incluyen en el desarrollo del menor de edad. De esta manera, a juicio del interviniente, se detecta un cierto estereotipo o discriminación en la norma contrario al derecho a la igualdad, cuando se profiere a un nacional no residente sobre un extranjero que sí vive en el territorio nacional.

Por último, en criterio de la Vista Fiscal, los preceptos acusados deben ser declarados exequibles, básicamente porque además de las mismas razones formuladas por los intervinientes, la conservación del menor en el Estado de origen aumenta las oportunidades de acción de las autoridades en el proceso de seguimiento.

6.7.3. Antes de determinar el test de igualdad que se debe aplicar al presente caso, es preciso señalar dos aspectos importantes que se derivan de los preceptos objeto de

control. Por una parte, la expresión frente a la cual se decretó la unidad normativa, esto es, la prevista en el artículo 73 de la Ley 1098 de 2006, es clara en señalar que la prelación únicamente tiene lugar al momento de la asignación de familia al niño, niña o adolescente[117], por lo que en las etapas anteriores no existe una diferenciación para los extranjeros, más allá del sometimiento a las reglas previstas para cada modalidad de adopción, según se explicó con anterioridad[118].

Y, por la otra, la lectura del artículo 71 envuelve un mandato general y uno específico de aplicación de la preferencia. Así, en primer lugar, resalta que los Comités de Adopción, en igualdad de condiciones, y una vez satisfechos los requisitos previstos en la ley, deben preferir las solicitudes presentadas por los y las colombianas[119]. En segundo lugar, y para efectos de delimitar el alcance del criterio de nacionalidad, se precisa que: “Si hay una familia colombiana residente en el país o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la colombiana”. Obsérvese cómo, no se trata de una preferencia relacionada con la residencia del solicitante (Estado de origen vs Estado de recepción), sino exclusivamente con la nacionalidad de uno de los solicitantes, como lo precisó el ICBF ante este Tribunal, cuando señaló que para efectos de la aplicación de lo allí previsto, se entiende por familia colombiana aquella en la que al menos uno de sus miembros tiene la nacionalidad, “independiente-mente del lugar de su residencia”[120].

6.7.4. Teniendo en cuenta lo previsto en el acápite 6.5.2 de esta providencia, el primer elemento que debe ser objeto de análisis en el juicio integrado de igualdad es si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. Esto implica establecer el criterio de comparación o *tertium comparationis*. En el asunto sub-judice, la Sala Plena advierte que el mismo se encuentra en que tanto la familia nacional como la familia extranjera están en posición de adoptar y tienen una misma vocación dirigida a satisfacer el derecho del menor a tener una familia, por lo que se trata de sujetos que, en este punto, tienen una naturaleza similar. De esta manera, es preciso determinar si deben recibir un trato paritario o semejante, en caso de que sus similitudes sean más relevantes que sus diferencias o si, por el contrario, cabe otorgar un trato diferente, por el hecho de que las segundas resultan más relevantes que las primeras.

En segundo lugar, y en desarrollo de lo expuesto, se observa que el análisis que se propone

sitúa a dos sujetos que si bien tienen la vocación de adoptar, circunstancia por la cual podría presentarse una relación de similitud que daría lugar a exigir un trato semejante, también tienen diferencias originadas en el criterio mismo que conduce a su distinción, esto es, la nacionalidad. Lo anterior implica que son sujetos comparables, más aún cuando el origen que justifica su distinción es el uso de un criterio que cabe dentro de la categoría de sospecho, en los términos del artículo 13 del Texto Superior. En efecto, como lo expone el accionante, podría considerarse –en principio– que si el propósito de la adopción es materializar el derecho de un niño a tener una familia, la nacionalidad de una persona o de una pareja sería indiferente para tal fin.

En tercer lugar, y una vez establecido el patrón de comparación, le compete a esta Corporación examinar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, esto es, si la situación objeto de análisis permite o no un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en el Texto Superior. Para el efecto, le compete a esta Sala determinar el nivel de intensidad con el que se debe abordar el juicio de igualdad, con la finalidad de valorar los motivos y razones que explican la prevalencia demandada y la finalidad que con ella se busca.

6.7.5. Un examen inicial conduciría a señalar que existe al menos un elemento de análisis que permitiría inferir la necesidad de adelantar un test estricto de igualdad, ya que los preceptos acusados hacen uso de un criterio sospecho de diferenciación, al cual alude el artículo 13 de la Constitución, como lo es el origen nacional. No obstante, en varias sentencias[121], este Tribunal ha señalado que el derecho a la igualdad no opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros, pues es el propio Texto Superior el que atenúa la fuerza normativa de la expresión “origen nacional”, cuando autoriza la limitación o supresión de algunos derechos y garantías para los extranjeros, conforme se consagra en el artículo 100 de la Carta[122]. En este orden de ideas, en la Sentencia C-768 de 1998[123], se manifestó que:

“El artículo 13 consagra la obligación del Estado de tratar a todos en igualdad de condiciones. Obviamente, esta norma no significa que no se puedan formular diferenciaciones en el momento de regular los distintos ámbitos en los que se desarrolla la convivencia, sino que opera a la manera de un principio general de acción del Estado, que implica que siempre debe existir una justificación razonable para el establecimiento de

tratos diferenciados.

Al mismo tiempo, el primer inciso señala cuáles son los criterios que, en principio, son inaceptables para el establecimiento de diferenciaciones. (...) Entre los criterios sospechosos mencionados en el inciso 1° del artículo 13 se encuentra el del origen nacional. Este criterio también hace relación a los extranjeros. Sin embargo, con respecto a este grupo de personas debe aclararse que el artículo 100 de la Constitución autoriza la limitación o supresión de algunos de sus derechos y garantías. Es así como la mencionada norma permite la restricción o denegación de algunos de sus derechos civiles, siempre y cuando medien razones de orden público. Asimismo, el artículo señala que la Constitución y la ley podrán limitar el ejercicio por parte de los extranjeros de las garantías concedidas a los nacionales e, igualmente, precisa que los derechos políticos se reservan a los nacionales, aun cuando se admite que la ley podrá autorizar la participación de los extranjeros residentes en Colombia en las elecciones del orden municipal o distrital. Es decir, el mismo artículo 100 de la Constitución atenúa la fuerza de la expresión 'origen nacional' contenida en el artículo 13, cuando ella se aplica a las situaciones en que estén involucrados los extranjeros.

De lo anterior se colige que no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros. Ello implica que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar en primera instancia cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales. Por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar.”[124]

Por virtud de lo anterior, es claro que la armonización de los mandatos de la Carta permite inferir que aun cuando prima facie pueda exigirse una relación de igualdad entre los nacionales y extranjeros, al disponer el artículo 13 que todas las personas tienen derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades; ello no significa que el legislador esté impedido para establecer un determinado trato diferencial entre dichos sujetos, conforme se deriva del artículo 100 de la Constitución, si existen razones constitucionales

legítimas que así lo justifiquen. Esto implica que quedan prohibidas las distinciones que únicamente se sustentan en el origen nacional y no aquellas que apelan a un principio de razón suficiente, al entender que las primeras obedecen a un componente discriminatorio vinculado de forma exclusiva con el lugar de procedencia de una persona.

En este escenario, la Corte ha planteado que el juicio de igualdad en torno a los extranjeros debe seguir los siguientes parámetros: (i) inicialmente, debe precisarse si la limitación impuesta se inscribe en alguno de aquellos ámbitos en los que, por razones de orden público, pueden establecerse diferencias entre los nacionales y los extranjeros, tal como lo dispone el artículo 100 de la Constitución. En caso de ser ello posible, este Tribunal debe examinar que las razones invocadas sean concretas y no abstractas, y que las limitaciones dispuestas a los derechos civiles de los extranjeros sean expresas, necesarias, mínimas e indispensables, con miras a realizar un fin constitucional que resulte legítimo[125].

De lo contrario, y desde una perspectiva general, (ii) el juicio de igualdad exige establecer si la distinción consagrada por el legislador corresponde a un trato razonable en términos constitucionales, en donde la intensidad del juicio dependerá del ámbito en el que se establece la regulación y de la situación concreta a analizar, con el objeto de precisar si se permiten diferenciaciones o no entre los nacionales y los extranjeros. Particularmente, y siguiendo los criterios enunciados en el acápite 6.5 de esta providencia, se acogerá el test estricto si la medida adoptada afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho fundamental. Por el contrario, tendrá lugar un test intermedio, cuando se afecte el goce de un derecho no fundamental o en aquellos casos en que la medida podría resultar “potencialmente discriminatoria” respecto de alguno de los sujetos comparados[126]. Por último, incluso cabría la aplicación del test leve, en aquellos ámbitos en los se vean involucradas medidas comerciales, económicas o de política internacional.

En conclusión, a diferencia de lo que ocurre con otros criterios sospechosos, en materia de igualdad entre nacionales y extranjeros, su análisis no siempre impone la necesidad de acudir a un test estricto, pues es directamente la propia Constitución la que atenúa la fuerza normativa de la expresión “origen nacional” del artículo 13, al permitir la limitación o supresión de algunos derechos y garantías para los extranjeros, en este último caso acorde con los mandatos del artículo 100 de la Carta. Por ello, como lo ha señalado de forma expresa esta Corporación, “la intensidad del juicio de igualdad en los casos en que estén

comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho afectado y de la situación concreta a analizar”[127].

