

Sentencia C-403/13

CONSENTIMIENTO PARA ADOPCION DEL HIJO QUE ESTA POR NACER EN EL CODIGO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA-Inhibición para decidir de fondo

La Corte debe inhibirse para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición impugnada, por las siguientes razones: (i) Aunque el actor demandó el Artículo 66.4 del Código de la Infancia y la Adolescencia, ninguna de las acusaciones se dirige a cuestionar la regla general allí prevista, sino a controvertir la solución que ésta se deriva para una hipótesis específica: la de la mujer embarazada que según pronóstico médico morirá inexorablemente al término del embarazo, y que desea dar en adopción e individualizar al adoptante antes de su fallecimiento; (ii) aunque podría entenderse que implícitamente la demanda plantea la existencia de una omisión legislativa relativa, que conduce a una sentencia de constitucionalidad condicionada, y no a una declaratoria de inexequibilidad, en cualquier caso los cargos formulados por el actor no permiten un fallo de fondo; (iii) Las acusaciones contenidas en la demanda parten de un falso supuesto sobre el contenido y alcance de la legislación relativa a la adopción, pues en todos ellos se supone erróneamente que en la hipótesis puesta a consideración de la Corte, el Código de la Infancia y la Adolescencia prohíbe dar al hijo huérfano en adopción, y determinar e individualizar al adoptante, cuando en realidad, el derecho positivo ofrece una solución distinta: por un lado, el menor sí puede ser dado en adopción cuando su madre fallece, ya que si el niño tiene un vínculo filial con el padre biológico, conforma con éste una familia, y este último tiene la potestad para ejercer de manera exclusiva la paternidad, o para darlo en adopción; por otro lado, si el menor carece de padre conocido, debe ser declarado en situación de adoptabilidad por las instancias administrativas, y dado en adopción. Por otro lado, cuando el menor es dado en adopción por su padre, éste puede individualizar al adoptante cuando existe una relación de parentesco entre el niño y aquél, o cuando se trata de la cónyuge o compañera permanente del padre. Es decir, los cargos únicamente tiene asidero frente a la acusación por la prohibición de individualizar al adoptante (y no frente a la presunta imposibilidad de dar en adopción), cuando el niño huérfano carece de padre biológico conocido; (iv) En esta hipótesis excepcional, el planteamiento del actor no puede activar el control abstracto de constitucionalidad, ya que los cargos por la presunta infracción del

principio de igualdad y del derecho a tener una familia, no devienen de la norma demandada, sino de las especificidades y particularidades del caso planteado por el accionante; en tales circunstancias, no es el control abstracto de constitucionalidad el escenario para solventar la problemática esbozada en la demanda, sino en la fase aplicativa del derecho, en las instancias administrativas y judiciales del caso.

#### COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

#### INTEGRACION DE LA UNIDAD NORMATIVA-Jurisprudencia constitucional

Pese a que la integración normativa tiene un carácter excepcional, en cuanto implica un control constitucional oficioso de las disposiciones jurídicas no impugnadas, y en cuanto restringe el carácter participativo de las acciones de inconstitucionalidad porque ni el actor ni los intervenientes en el proceso tienen la oportunidad de pronunciarse expresamente sobre los preceptos no demandados, en caso de que haya lugar a un examen de constitucional, el control debe recaer sobre ambas proposiciones cuyo contenido es coincidente. En efecto, en virtud de Artículo 6.3 del Decreto 2067 de 1991, según el cual, la Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en las sentencias las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales, y en virtud del principio de la supremacía constitucional y del deber de la Corte Constitucional de garantizar su integridad y prevalencia dentro del ordenamiento jurídico, cuando el contenido de una disposición que ha sido demandada se encuentra reproducido en otra que no lo ha sido, se hace imperiosa la conformación de la unidad y el pronunciamiento conjunto sobre ambos preceptos, so pena de tornar inútil el pronunciamiento judicial; en efecto, de no procederse de este modo y declarar la inexequibilidad, la cláusula no impugnada seguiría desplegando sus efectos jurídicos, en claro y franco desconocimiento del orden constitucional; y en caso contrario, cuando se declara la exequibilidad, la regla no demanda aún podría ser impugnada, con lo que el fallo de la Corte sería igualmente inocuo. Así pues, en cualquiera de estas hipótesis la ausencia de integración compromete la supremacía constitucional.

#### DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Inhibición para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 66 de la ley 1098 de 2006 por ineptitud sustantiva de demanda

Referencia: expediente D-9439.

Demandada de inconstitucionalidad contra el Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D. C., tres (3) de julio de dos mil trece (2013)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, profiere la presente sentencia con fundamento en los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de inconstitucionalidad

En ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, el ciudadano Elkin Sebastián Suárez Moreno presentó demanda contra el inciso 4 del Artículo 66 de la Ley 1098 de 2006.

1.1. Disposición demandada

A continuación se transcribe el texto del precepto impugnado, y se subrayan los apartes acusados:

Ley 1098 de 2006

(noviembre 8)

Diario Oficial Nro. 46.446 del 8 de noviembre de 2006

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

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

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

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

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

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

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

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos

establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

## 2.1. Cargos

El accionante afirma que la disposición debe ser declarada inexistente, por vulnerar los siguientes principios constitucionales:

### 2.1.1. Principio de igualdad

A juicio del peticionario, el precepto demandado vulnera el principio de igualdad consagrado en el Artículo 13 de la Carta Política, en la medida en que al negar la validez del consentimiento para la adopción del que está por nacer, en términos absolutos y sin ningún tipo de excepción, pone en situación de desventaja a las mujeres embarazadas que tienen una enfermedad mortal que indefectiblemente las llevará a la muerte durante el embarazo, y también al propio no nacido, frente a las demás madres que no atraviesan esta dificultad y no tienen la prohibición legal para dar a su hijo en adopción.

En la hipótesis propuesta, las madres no pueden dar su consentimiento para individualizar la persona que la sustituirá en el vínculo filial, con lo que no solo se desconoce su voluntad, sino que también se deja en situación de indefensión al menor. Esta limitación carece de todo sentido, pues a la luz de la propia legislación, y en particular del Artículo 66.3 de la Ley 1098 de 2006, los hijos de mujeres con enfermedades mentales o graves anomalías síquicas, sí pueden ser dados en adopción, así como los de las demás mujeres que sobreviven al parto.

### 2.1.2. Deber del Estado de protección de la familia

Por otro lado, la disposición impugnada desconoce el deber constitucional del Estado de proteger la familia, previsto en el Artículo 42 de la Carta Política, en cuanto que prohíbe a la mujer con una enfermedad mortal que la llevará a la muerte al término de la gestación, insertar a su hijo en un nuevo núcleo familiar. Como se presume que la decisión de la progenitora está en función del bienestar del menor, la prohibición legal establece una barrera para que la voluntad de la madre, encaminada a la protección de su hijo no nacido, se pueda materializar tras su muerte, en perjuicio de los intereses del niño.

## 2.2. Solicitud

De acuerdo con este planteamiento, el peticionario solicita la declaratoria de inexequibilidad del Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006.

## 3. Trámite procesal

Mediante Auto del 7 de diciembre de 2012, el magistrado sustanciador adoptó las siguientes decisiones:

- Admitir la demanda.
- Correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación, para la presentación del correspondiente concepto.
- Fijar en lista la disposición acusada, para las respectivas intervenciones ciudadanas.
- Comunicar de la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, al Congreso, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Defensoría del Pueblo, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y a la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer.
- Invitar a facultades de derecho de distintas universidades (Andes, Rosario, Javeriana, Sergio Arboleda y Externado de Colombia), institutos de familia de carácter universitario (Universidad de la Sabana, Universidad Bolivariana de Medellín), organizaciones de derechos humanos (UNICEF, UNIFEM, Casa de la Mujer, CLADH), a la Comisión Colombiana de Juristas y a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, para que emitan concepto técnico sobre la constitucionalidad de la disposición demandada.