6.7.6. En el caso sub-judice, como se explicó en el acápite 6.2.2.4 de esta providencia, no existen motivos para entender que la prevalencia cuestionada corresponde a una manifestación de un derecho civil, por lo que el juicio planteado debe hacerse en términos de identificar si es posible consagrar en los preceptos legales demandados, la distinción de trato que se realiza entre los nacionales y los extranjeros, al existir razones constitucionales legítimas que así la justifiquen. Ahora bien, en lo que respecta a la intensidad del juicio de igualdad, en criterio de esta Corporación, debe acogerse el test intermedio por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, porque la medida que se establece no implica, prima facie, afectar de manera grave el goce de un derecho fundamental. En efecto, la adopción corresponde a una medida de protección encaminada a garantizar la prevalencia del interés superior de los niños, en el que el legislador puede establecer tratos diferenciales, siempre que ellos sean objetivos y razonables, a partir de la necesidad de garantizar el carácter prioritario de sus derechos, en particular, el derecho a tener una familia (CP art. 44). Por ello, en la Sentencia C-093 de 2001[128], este Tribunal sostuvo que:

“(...) el derecho a tener una familia es un presupuesto para la materialización de otros derechos fundamentales, especialmente del niño, pues los lazos de afecto y solidaridad contribuyen a la formación integral de una persona, quien edifica allí un espacio privilegiado en donde desarrolla criterios de identidad personal y social.”

De ahí que, en relación con el menor declarado en situación de adoptabilidad,

“(...) [la] institución jurídica de la adopción pretende garantizar (...) un hogar estable en donde pueda desarrollarse de manera armónica e integral, constituyendo una relación paterno-filial entre personas que biológicamente no la tienen (...) y así lo ha entendido esta Corporación[129], que además reconoce en ella un acoplamiento al principio universal del interés superior del niño en los términos previstos por el artículo 44 de la Constitución y por las normas internacionales.”

En este contexto, es claro que

“(…) la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia. La adopción es entonces un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia, y por ello toda la institución está estructurada en torno al interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de los demás (CP art. 42). Así lo establece claramente la Convención de los derechos del niño, aprobada por Colombia por la Ley 12 de 1991, que establece que los menores privados de su familia, o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio, ‘tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado’, que deberá tomar cuidados específicos, entre los cuáles ocupa un lugar especial la adopción, la cual deberá estar organizada de tal manera que ‘el interés superior del niño sea la consideración principal’ (arts. 20 y 21). Por ello, esta Corte ha destacado que ‘los tratados internacionales y las normas de derecho interno reconocen la importancia del proceso de adopción y la necesidad de que éste se someta, enteramente, a la defensa pronta y efectiva de los derechos del menor’[130]. Bien puede entonces la ley exigir condiciones especiales de idoneidad física, mental, moral y social a los adoptantes, las cuales apuntan precisamente a la satisfacción del interés superior del menor, y sin que por ello las personas que desean adoptar puedan aducir que ha sido afectado su derecho a formar una familia pues, reitera la Corte, la institución de la adopción está constitucionalmente estructurada en favor del menor que carece de familia.”[131]

En estos términos, y siguiendo la jurisprudencia reseñada, la adopción debe ser entendida como un instrumento que les permite a los menores de edad tener una familia, y no como una prerrogativa de los posibles adoptantes; razón por la cual no cabe realizar un test estricto, en la medida en que más que preservar la situación jurídica de quienes se postulan en uno de tales procesos, lo que se busca es la protección de los niños, niñas y adolescentes, como resultado de la aplicación del principio universal del interés superior.

(ii) En segundo lugar, porque en el citado escenario del carácter prevalente de los derechos de los niños, la realización de su derecho a la familia adquiere en todo caso una doble vía, en la que si bien su amparo se predica esencialmente de los menores de edad, también se protege a los adultos que, por ejemplo, concurren a los procesos de adopción, caso en el cual se predica a su favor el derecho a “ser protegidos contra actos arbitrarios del Estado”[132].

Por ello, a pesar de que el legislador se encuentra habilitado para regular la adopción y fijar los requisitos y condiciones para participar en un proceso dirigido a establecer las relaciones de filiación, en caso de consagrar un trato diferencial entre los adoptantes, el mismo debe responder a un principio de razón suficiente, a partir de la consideración del interés superior del niño. De suerte que, si como ocurre en este caso, se invoca que la medida acusada podría resultar potencialmente discriminatoria en relación con los extranjeros que tienen la vocación de adoptar, en razón a que su móvil –en palabras del accionante– se explica únicamente por el lugar de procedencia del adoptante, es preciso acoger el test intermedio de igualdad, entre cuyos supuestos de procedencia se encuentra precisamente la hipótesis expuesta[133], pues, como ya se mencionó, no se observa prima facie la afectación grave de un derecho fundamental.

6.7.7. Como se trata de la formulación de un test intermedio, el examen a seguir implica verificar que (i) el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver. De igual manera, (ii) se exige que el medio utilizado no sólo sea adecuado, sino también efectivamente conducente para alcanzar la finalidad buscada por la norma sometida a control. Y, por último, (iii) se debe acreditar que la medida no resulta evidentemente desproporcionada respecto de otros principios, derechos o valores constitucionales[134].

No sobra resaltar que este examen debe realizarse, como lo impone el Texto Superior y se infiere de los tratados internacionales, a partir de la perspectiva del niño y, por ende, de la garantía de su interés prevalente, y no desde la óptica del interés exclusivo de los adoptantes, como se ha resaltado en esta providencia.

6.7.7.1. El primer punto a examinar es entonces si la finalidad de los apartes cuestionados de los artículos 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006 es legítima y constitucionalmente importante[135].

Al respecto, es preciso señalar que no existen mayores consideraciones en el trámite legislativo respecto de la preferencia demandada. A pesar de ello, en general, la aproximación realizada implicó la exposición de tres argumentos sobre la materia. El primero consistente en resaltar que la norma responde a los compromisos asumidos en la

Convención sobre los Derechos del Niño y en el Convenio de la Haya de 1993, en los que se dispone una preferencia por las familias del país del origen, a partir de la incorporación del principio de subsidiaridad de la adopción internacional[136]. El segundo en el que se pone de presente las recomendaciones realizadas a Colombia por el Comité de los Derechos del Niño, en sesión del 2 de junio de 2006, en el que manifestó su preocupación por el aumento de las adopciones realizadas por extranjeros y le recomendó al Estado colombiano “dar prioridad a las adopciones de los nacionales”[137]. Y, el tercero, vinculado con la importancia de que en la operatividad de este mecanismo, se tenga en cuenta la existencia de una igualdad de condiciones, a partir del examen del interés superior del menor. Así, por ejemplo, se destacó el bajo nivel de adopción por parte de las familias colombianas en relación con los menores de edad que superan los diez años[138].

En este escenario, se encuentra que los motivos que subyacen a los preceptos demandados no buscan excluir al extranjero de la posibilidad de adoptar, ni tampoco a que se prefiera al nacional por el sólo hecho de serlo. Lo que se propone es que, ante una igualdad de condiciones, en la que debe verificarse que el perfil de los solicitantes se ajuste a las necesidades de los niños, niñas o adolescentes, se preferirá la adopción que se realiza por nacionales[139]. Se trata de una situación en la que, como ya se verá, prevalece por encima de todo el interés superior del niño, como guía ineludible de actuación de toda decisión que tenga un impacto directo en su vida (CP art. 44).

Esto implica realmente que no existe un precepto de sujeción o de último recurso de la adopción que se realiza por extranjeros, por virtud del cual sólo se acude a la misma cuando ningún nacional manifiesta su intención de dar una solución de familia a un niño; sino que, en su lugar, lo que existe y se consagra es un criterio de subsidiaridad.

Este criterio no sólo responde al amplio margen de configuración normativa que tiene el legislador para definir las condiciones y requisitos para adoptar, lo que incluye admitir las diferencias que existen respecto de cada una de las estructuras familiares habilitadas para tal efecto[140]; sino que también guarda concordancia con los principales instrumentos internacionales que existen sobre la materia, como se manifestó en los antecedentes legislativos.

En cuanto al primer punto, si bien no cabe duda de que los nacionales y los extranjeros

pueden dar un nivel igual o similar de protección a un niño, no es menos cierto que los segundos tienen unos valores culturales, históricos, lingüísticos e incluso étnicos, que implican la posibilidad de que no se preserven, dentro del examen general que debe realizar el legislador, derechos tan importantes para los niños, como lo son preservar su identidad cultural y sus valores nacionales, sobre todo en una realidad multicultural como la que refleja la composición de los habitantes del Estado colombiano[141]. Por ello, es legítimo que bajo una lógica de igualdad de condiciones, el legislador haya preferido la adopción que se realiza por los colombianos, incluso cuando ellos tienen su residencia en el exterior, pues aun cuando el impacto de vivir en otro país puede reducir el ámbito de realización del objetivo propuesto, existe una mayor probabilidad de que el mismo se cumpla respecto de hipótesis de familias en cuya composición no existe ninguna persona de nacionalidad colombiana.

En lo que atañe al segundo elemento, es claro que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene un mandato de priorización de las adopciones nacionales sobre las internacionales, pues entiende que la preservación del menor en su Estado de origen, implica una reducción del impacto de los efectos complejos e incluso traumáticos que a veces siguen al proceso de adopción con miras a construir un proyecto de vida, por lo que se prefieren las fórmulas que tiendan a reducir la afectación de los niños, niñas o adolescentes[142]. Sin desconocer que, como ya se dijo, ello garantiza la preservación de un ambiente cultural, étnico e incluso lingüístico, más acorde con la realidad vivida[143]. En este orden de ideas, y bajo la consideración del interés superior, se prefiere la adopción a través de la implementación de soluciones nacionales (ello se conoce como el principio de subsidiaridad)[144].

Si bien podría considerarse que la preservación de los citados elementos tiene un menor impacto a partir de la confrontación de la edad de los niños (v.gr. los recién nacidos), en todo caso existen importantes razones que explican la trascendencia de la regla de preferencia. En primer lugar, tal como ha sido admitido en el derecho internacional, a pesar de que la adopción implica la ruptura del parentesco de consanguinidad, al menor le asiste el derecho al reencuentro con su familia de origen, con miras a que el niño, niña o adolescente conozca sus raíces y ello le permita forjar su propia identidad[145], para el efecto la permanencia del menor en el Estado de origen se convierte en una garantía adicional que brinda una mayor probabilidad de cumplimiento del citado derecho[146]. Y,

en segundo lugar, el componente étnico también explica que se dé preferencia en la asignación a las fórmulas nacionales, en igualdad de condiciones, sobre las solicitudes de los extranjeros, ya que ello busca matizar el impacto al que eventualmente puede ser sometido un menor de edad, en virtud de su ingreso a escenarios en los que se convierte en un extraño respecto de los caracteres o rasgos predominantes de la familia y de la sociedad, con el riesgo de que se presenten contextos que menoscaban la construcción de un modelo de vida.

En conclusión, vistos los argumentos expuestos, la Corte considera que la finalidad de la norma es legítima y constitucionalmente importante, pues bajo el desarrollo de la potestad de configuración (CP art. 150) y al tenor de los instrumentos internacionales sobre la materia (CP art. 93), se vela por la protección de los derechos de los niños, aplicando un trato diferencial que busca garantizar al menor de edad un proyecto de vida permanente acorde con la preservación de su identidad cultural, valores nacionales y componentes étnicos, cuya realización es más fácil cuando el proceso de adopción es realizado por familias nacionales, al permitir que se mantengan los rasgos, condiciones y costumbres que identifican al menor o a los que se ha visto sometido a lo largo de su vida, suceso que sin duda repercute en su futuro desenvolvimiento en la sociedad. Por lo demás, también brinda un mejor escenario para realizar el derecho al reencuentro con su familia de origen, como una de las garantías que, como se ha dicho, le permiten a quien es sometido a un proceso de adopción conocer sus raíces y forjar su propia identidad.

6.7.7.2. Con sujeción a lo anterior, este Tribunal deberá analizar si la medida consagrada es adecuada para la obtención del fin propuesto. Al respecto, se observa que la preferencia no desconoce la posibilidad que tienen los extranjeros de adoptar en Colombia, ni tampoco les impone restricciones que dificulten o generen barreras irrazonables respecto de los nacionales. Los preceptos legales acusados tan sólo consagran una prelación en términos de asignación, cuya aplicación depende de la verificación primordial del interés superior de los niños y de una hipótesis de igualdad entre los aspirantes para satisfacer las características y necesidades de estos últimos.

Por ello, con miras a realizar los derechos y valores que se encuentran en juego, como lo son la identidad cultural, el reconocimiento del componente ético, la posibilidad del reencuentro familiar y la disminución del impacto psicológico que puede tener la adopción,

se considera que la medida adoptada es idónea y eficaz para lograr el fin propuesto, sobre todo, como ya se dijo, cuando el contexto que guía su aplicación no desconoce la viabilidad de la adopción internacional, como una de las vías adecuadas para encontrar una familia al niño expósito o en situación de abandono. La norma demandada no puede ser concebida como una herramienta para excluir o suspender la posibilidad de adopción por parte de los extranjeros, pues su única finalidad es la de priorizar a las familias nacionales, cuando éstas brindan el mismo nivel de garantía respecto de la satisfacción de los derechos y necesidades de los niños, esto es, cuando se presenta el escenario que la ley denomina como de igualdad de condiciones. Por esta razón, no cabe su invocación para la formulación de moratorias a la adopción internacional, ya sea por un tiempo limitado o por largos periodos.

Lo anterior goza de especial importancia cuando se trata de menores cuya edad dificulta en la práctica la adopción nacional o cuando vistas las opciones de asignación, por ejemplo, se comprueba que el niño demanda cuidados especiales en los que un mejor escenario de realización de sus derechos sería la adopción internacional[147].

En este punto se resalta que desde los antecedentes legislativos se insistió en que la aplicación de las normas cuestionadas depende de un escenario de igualdad de condiciones, en el que se brinda un importante margen de valoración, desde la óptica del interés superior del menor. Ello excluye, como se ha mencionado, la visión reduccionista de la adopción internacional a una hipótesis de último recurso y, por el contrario, le otorga un rol significativo de solución para brindar una opción apropiada de vida a los niños. El margen de amplitud de su examen implica tener en cuenta, entre otros, factores como la preparación de los extranjeros, la idoneidad que ofrecen y las condiciones especiales que lo pueden acercar a un menor; circunstancias que implican determinar si existe realmente una igualdad de condiciones frente a los nacionales, que conduzca a darle prevalencia a estos últimos. Por ello, como se dijo previamente, no se está en presencia de un criterio absoluto, sino de una alternativa de solución eminentemente relacional, que busca objetivos legítimos y constitucionalmente válidos en beneficio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La importancia de la adopción internacional se encuentra en que, como se expuso en la reciente Sentencia C-683 de 2015[148], en la actualidad un total general de 5.439 niños

están a la expectativa de un hogar, mientras en listas de espera se encuentran aproximadamente 2.319 familias, de las cuales tan sólo 298 son residentes en Colombia, mientras el restante se integra por extranjeros y colombianos residentes en el exterior[149]. Por lo demás, las estadísticas de la Subdirección de Adopciones del ICBF resaltan el papel trascendental que cumple la adopción que se adelanta por extranjeros, en cuyos tres últimos años han dado solución a 1.586 niños, en relación con los 1.769 menores de edad asignados a familias colombianas.

6.7.7.3. Ahora bien, más allá de que la medida adoptada sea adecuada para obtener los fines propuestos, también se deberá indagar si para tal efecto es realmente conducente. Al respecto, se estima que esta exigencia igualmente se acredita en el asunto sub-judice, ya que la prevalencia de los nacionales al momento de la asignación de una adopción, en igualdad de condiciones, permite efectivamente preservar, entre otros, la identidad cultural de los niños colombianos, su idioma y sus valores nacionales, como fines buscados por las normas acusadas.

Por lo demás, esta medida es la menos lesiva respecto de la oportunidad que tienen los extranjeros de participar en un proceso para brindar una solución familiar a un menor de edad. Lo anterior es así, por una parte, porque se trata de un criterio que sólo tiene aplicación en casos de igualdad de condiciones entre los aspirantes, de suerte que excluye su arbitrariedad, pues deben examinarse las características y necesidades del niño, y el perfil de los solicitantes para asegurar su interés superior[150]. Y, por la otra, porque al no existir propiamente un derecho a adoptar, debe entenderse al amparo del principio de subsidiaridad reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que las soluciones nacionales son las que mejor garantizan o tienen la vocación para disminuir las consecuencias psicológicas que acompañan al proceso de adopción, al tiempo que permiten realizar los derechos a la identidad y a la preservación de los valores y cultura de los niños.

Aunado a lo anterior, otras soluciones para lograr el mismo fin terminarían siendo más gravosas. Por ejemplo, una prohibición absoluta de los extranjeros para adoptar, podría limitar la única oportunidad de un menor de acceder a una familia, sobre todo cuando se ha entendido que lo realmente problemático es que un niño permanezca de forma permanente e indefinida en una institución del Estado[151]. También podría pensarse en

una limitación a la adopción de extranjeros hasta una determinada edad del adoptable, al considerar que entre más jóvenes tienen más facilidad para adaptarse a nuevos entornos sociales, incluyendo la posible falta de identificación con los valores culturales de la Nación. No obstante, esta solución dejaría a los niños por encima de la edad establecida, sin la posibilidad de acceder eventual-mente a una adopción, cuando los solicitantes nacionales no respondan a sus necesidades o cuando no se vislumbra el interés de una familia que le permita acceder a una relación filial. Incluso, en el panorama estadístico actual el asunto se torna aún más complejo, cuando más del 80% de las familias que se encuentran en lista de espera para una adopción corresponden a residentes del exterior[152].

No sobra insistir en que la prelación no es una formula automática y absoluta, sino un criterio que debe armonizarse con la salvaguarda del interés superior del menor, como se deriva de su rigor normativo.