## 4. Intervenciones

### 4.1. ICBF

Con respecto a la primera de estas peticiones, se señalaron dos tipos de deficiencias de la demanda:

- Por un lado, el accionante individualizó incorrectamente la normativa acusada, así: (i) Aunque se solicitó la declaratoria de inexequibilidad del Artículo 66.2 de la Ley 1098 de 2006, el contenido de la demanda se refiere al Inciso 4 del mismo artículo, pues es éste el aparte normativo que se transcribe en la demanda, y sobre el cual recaen los argumentos del escrito de impugnación. (ii) De igual modo, el actor no integró el aparte normativo acusado con las demás disposiciones con las que tenía una vinculación material, para evitar un pronunciamiento judicial inocuo y carente de efectos jurídicos; específicamente, el peticionario ha debido impugnar también el inciso 2 del mismo Artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, según el cual “se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto”.
- Por otro lado, los cargos no satisfacen las exigencias mínimas para la estructuración de un juicio de constitucionalidad, así: (i) Las acusaciones se refieren a problemáticas distintas a la oposición entre el precepto demandado y la Carta Política, como la solución a casos concretos particularmente excepcionales. (ii) Los cargos contienen únicamente una “exposición general, confusa e indeterminada”, que se formula a partir de apreciaciones subjetivas sobre el contenido y alcance del precepto demandado, que no logran poner en evidencia la contradicción normativa.

Con respecto a la declaratoria de exequibilidad se presentan los siguientes argumentos:

- La exigencia de que el consentimiento para la adopción se otorgue un tiempo prudencial después de acaecido el parto, responde a la necesidad de garantizar que la manifestación de voluntad sea el resultado de un proceso reflexivo y prudente por parte de sus padres biológicos. Tanto la jurisprudencia constitucional como los instrumentos internacionales han señalado la invalidez del consentimiento conferido para la adopción del no nacido, tal como se sostuvo en la Sentencia T-510 de 2003[1] y en la Convención de la Haya sobre Adopciones Internacionales[2].
- No puede considerarse que la disposición transgredió el principio de igualdad, por las siguientes razones: (i) El actor no cumplió con las cargas elementales para la formulación de un cargo de inconstitucionalidad por la vulneración de este principio, pues no indicó los grupos que reciben un tratamiento diferenciado, la medida discriminatoria, ni las razones por las que tal diferenciación lesiona este principio. (ii) El peticionario supuso

erróneamente que el tratamiento diferenciado injustificado se presenta entre la madre que padece una enfermedad mortal y no puede prestar su consentimiento durante el embarazo y las mujeres que tienen una enfermedad mental o una grave anomalía psíquica, en cuyo caso, en virtud del mismo Artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, sus hijos sí podrían ser adoptados. No obstante, esta acusación parte de un entendimiento errado de la preceptiva legal. (iii) De entenderse que la diferenciación normativa se presenta entre las mujeres en general y aquellas que padecen una enfermedad grave que las llevará inexorablemente a la muerte en el inmediato plazo, el cargo tampoco está llamado a prosperar, pues en uno y otro caso la circunstancia del embarazo envuelve una condición anímica que afecta la validez del consentimiento.

- Por último, el precepto acusado tampoco lesiona el deber del Estado de proteger la familia, toda vez que la institución de la adopción está en función del interés superior del niño, y no en función de los intereses de los progenitores o de la familia considerada en abstracto: "La adopción es ante todo una medida de especial protección del interés superior de los niños, orientada a satisfacer sus derechos que son en todo sentido prevalentes, pretendiendo garantizar al niño en situación de abandono un hogar estable, en el que pueda desarrollarse de manera armónica e integral". Por tal motivo, el hecho de limitar la validez del consentimiento de la madre biológica cuando tal restricción persigue el bienestar del menor, no tiene por qué ser considerado como un ataque a la familia.

#### 4.2. Defensoría del Pueblo

En el escrito de intervención de la Defensoría del Pueblo presentado el día 23 de enero de 2013, se consideró que la Corte debía abstenerse de proferir un fallo de fondo o que, en defecto de lo anterior, debía declarar la exequibilidad del precepto demandado.