6.7.7.4. Finalmente, los 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.

Por último, como lo exponen varios intervinientes, la medida adoptada ofrece otros

beneficios que le brindan legitimidad constitucional y que impiden considerarla como una regla desproporcionada. En primer lugar, disminuye los eventuales riesgos asociados con factores de seguridad, precaviendo una eventual vulneración de los derechos de los niños, al suponer la posibilidad de que exista un control más riguroso por parte del Estado, en relación con las adopciones cuyas relaciones filiales se asienten en el territorio nacional. En segundo lugar, y como consecuencia de lo expuesto, también aumenta las posibilidades y alternativas de control post-adopción y de imposición de medidas cuando, dado el caso, sea absolutamente indispensable restablecer nuevamente sus derechos. Y, por último, como ya se dijo, brinda una mejor alternativa para realizar el derecho al reencuentro con la familia de origen, al cual alude el derecho internacional y el artículo 76 de la Ley 1098 de 2006.

En conclusión, y por las razones expuestas, esta Corporación declarará la exequibilidad de los preceptos objeto de control, tanto en la parte inicial cuestionada por el actor (art. 71), como respecto de aquellas disposiciones que motivaron la integración normativa (art. 73).

6.8. Síntesis

En el asunto bajo examen, luego de proceder a la integración normativa, esta Corporación concluyó que la prelación que se otorga a las solicitudes de adopción presentadas por los colombianos sobre los extranjeros, en los apartes cuestionados de los artículos 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006, no implican un desconocimiento del principio y del derecho a la igualdad, pues la diferencia de trato no corresponde a una hipótesis de discriminación por razones de origen nacional, sino a una medida legítima y constitucionalmente importante, que guarda coherencia con el principio de subsidiaridad de la adopción internacional incorporado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al mismo tiempo que permite preservar, a partir de un examen de idoneidad y conducencia, la identidad cultural de los niños colombianos, sus valores nacionales y su componente étnico, en un contexto en el que no se sacrifican derechos, principios o valores constitucionales y, por el contrario, se disminuyen los riesgos asociados con factores de seguridad, se aumenta las posibilidades de control post-adopción y se brinda una mejor alternativa para realizar el derecho al reencuentro con la familia de origen.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de

Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, las expresiones: “El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por éste para adelantar el programa de adopción, preferirán, en igualdad de condiciones, las solicitudes presentadas por los y las colombianas, cuando llenen los requisitos establecidos en el presente Código. Si hay una familia colombiana residente en el país o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la familia colombiana”, consagradas en el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, las expresiones: “En la asignación de familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este Código”, previstas en el artículo 73 de la Ley 1098 de 2006.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

Presidenta

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Aclaración de voto de la Magistrada

María Victoria Calle Correa

a la Sentencia C-104/16

PRELACION PARA ADOPTANTES COLOMBIANOS SOBRE EXTRANJEROS-Jurisprudencia constitucional frente al juicio de igualdad (Aclaración de voto)/JUICIO DE IGUALDAD-Criterios vinculantes para establecer alcance del principio de igualdad en casos y concretos o específicos (Aclaración de voto)

PRELACION PARA ADOPTANTES COLOMBIANOS SOBRE EXTRANJEROS FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Extranjeros y personas nacionales son grupos de personas comparables (Aclaración de voto)

DERECHOS DE LOS NACIONALES FRENTE A LOS DE EXTRANJEROS-Trato diferente debe estar razonable y objetivamente justificado (Aclaración de voto)

TRATO DIFERENTE ENTRE PERSONAS IGUALMENTE DIGNAS-Razones objetivas y razonables (Aclaración de voto)

PRELACION PARA ADOPTANTES COLOMBIANOS SOBRE EXTRANJEROS-Juicio de igualdad ordinario, estricto e intermedio (Aclaración de voto)/PRELACION PARA ADOPTANTES COLOMBIANOS SOBRE EXTRANJEROS-Norma persigue un fin importante a través de un medio no prohibido (Aclaración de voto)/PRELACION PARA ADOPTANTES COLOMBIANOS SOBRE EXTRANJEROS-Norma vela por el bienestar de niñas y niños estableciendo criterios de regulación de procedimientos de adopción para asegurar mayores vínculos con Colombia (Aclaración de voto)/PRELACION PARA ADOPTANTES COLOMBIANOS SOBRE EXTRANJEROS-Se asegura que la protección de la identidad nacional no afecte el derecho a la salud, educación, alimentación o al afecto y amor (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-10835

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, 'por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia'.

Magistrado ponente

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Comparto la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-104 de 2016,[153] en la cual resolvió declarar exequible la regla legal según la cual se preferirá las solicitudes de adopción de las parejas colombianas sobre las parejas de extranjeros, cuando existan igualdad de condiciones, incluso si ambas residen por fuera de Colombia.

Considero importante aclarar mi voto para resaltar varios aspectos de la decisión. Los aspectos que resalto son tres, a saber: la sentencia C-104 de 2016 (i) reitera el juicio de igualdad desarrollado por la jurisprudencia constitucional de manera clara y unánime como criterio para resolver tipos de casos como el presente; (ii) acepta acertadamente que los grupos objetos de comparación son, en efecto, comparables y (iii) que en el caso concreto se haga un juicio de igualdad, test de igualdad intermedio.

1. El juicio de igualdad desarrollado por la jurisprudencia constitucional colombiana. En esta decisión, de forma unánime, la Sala Plena de la Corte Constitucional reitera que los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para adelantar juicio de igualdad son vinculantes y sirven, tanto a la Corte, a las partes y a la sociedad en general, para poder establecer, con mayor o menor grado de certeza, el alcance del principio de igualdad en casos y situaciones concretas o específicas. La Sentencia retoma algunos de los precedentes más importantes al respecto (C-093 de 2001 y C-637 de 2001).[154] Esta decisión de la Sala de seguir los criterios desarrollados por la jurisprudencia conlleva una sana autorestricción judicial que se traduce en mayor certeza y seguridad jurídica para todas las personas y, por tanto, un mayor respeto al principio de igualdad. Las personas conocen cuáles son los criterios con los que se determinará si dos grupos de personas merecen o no ser tratadas igual y saben que serán aplicados de forma similar en todos los casos.

2. Los extranjeros y las personas nacionales son grupos de personas comparables. La sentencia C-014 de 2016 establece de manera clara y decidida que los extranjeros y los nacionales son dos grupos de personas que son, en principio, objeto de comparación. Dice al respecto la sentencia,

“Teniendo en cuenta lo previsto en el acápite 6.5.2 de esta providencia, el primer elemento que debe ser objeto de análisis en el juicio integrado de igualdad es si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. Esto implica establecer el criterio de comparación o *tertium comparationis*. En el asunto sub-judice, la Sala Plena advierte que el mismo se encuentra en que tanto la familia nacional como la familia extranjera están en posición de adoptar y tienen una misma vocación dirigida a satisfacer el derecho del menor a tener una familia, por lo que se trata de sujetos que, en este punto, tienen una naturaleza similar. De esta manera, es preciso determinar si deben recibir un trato paritario o semejante, en caso de que sus similitudes sean más relevantes que sus diferencias o si, por el contrario, cabe otorgar un trato diferente, por el hecho de que las segundas resultan más relevantes que las primeras.”[155]

La importancia de esta posición es notable y significativa para la defensa del principio de igualdad. Normalmente la forma en que se puede erosionar el derecho a la igualdad es

hacer a los grupos de personas incomparables. Muchas de las reglas históricamente discriminatorias se han valido de ese argumento de incomparabilidad para justificarse y encubrir la exclusión que tenía. En lugar de justificar la razonabilidad constitucional de un trato diferente, o un trato igual si tal era el caso, lo que se solía hacer era partir del supuesto de la incomparabilidad de las personas y así evitar cualquier tipo de análisis de igualdad.

Muchos han sido los casos en que se empleó esta estrategia. Las mujeres eran incomparables a los hombres con relación al voto, para trabajar o para tener derechos económicos. Ciertas personas, por el color de su piel, eran incomparables a otras, y por tanto, se justificaba cualquier trato diferente, llegando incluso a privarlas de su libertad y tratarlos como objetos. Algunas de las discriminación a personas con ciertas enfermedades (como la lepra, históricamente, o el Sida, recientemente), se fundaron en creer que el hecho de tener cierta enfermedad hacía a una persona incomparable con las demás y justificaba, sin mayor análisis, cualquier trato diferente. De forma similar, las parejas de personas con el mismo color de piel se consideraban incomparables a las parejas de personas de pieles de colores distintos (los llamados, matrimonios interraciales); las parejas de personas casadas eran incomparables con las parejas de personas unidas de hecho o, más recientemente, las parejas de personas de sexo distintos se consideraban incomparables con las parejas de personas del mismo sexo. Si bien la Constitución Política establece que puede haber diferencias de trato objetivas y razonables con relación a los derechos de los nacionales frente a los de los extranjeros (art. 100, CP), la sentencia reitera que el principio constitucional es que impere el principio de igualdad mediante la comparabilidad. En tal medida, se trata de grupos que sí son comparables y, por ello, cualquier trato diferente debe estar, en principio, razonablemente y objetivamente justificado.

Así pues, la jurisprudencia constitucional actual acepta tratos diferentes entre personas igualmente dignas, incluso cuando conllevan graves restricciones de los derechos, cuando existen razones objetivas y razonables para ello. Un estado social de derecho acepta tratos diferenciales entre personas que reclaman trato igual (o tratos iguales, a pesar de reclamos por un trato diferencial), pero garantiza la posibilidad de cuestionar ese trato y someterlo a un escrutinio constitucional.

3. El juicio de igualdad al cual se debe someter la norma bajo análisis es intermedio. Como

lo señala la sentencia, en el presente caso coinciden razones para hacer un juicio ordinario de igualdad (se trata del ejercicio de competencias constitucionales que se ejercen en función de la protección de los derechos de los menores), con razones para hacer un juicio estricto (se hace un trato diferente con base en un criterio sospechoso de discriminación: el origen nacional). En tal medida, corresponde a la Corte seguir un juicio intermedio, que pondere la deferencia y respeto hacia las facultades constitucionales ejercidas frente a la protección de los derechos de las personas, a no ser discriminadas en razón a su origen nacional.[156] Adicionalmente, la norma acusada persigue un fin importante (velar por el bienestar de las niñas y los niños, preservando al máximo la identidad cultural como manera de proteger el desarrollo armónico e integral de los menores a los que se les da una familia mediante la adopción, cuando las demás condiciones y derechos están igualmente garantizados), a través de un medio no prohibido (establecer criterios de regulación de los procedimientos de adopción para definir a qué persona o personas adjudicar un menor) que es efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto (mantener al menor con una pareja de personas colombianas o en alguna en la que al menos una de las dos personas sea colombiana, es una forma de asegurarle mayores vínculos con Colombia y la posibilidad de mantenerlos y desarrollarlos). Finalmente la sentencia advierte, como argumento adicional, que el medio elegido no impone una carga desproporcionada sobre otros derechos, puesto que esta prelación de la pareja de personas o con una persona nacional en los procesos de adopción, sólo tiene lugar cuando el resto de aspectos a considerar y valorar de las parejas, se encuentra en igualdad de condiciones. Así, se asegura que la protección de la identidad nacional no afecte la garantía efectiva de otros derechos como la salud, la educación, la alimentación o el derecho al afecto y al amor.

Resaltar la importancia de estos tres aspectos, como indique, es el motivo de la presente aclaración de voto.

Fecha ut supra.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-104/16

PRELACION PARA ADOPTANTES COLOMBIANOS SOBRE EXTRANJEROS FRENTE AL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Disentimiento del criterio de subsidiariedad frente al amplio margen de configuración normativa del legislador para definir las condiciones y requisitos para adoptar (Aclaración de voto)

CRITERIO DE SUBSIDIARIEDAD FRENTE AL AMPLIO MARGEN DE CONFIGURACION NORMATIVA DEL LEGISLADOR PARA DEFINIR LAS CONDICIONES Y REQUISITOS PARA ADOPTAR-Restricción de la protección y el derecho de postulación de todas las formas de familia (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-10835

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”

Actor: Elkin Camilo Jiménez Barón.

Magistrado Ponente:

Luís Guillermo Guerrero Pérez

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte, aclaro mi voto en relación con la sentencia C-104 de 2016 (M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez), fallo en el que esta Corporación decidió declarar exequible la regla que prefiere las solicitudes de adopción de parejas colombianas sobre las parejas de extranjeros, cuando existan igualdad de condiciones, incluso si ambas residen por fuera de Colombia.

Comparto la decisión de la mayoría, en el sentido de declarar la constitucionalidad de las expresiones contenidas en los artículos 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006 y que fueron objeto del examen de constitucionalidad en la providencia que se comenta.

Suscribo la mayoría de los argumentos que fundamentan la exequibilidad de las mencionadas normas, a saber: (i) el principio de subsidiariedad que conforme al derecho internacional público rige las adopciones por parte de familias extranjeras; (ii) el interés superior de los niños y niñas, el cual se garantiza al permitir la inserción de los niños y niñas en una familia colombiana, preservando sus valores étnicos, culturales, lingüísticos, lo que permite hacer más fácil la adaptación de los niños y niñas adoptados al nuevo entorno familiar; y (///) la consideración de que la familia extranjera no es considerada por el orden jurídico como el último recurso, sino que es situada en igualdad de condiciones con las familias nacionales, a las que se les reconoce una preferencia en pro del enunciado interés superior de los niños y niñas.

No obstante, en relación con este último punto disiento de la posición mayoritaria de la Corte, la cual estableció que el criterio de subsidiaridad -entre otras cosas- “responde al amplio margen de configuración normativa que tiene el legislador para definir las condiciones y requisitos para adoptar, lo que incluye admitir las diferencias que existen respecto de cada una de las estructuras familiares habilitadas para tal efecto”¹. (Subrayas no originales)

Lo anterior, por cuanto dicha afirmación restringe (i) la igual protección que -en el marco de una concepción pluralista y diversa de familia- el artículo 42 de la Constitución Política establece en favor de todas las formas de familia; y (ii) el derecho que tienen, en abstracto, todas las familias a postularse para adoptar, sin perjuicio del riguroso escrutinio que deba hacer la autoridad competente -ya sea el ICBF o las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción (IAPAS)- para establecer la idoneidad de los postulantes.

1 Fundamento jurídico 6.7.7.1.

En los anteriores términos, dejo expuesta mi aclaración a la decisión adoptada por la Sala Plena de esta Corte.

Fecha ut supra,

Magistrado

[1] El demandante también alude a los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo tenor literal es el siguiente: “Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. “Artículo 2.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

[2] La norma en cita dispone que: “ARTÍCULO 68. REQUISITOS PARA ADOPTAR. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar: 1. Las personas solteras. // 2. Los cónyuges conjuntamente. // 3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior. // 4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración. 5 El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. // Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. // Parágrafo 1.- La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción. // Parágrafo 2.- Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.” Sobre esta disposición es pertinente aclarar que las expresiones “Conjuntamente los compañeros permanentes” y “El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero” previstas en los numerales 3) y 5) fueron declaradas exequibles en la Sentencia C-683 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio “bajo el entendido 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'. Adicionalmente, la misma expresión del numeral 5) había sido previamente declarada exequible en la Sentencia C-071 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, "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".

[3] La citada norma establece que: "Artículo 72.- Adopción internacional. Además de las disposiciones anteriores, la adopción internacional se regirá por los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia sobre esta materia. // El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad central, autorizará a los organismos acreditados y agencias internacionales, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley y los convenios internacionales ratificados por Colombia y teniendo en cuenta la necesidad del servicio. El Ministerio del Interior y de Justicia reconocerá personería jurídica e inscribirá a sus representantes legales. // Tanto las agencias internacionales como los organismos acreditados deberán renovar la autorización ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cada dos años."

[4] En el aparte pertinente se señala que: "Artículo 73.- (...) En la asignación de familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este código. El incumplimiento de esta norma dará lugar a las sanciones disciplinarias del caso e invalidará la citada asignación. (...)".

[5] Para el efecto, se incluye la siguiente cita del Servicio Social Internacional: "Se concederá prioridad a colocar un niño en el propio país o en un entorno cultural, lingüístico y religioso próximo a su entorno de procedencia. Una decisión de adopción internacional no deberá producirse hasta constatarse la imposibilidad de encontrar una solución para el niño en su país de origen. En el interés superior del niño, las autoridades competentes procurarán que esta búsqueda se haga sin demoras injustificadas". SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL, Centro Internacional de Referencia para la Protección del Niño en la Adopción, Ginebra 1999, revisado 2004 CIR/SSI

[6] Al respecto, se incluye la siguiente transcripción de UNICEF: "En los últimos 30 años se

ha producido un aumento considerable del número de familias de países desarrollados interesadas en adoptar niños y niñas de otros países. Al mismo tiempo, la ausencia de normas reguladoras y mecanismos de supervisión, especialmente en los países de origen, así como las posibilidades de lucro que se dan en el ámbito de las adopciones internacionales, han alentado el crecimiento de una industria centrada en las adopciones, en la que se da prioridad a los beneficios materiales en desmedro del interés superior de los niños. Entre los abusos que se cometen figuran el secuestro y la venta de niños y niñas, la intimidación de los padres y el pago de sobornos”.

[7] Se alude al tercer párrafo del preámbulo de dicho Convenio cuyo tenor literal es el siguiente: “[la] adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen”.

[8] Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, informe explicativo de G. Parra Aranguren, 4 de octubre de 2015.

[9] Al respecto, resalta el siguiente texto: “El Convenio no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción”

[10] Sobre el particular, en el caso argentino, se hace referencia al artículo 600 del Código Civil (Ley 26994 de 2014) en el que se establece que todo adoptante debe residir en la Argentina, en los siguientes términos: “Artículo 600.- Plazo de residencia en el país e inscripción. Puede adoptar la persona que: a) resida permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anteriores a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país; b) se encuentre inscrita en el registro de adoptantes”. En el evento de Chile, se plantea un sistema similar al Colombiano, cuando se dispone que: “las personas no residentes en Chile sólo pueden adoptar a un niño cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados e idóneos para hacerlo, circunstancia que debe acreditar el SENAME. La adopción se otorgará según lo dispuesto en la Ley 19.620 y, cuando corresponda, a las Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Chile”.

[11] Puntualmente, en varios apartes de su concepto se menciona que: “(...) lo primero que debe advertirse frente al planteamiento hecho por el accionante es que resulta equivocado sostener la existencia de un derecho como la adopción del que sean titulares las personas adultas (sean extranjeras o nacionales), y que, por lo mismo, no puede hablarse –como lo hace el accionante– de la restricción injustificada del ejercicio de un derecho que resultaría contraria al mandato de no discriminación contenido en el artículo 13 superior ya reseñado.” En idéntico sentido, se expresa que: “(...) la idea de un supuesto derecho a adoptar, como de la que parece partir el actor en su demanda, olvida que carece de sentido sostener que el Estado tiene la obligación de dar en adopción un niño a toda pareja o persona que así lo desee, puesto que esta medida tiene como presupuesto la existencia de niños en situaciones de adoptatibilidad que, además de ser una situación externa –ajena a la voluntad de quien pretende adoptar–, incluso es indeseada pues el Estado debe buscar al máximo que no se presente y que, en caso de darse, que sea sólo de forma excepcional”. Luego de lo cual, se concluye lo siguiente: “(...) en el presente proceso no le asiste razón al accionante, ya que mal podría sostener la existencia de una restricción injustificada en el ejercicio de un derecho de los extranjeros, puesto que, como se ha demostrado, no existe un derecho –ni de los extranjeros, ni de los nacionales– a la adopción, del cual precisamente pueda predicarse dicha restricción. (...) En virtud de lo anterior, el jefe del Ministerio Público considera que la demanda presentada en esta oportunidad no cumple con los requisitos exigidos por el Decreto-Ley 2067 de 1991 y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para configurar de manera adecuada el concepto de violación de la norma”.

[12] Al respecto, se expuso que: “(...) la única limitación válida a esta libertad de configuración es ese interés superior, pero no en un supuesto derecho de los adultos que pretenden la adopción de un niño. Y, por esto mismo, que la única manera razonable de perseguir o concluir la inexecutable de este tipo de normas es demostrando que la medida adoptada por el legislador afecta el interés superior de los niños”.

[13] Se cita el numeral b) del artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde expresa-mente se establece que los Estados Parte: “Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”.

[14] Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados, CRC/c/col/co/4-5 del 6 de marzo de 2015, párrafo 35.

[15] Expresamente, manifestó que: “(...) se puede afirmar que existen razones fundadas en la protección del interés superior y prevalente de los niños/niñas y adolescentes que permiten justificar la medida adoptada en el aparte normativo demandado: (...) evitar desarraigar a los niños que son entregados en adopción de su propio entorno cultural y nacional (...) [asegurar la efectividad de las] recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño le ha venido haciendo al Estado colombiano (...). Y, finalmente, (...) [hacer] más fácil la verificación de las medidas de seguimiento post adopción, toda vez que la residencia del niño y su familia estará, por regla general, dentro del fuero territorial de las autoridades colombianas”.

[16] La norma en cita dispone que: “Artículo 241.- A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

[17] Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-447 de 1997, C-509 de 1996 y C-236 de 1997.

[18] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[20] Decreto 2067 de 1991, art. 6.

[21] Sobre el particular, la Corte ha dicho que: “[Si] bien el momento procesal ideal para pronunciarse sobre la inexistencia de cargos de inconstitucionalidad es la etapa en la que se decide sobre la admisibilidad de la demanda, por resultar más acorde con la garantía de la expectativa que tienen los ciudadanos de recibir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas por ellos, esta decisión también puede adoptarse al momento de proferir un fallo, pues es en esta etapa procesal en la que la Corte analiza con mayor detenimiento y profundidad las acusaciones presentadas por los ciudadanos en las demandas de inconstitucionalidad”. Sentencia C-874 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido se pueden consultar las Sentencias C-954 de

2007, C-623 de 2008, C-894 de 2009, C-055 de 2013 y C-281 de 2013. En esta última expresamente se expuso que: “Aun cuando en principio, es en el auto admisorio donde se define si la demanda cumple o no con los requisitos mínimos de procedibilidad, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo únicamente por cuenta del magistrado ponente, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley (CP art. 241-4-5).”

[22] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[23] Así se pronunciaron la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y el Procurador General de la Nación.

[24] Esta deficiencia se alegó por el Ministerio de Justicia y del Derecho y por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

[25] Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[26] Sentencia C-966 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[27] Así, por ejemplo, en la Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se expuso que: “Se debe señalar con claridad los grupos involucrados, el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas, toda vez que la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales”.

[28] Básicamente se alude al inciso primero en el que se consagra lo siguiente: “Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y establece al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente”.

[29] Intervención de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

[30] Énfasis por fuera del texto original.

[31] Por el ejemplo, en las Sentencias T-215 de 1996 y C-123 de 2011, la Corte señaló que: “bajo el nuevo marco constitucional, en ningún caso el legislador está habilitado y mucho menos la autoridad administrativa [...] para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular”.

[32]

[33] Referido a este contexto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: “los preceptos legales mediante los cuales un Estado señala los efectos y alcances en el espacio de su legislación son de orden público. Por tanto, el artículo 19 del Código Civil, que somete a la ley nacional a los colombianos, en las cuestiones que atañen al estado civil, donde quiera que éstos se encuentren, es una norma de tal naturaleza, como lo son las reglas que en general gobiernan el estado civil, del cual la adopción hace parte, razón por la cual no puede sustraerse ningún nacional colombiano, aún residente en el extranjero, a su rigor imperativo.” CSJ, Sala de Casación Civil, M.P. Héctor Marín Naranjo, 3 de agosto de 1995, expediente 4725.

[34] Sentencia C-071 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[35] Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero

[36] Sobre el particular se puede consultar la Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en la que se expuso que: “En efecto, si bien esta Corporación ha establecido que no existe como tal un derecho constitucional a adoptar –quienes deseen hacerlo deben llenar ciertos requisitos mínimos de idoneidad establecidos por la ley–, ello no quiere decir que las personas que se han sometido voluntariamente al procedimiento de selección para convertirse en padres adoptivos puedan quedar desprotegidas frente a actos injustificados de las autoridades o de los particulares, mucho menos si después de los trámites inherentes al proceso de adopción, ya han sido seleccionados para recibir en su familia a un niño. // La anterior posición se sustenta en dos razones básicas: (a) en primer lugar, quienes se postulan como potenciales padres adoptivos obran en función de motivos

fundamentalmente humanitarios, encaminados a ofrecer las condiciones para promover el interés superior del menor, a saber: el deseo de proporcionar una familia a un menor desprotegido, y de proveerle el afecto, cuidado y atención de los cuales carece; y (b) en virtud de su sometimiento de buena fe a los extensos trámites de evaluación, calificación y selección inherentes al proceso de adopción de un menor, quienes resultan elegidos por las autoridades competentes para ser padres adoptivos, cuando se ha adelantado un proceso de adopción, adquieren una verdadera confianza legítima frente a dichas autoridades, consistente en que, a menos que se presente alguna de las causas previstas en la ley, tal proceso de adopción llegue a su término normal con la entrega del menor correspondiente, y que no sea dilatado, suspendido ni mucho menos retrotraído -regla que constituye, igualmente, una materialización del derecho constitucional al debido proceso, que se debe observar en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, incluidos los procesos de adopción-. Esta confianza legítima, que es digna de protección constitucional incluso antes de la entrega física del menor al hogar adoptivo, se fortalece significativamente cuando dicha entrega ya se ha efectuado, en forma correlativa al interés superior de dicho menor en contar con una familia estable, y adquiere el carácter de un verdadero derecho de los padres a estar con su hijo (o hija) adoptivo, y viceversa, una vez se encuentre en firme la sentencia de adopción correspondiente.”

[37] Véase, al respecto, el acápite 6.2.2.3 de esta providencia.

[38] Es preciso resaltar que el juicio de igualdad puede provenir tanto de la distinción de trato que se otorgue por el legislador respecto del goce y disfrute de derechos, libertades u oportunidades, como expresamente se menciona en el artículo 13 del Texto Superior. Textualmente, se dice que: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[39] Intervención del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

[40] Al respecto se hace referencia al inciso 3 del artículo 44 de la Constitución, conforme al cual: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

[41] Intervenciones del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

[42] CP arts. 40.6 y 241.

[43] Los numerales 1, 4 y 5 del artículo 241 del Texto Superior expresamente sujetan este control a “las demandas de inconstitucionalidad” que presenten o promuevan los ciudadanos.

[44] Véanse, al respecto, los artículos 153 y 241.10 de la Constitución.

[45] Sentencia C-1017 de 2012, M.P. Luis Guillermo Pérez Guerrero.

[46] En la Sentencia C-775 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se expuso que: “la regla general [es] que a la Corte no le está permitido juzgar normas que no han sido demandadas pues de lo contrario la acción de inconstitucionalidad se tornaría en una acción en la que el juez actúa de oficio, lo que no corresponde a su naturaleza”.

[47] En la Sentencia C-870 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo, se manifestó que: “(...) la Corte está facultada para integrar la proposición jurídica completa y así extender el estudio de constitucionalidad a la norma que señala la edad para obtener la licencia de conducción de vehículos diferentes al servicio público. (...) Sin embargo, para que la Corte Constitucional pueda hacer uso de dicha facultad es forzoso que el actor haya efectuado un cargo de inconstitucionalidad verificable respecto de los contenidos que conformarían la proposición jurídica completa”.

[48] Sentencias C-409 de 1994, C-320 de 1997, C-930 de 2009, C-870 de 2010, C-816 de 2011 y C-966 de 2012.

[49] Sentencias C-539 de 1999, C-538 de 2005, C-925 de 2005, C-055 de 2010, C-553 de 2010, C-816 de 2011, C-879 de 2011, C-889 de 2012 y C-1017 de 2012.

[50] Ley 1098 de 2006, art. 73.

[51] Obsérvese cómo, en la hipótesis expuesta, el texto demandado quedaría con el siguiente tenor literal: “El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones

autorizadas por éste para adelantar el programa de adopción, (...), cuando llenen los requisitos establecidos en el presente código. (...)”.

[52] “Convenio relativo a la Protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional”.

[53] “Artículo 73.- Programa de adopción. Por programa de adopción se entiende el conjunto de actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia. // El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través del Comité de Adopción en cada Regional y Agencia y las Instituciones Autorizadas por este para desarrollar el Programa de adopción a través de su Comité de Adopción serán la instancia responsable de la selección de las familias colombianas y extranjeras adoptantes y de la asignación de los niños, niñas y adolescentes adoptables. // En la asignación de familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este código. El incumplimiento de esta norma dará lugar a las sanciones disciplinarias del caso e invalidará la citada asignación. // Parágrafo 1.- Las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción garantizarán plenamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes susceptibles de ser adoptados, mientras permanezcan bajo su cuidado y no podrán entregarlos a persona alguna sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Código. // Parágrafo 2.- Integración de los comités de adopciones. Los Comités de Adopciones del ICBF y de las instituciones autorizadas, estarán integrados por el Director Regional del ICBF o su delegado, el director de la institución o su delegado, un trabajador social, un psicólogo y por las demás personas que designen, según sea el caso, el ICBF o las juntas directivas de las instituciones. // Parágrafo 3.- Los Requisitos de Acreditación para agencias o instituciones que presten servicios de adopción internacional deberán incluir la presentación de pruebas que indiquen una sólida situación financiera y un sistema efectivo de control financiero interno, así como auditoría externa. Se exigirá a estas entidades que mantengan estados contables, para ser sometidas a supervisión de la autoridad, incluyendo una declaración detallada de los costes y gastos promedio asociados a las distintas categorías de adopciones. // La información concerniente a los costes, gastos y honorarios que cobren las agencias o instituciones por la provisión de servicios de adopción internacional deberá ser puesta a disposición del público.”

[54] Esta norma fue corregida por el Decreto 578 de 2007, en virtud de la atribución prevista en el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913.

[55] Como se mencionó con anterioridad, una de las hipótesis que permiten integrar la unidad normativa es que la disposición demandada no tenga un contenido claro o unívoco, de manera que, para entenderlo y aplicarlo, resulte absolutamente imprescindible integrar su contenido con el de otra disposición que no fue acusada.

[56] “Artículo 72.- Adopción internacional. Además de las disposiciones anteriores, la adopción internacional se regirá por los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia sobre esta materia. // El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad central, autorizará a los organismos acreditados y agencias internacionales, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley y los convenios internacionales ratificados por Colombia y teniendo en cuenta la necesidad del servicio. El Ministerio del Interior y de Justicia reconocerá personería jurídica e inscribirá a sus representantes legales. // Tanto las agencias internacionales como los organismos acreditados deberán renovar la autorización ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cada dos años.”

[58] Sentencia C-818 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Esta providencia ha sido reiterada en varias oportunidades, como se destaca en las Sentencias C-250 de 2012 y C-743 de 2015.

[59] Sentencias C-862 de 2008 y C-551 de 2015.

[60] Sentencias C-862 de 2008, C-818 de 2010, C-250 de 2012, C-015 de 2014, C-239 de 2014, C-240 de 2014, C-811 de 2014 y C-329 de 2015.

[61] Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[62] Sentencia C-035 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[63] *Ibídem*.

[64] *Ibídem*.

[65] *Ibídem*.

[66] Sentencias C-093 de 2001, C-673 de 2001 y C-862 de 2008.

[67] Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[68] Sentencia C-015 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

[69] Ibídem.

[70] Sentencia T-659 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[71] Ibídem.

[72] CP art. 5 y 42.

[73] Así, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 sostiene que: “PRINCIPIO VI.- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (...)”. Por su parte, en su preámbulo, la Convención sobre los Derechos del Niño admite que la familia es el “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”, frente a los cuales debe brindarse “la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

[74] Expresamente se señala que: “En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”. Sobre el particular, se puede consultar la Sentencia T-773 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[75] Así, en la Sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se expuso que: “(...) la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo

familia, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”.

[76] Sentencias T-510 de 2003, T-078 de 2004, T-137 de 2006, T-768 de 2013 y C-071 de 2015.

[77] Al respecto, el artículo 56 de la Ley 1098 de 2006 establece que: “Artículo 56.- Ubicación en familia de origen o familia extensa. Es 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 estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos. (...)”.

[78] Sentencia C-477 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[79] En este tema tiene especial relevancia la Sentencia T-844 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en donde se hizo referencia al deber de las autoridades de realizar una búsqueda exhaustiva de los familiares de consanguinidad de los niños, niñas y adolescentes con derechos vulnerados, previamente a que el Defensor de Familia los pueda declarar en condición de adoptabilidad. En el caso concreto, se tuvo en cuenta a un familiar hasta el sexto grado de consanguinidad.

[80] Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 7.1 que los menores tienen derecho a conocer a sus padres y a ser criados por ellos, en la medida en que ello sea posible; y el artículo 9.1. dispone que los niños no serán separados de sus padres en contra de la voluntad de éstos, salvo que medien circunstancias que lo justifiquen en consideración al interés prevalente de los menores. En idéntico sentido, el Convenio de la Haya de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, dispone en su preámbulo que “cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en la familia de origen”.

[81] Por ejemplo, en varias sentencias la Corte ha admitido el peso que tienen las familias de crianza, en términos de reconocimiento del vínculo familiar. Véase, por ejemplo, la Sentencia T-278 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara.

[82] Ley 1098 de 2006, art. 66. En el aparte pertinente se dispone que: “El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. (...)”.

[83] La adopción se consagra en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 como una medida de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuyo fin es restaurar su dignidad e integridad como sujetos de derechos, cuando estos últimos han sido vulnerados. Por ello, el artículo 108 del mismo estatuto legal, advierte que la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad.

[84] Sentencia C-412 de 1995, C-562 de 1995, T-587 de 1998, C-477 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-881 de 2001, T-360 de 2002, C-831 de 2006, C-804 de 2009, C-577 de 2011, T-276 de 2012, SU-617 de 2014, C-071 de 2015 y C-683 de 2015.

[85] Sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[86] En los apartes pertinentes se dispone que: “Artículo 64.- Efectos jurídicos de la adopción. La adopción produce los siguientes efectos: 1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo. (...) 4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140 del Código Civil. (...)”. Aun cuando esta característica opera como una regla general en la mayoría de los casos, pueden existir hipótesis verdaderamente excepcionales en las cuales cabe conservar el vínculo familiar y filial con alguno de los padres biológicos, con excepción de la denominada adopción complementaria o por consentimiento, como recientemente se resolvió en la Sentencia T-071 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[87] Sentencias T-510 de 2003 y C-804 de 2009.

[88] Sentencia C-071 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Subrayado por fuera del texto original.

[89] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[90] Ley 1098 de 2006, art. 62.

[91] Ley 1098 de 2006, art. 63. (art. 63). Excepcionalmente se permite la adopción de mayores de edad, en los términos consagrados en el artículo 69 del mismo estatuto legal.

[92] Ley 1098 de 2006, art. 68.

[93] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[94] Ley 1098 de 2006, arts. 64, 66 y 68.

[95] Ley 1098 de 2006, art.82, núms. 14 y 14.

[96] Ley 1098 de 2006, art. 124,

[97] Ley 1098 de 2006, arts. 124, 125 y 126.

[98] Ley 1098 de 2006, art. 74.

[99] Ley 1098 de 2005, art. 75.

[100] La norma en cita consagra que: “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”.

[101] Este convenio fue aprobado mediante la Ley 256 de 1996 y declarado exequible en la Sentencia C-383 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[102] El artículo 2.1. del Convenio de la Haya establece que: “El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencial habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen”.

[103] Oficio del 8 de julio de 2015 del ICBF, con radicación 10400/264418.

[104] Ibídem.

[106] Oficio del 13 de agosto de 2015 del ICBF, con radicación 10400/317927.

[107] Ibídem.

[108] Este sistema creado en virtud de lo previsto en el artículo 77 de la Ley 1098 de 2006 contiene un módulo especial de adopciones, dentro del cual se registran uno a uno los procesos de los niños, niñas y adolescentes con declaratoria de adoptabilidad en firme y las solicitudes de las familias colombianas y extranjeras, facilitando el monitoreo y evaluación del programa de adopción. Al respecto, la norma en cita dispone que: “Créase el Sistema de Información de Restablecimiento de Derechos a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que tiene como finalidad llevar el registro de los niños, las niñas y los adolescentes cuyos derechos se denuncian como amenazados o vulnerados. Dicho registro incluirá la medida de restablecimiento adoptada, el funcionario que adelantó la actuación y el término de duración del proceso. // Este sistema tendrá un registro especial para el desarrollo del programa de adopción”.

[109] Oficio del 8 de julio de 2015 del ICBF, con radicación 10400/264418.

[110] “En la asignación de familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este Código”.

[111] Oficio del 8 de julio de 2015 del ICBF, con radicación 10400/264418.

[112] Paso 2, Asignación de familia a niño, niña o adolescente, Lineamiento Técnico para las Adopciones en Colombia del ICBF, Resolución 3748 de 2010.

[113] Ley 1098 de 2006, art. 61.

[114] Lineamiento Técnico para las Adopciones en Colombia del ICBF, Resolución 3748 de 2010.

[115] Ministerio de Justicia y del Derecho; Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; Ministerio de Relaciones Exteriores; Universidad Santo Tomás; Universidad de Nariño y el ciudadano Carlos José Gómez Jiménez.

[116] Universidad del Norte.

[117] Como ya se señaló, el citado precepto dispone que: “En la asignación de familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este Código”.

[118] Véanse, al respecto, los acápites 6.6.5 y 6.6.6 de esta providencia.

[119] Sobre el particular, el artículo 71 puntualiza que: “El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por éste para adelantar el programa de adopción, preferirán, en igualdad de condiciones, las solicitudes presentadas por los y las colombianas, cuando llenen los requisitos establecidos en el presente código. (...)”.

[120] Oficio del 13 de agosto de 2015 del ICBF, con radicación 10400/317927.

[121] Véase, entre otras, las Sentencias C-768 de 1998, C-395 de 2002, C-1058 de 2003 y C-070 de 2004.

[122] Como previamente se expuso, la norma en cita establece lo siguiente: “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. // Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. // Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”.

[123] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[124] Énfasis por fuera del texto original.

[125] Al respecto, en la Sentencia C-1058 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se expuso que: “Tal y como se mencionó anteriormente, la Corte ha señalado que (...) las razones de orden público para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros no se pueden invocar en forma abstracta por el legislador,

sino en forma concreta, pues (...) las restricciones (...) deben ser (i) expresas, (ii) necesarias (iii) mínimas, e (iv) indispensables, y (v) estar dirigidas a la realización de finalidades constitucionales legítimas en una sociedad democrática, como son las que apuntan a asegurar bienes valiosos de la convivencia social”.

[126] Sentencia T-659 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sobre el particular, expresamente se dijo que: “(...) siguiendo la metodología descrita se hace necesario adelantar un juicio de igualdad, que en este caso será intermedio por cuanto no se utiliza un criterio sospechoso de discriminación, sino que se está frente a una situación de paridad que sin embargo puede ser potencialmente discriminatoria.”

[127] Sentencias C-1058 de 2003 y C-070 de 2004.

[128] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[129] Pueden verse, entre otras, las Sentencias C-412 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-562 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

[130] Sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[131] Énfasis por fuera del texto original.

[132] Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez caballero.

[133] Sentencia T-659 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[134] Sentencia C-424 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[135] Se resalta el contenido de las normas objeto de control, conforme a las cuales: “Artículo 71.- Prelación para adoptantes colombianos. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por éste para adelantar el programa de adopción, preferirán, en igualdad de condiciones, las solicitudes presentadas por los y las colombianas, cuando llenen los requisitos establecidos en el presente Código. Si hay una familia colombiana residente en el país o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la familia colombiana, (...)”. “Artículo 73.- Programa de adopción. (...) En la asignación de

familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este Código. (...)”

[136] En la Gaceta del Congreso No. 420 de 2006 se expuso que: “El segundo tema que queremos señalar y es que estamos completamente convencidos de que deberá seguir impulsándose, como se viene planteando en el artículo 70 de la ponencia, la preferencia en condiciones de idoneidad similares por las familias del país de origen, en este caso por las familias colombianas. Esto está contemplado desde la Ley 265, acogida y aprobada por este Congreso de la República del año 96, al hacer vinculante el convenio de La Haya que rige las adopciones de orden internacional”.

[137] Gaceta del Congreso No. 321 de 2006. La transcripción textual de la recomendación es la siguiente: “57. El Comité recomienda que el Estado Parte garantice que todas las adopciones internacionales se administren a través de una autoridad central, tal como estipula el artículo 21 de la Convención, y de conformidad con el Convenio número 33 de la Haya sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, en el que Colombia es Parte. Además, el Comité recomienda que el Estado Parte trate de dar prioridad a las adopciones nacionales”. Énfasis por fuera del texto original.

[138] Gaceta del Congreso No. 419 de 2006. Expresamente se dijo que: “(...) La preocupación que había sobre el particular era que se prohibiera la adopción de menores por parte de familias extranjeras, porque lo cierto es que en las prácticas de adopción hay ciertos casos, por ejemplo los niños de siete, ocho, nueve, diez años que están en hogares de Bienestar, no son solicitados en adopción por padres colombianos por regla general; en cambio hay familias extranjeras que están dispuestas adoptar un niño colombiano de diez años o de doce años o de quince años o de ocho años. Entonces en esas circunstancias se puede otorgar la adopción, pero en igualdad de condiciones sí me parece saludable la norma como la ha propuesto el Senador Héctor Helí Rojas. Yo no vería digamos una preocupación en el texto que ha presentado el ponente, de modo que se podría aprobar.”

[139] Puntualmente, el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006 señala que: “El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por éste para adelantar el programa de adopción, preferirán, en igualdad de condiciones, las solicitudes presentadas

por los y las colombianas, cuando llenen los requisitos establecidos en el presente Código. Si hay una familia colombiana residente en el país o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la familia colombiana, (...)"'. Subrayado por fuera del texto original.

[140] Sentencia C-071 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[141] La Convención sobre los Derechos del Niño, a manera de ejemplo, en el artículo 29 dispone que: "Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: (...) c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya". Por su parte, el artículo 30 establece que: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma".

[142] La Guía de Buenas Prácticas para la puesta en marcha y funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 dispone que: "La decisión de elaborar un proyecto de vida permanente, debe ser tomada cuando, tras haber realizado un esfuerzo razonable, se ha determinado que el niño no puede permanecer con su familia de origen o no puede ser cuidado por miembros de su familia. Es entonces cuando los esfuerzos deben ser encaminados a colocar al niño, preferiblemente con una familia adoptiva, en su país de nacimiento". Énfasis por fuera del texto original.

[143] Precisamente, el Servicio Social Internacional, como centro de referencia para la protección internacional de los derechos del niño, ha señalado que: "Se concederá prioridad a colocar un niño en el propio país o en un entorno cultural, lingüístico y religioso próximo a su entorno de procedencia. Una decisión de adopción internacional no deberá producirse hasta constatar la imposibilidad de encontrar una solución para el niño en su país de origen. En el interés superior del niño, las autoridades competentes procurarán que esta búsqueda se haga sin demoras injustificadas". SSI, Centro Internacional de Referencia para la Protección del Niño en la Adopción, Ginebra 1999 – revisado 2004 CIR/SSI

[144] El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del niño dispone que: "Los Estados

Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y (...) b) reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidado del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”. Por su parte, el artículo 4 del Convenio de la Haya de 1993 consagra que: “Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen: (...) b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño”. La Guía de Buenas Prácticas del citado documento resalta que: “Subsidiaridad significa que los Estados Partes del Convenio reconocen que un niño debe ser criado por su familia de origen o su familia amplia siempre que sea posible. Si esto no es posible o viable, deberán ser consideradas otras formas de cuidado familiar permanente dentro del país de origen. Solamente después de haber sido dada la debida consideración a las soluciones nacionales debe considerarse la adopción internacional, y solamente si responde al interés superior del niño. (...) El principio de subsidiaridad es fundamental para el éxito del Convenio. Este implica que debe hacerse esfuerzos para ayudar a las familias a permanecer intactas o a reagruparse, o asegurarse de que el niño tenga la oportunidad de ser adoptado o cuidado en su país. Esto implica también que los procedimientos para la adopción internacional deben estar asentados dentro de un sistema integral de protección y asistencia del niño, que mantenga estas prioridades. (...)”.

[145] Sobre el particular, se pueden consultar los artículos 29 y 30 de la Convención de la Haya de 1993.

[146] Este derecho igualmente se reconoce en el artículo 76 de la Ley 1098 de 2006, el cual, como ya dijo, establece que: “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”.

[148] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[149] Estadísticas del programa de adopciones del ICBF a 2015, las cuales se pueden consultar en:

<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/ProgramaAdopciones/ESTADISTICAS%20P.%20ADOPCIONES%20AL%2031-12-2015.pdf>.

[150] Ello es concordante con la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual: “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. Así, los procesos de adopción están principalmente orientados a garantizar a los menores en situación de abandono una familia en la que puedan asegurar un desarrollo integral y armónico, condición de posibilidad para hacer efectivos otros derechos fundamentales: ‘de ahí que la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia’ (...). Sentencia C-071 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[151] En este sentido, la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya de 1993 dispone que: “Confiar un niño a una institución para su cuidado permanente, aun cuando representa la opción apropiada en circunstancias especiales, no es como norma general una práctica en favor del interés superior del niño”.

[152] Esta cifra incluye tanto a las familias colombianas como extranjeras que residen por fuera del territorio colombiano.

[153] Corte Constitucional, sentencia C-014 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva).

[154] Corte Constitucional, sentencias C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero) y C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; AV Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis); estas dos sentencias, ampliamente citadas por la jurisprudencia constitucional, recogen las reglas y criterios desarrollados hasta entonces sobre el juicio de razonabilidad en general y sobre el test de igualdad en particular.

[155] Corte Constitucional, sentencia C-014 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva).

[156] Ver en las consideraciones de la sentencia de la referencia los apartes 6.7.1. a 6.7.6.