Con respecto a la primera de estas peticiones, se presentan los siguientes argumentos:

- Por un lado, no es posible individualizar el contenido normativo impugnado, pues aunque el actor señala como constitucional el inciso 4º del Artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, sus acusaciones también recaen sobre el inciso 3º, relativo a los eventos de falta de consentimiento para la adopción, por la muerte o enfermedad mental o grave anomalía psíquica de alguno de los padres.

En este sentido, el peticionario compara la situación de la madre gestante que tiene una enfermedad mortal, con la de aquella que tiene una anomalía síquica y ya ha dado a luz, argumentando que pese a que en la primera de estas hipótesis es posible otorgar un consentimiento exento de vicios, la normativa legal desconoce su validez, mientras que en el segundo caso no se exige tal manifestación de voluntad para la adopción. No obstante, se trata de circunstancias no comparables, que responden a realidades distintas y que tienen efectos jurídicos diversos: en el primer caso la madre se encuentra en estado de gestación y, pese a que en principio no se encuentra afectada su integridad mental, el Estado desconoce la validez de su manifestación de voluntad, en virtud de las especiales circunstancias que atraviesa por su estado de embarazo; en la otra hipótesis, por el contrario, cuando la madre padece una alteración síquica, el Estado no exige su consentimiento para el proceso de adopción.

- La solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad se propone a partir de una hipótesis excepcional, cuya ocurrencia real tiene un nivel mínimo de probabilidad y que en realidad “trasciende el ámbito jurídico”.
- Finalmente, pese a que la demanda también impugna el aparte normativo que establece una prohibición general para otorgar el consentimiento en la adopción frente a personas determinadas, salvo cuando exista un parentesco por consanguinidad hasta el tercer grado o por afinidad hasta el segundo grado, el actor no presenta ninguna acusación específica a partir de la cual se pueda configurar un cargo de inconstitucionalidad.

Con respecto a la solicitud de declaratoria de exequibilidad, la Defensoría considera que pese al déficit argumentativo de la demanda, en virtud del auto admisorio, del principio pro actione y de la apremiante situación en la que se puede encontrar una mujer gestante cuyo fallecimiento es inminente, pero que desea adoptar todas las medidas para la protección de su hijo hacia el futuro, existe una mínima duda sobre la constitucionalidad del precepto demandado, que amerita el correspondiente examen por parte de esta Corporación. En este sentido, considera que la norma debe ser declarada exequible, por las siguientes razones:

- Según la jurisprudencia constitucional[3], el consentimiento no solo debe estar exento de vicios (error, fuerza o dolo), sino que además debe ser apto, es decir, otorgado

en circunstancias de estabilidad anímica y emocional, y de plena conciencia y libertad. Esta aptitud se desdibuja cuando acaecen circunstancias excepcionales que merman la autonomía de la voluntad, como ocurre justamente durante el embarazo; prueba de tal circunstancia, es que los consentimientos otorgados antes del parto tienen una alta probabilidad de ser revocados, y tal revocación no solo tiene efectos nocivos en la propia madre, sino sobre todo en el menor. En otras palabras, el estado de embarazo y el período inmediatamente posterior al parto, es incompatible con la seguridad, seriedad y estabilidad del consentimiento, por lo que las medidas legislativas que lo limitan en estos períodos temporales son válidas.

- Aun suponiendo que la gestación no afecta el consentimiento de la madre para dar en adopción a su hijo por nacer, por regla general esta manifestación de voluntad carecería de validez, toda vez que desconoce la patria potestad del padre, cuyo consentimiento constituye un requisito para el perfeccionamiento del proceso de adopción.
- El padecimiento físico que implica una enfermedad mortal en su fase terminal, así como la alteración anímica que genera la inminencia de la muerte, alteran de forma significativa la aptitud del consentimiento. A pesar de que la madre haya sido informada y asesorada ampliamente sobre el proceso y los efectos de la adopción, la manifestación de su voluntad se encuentra viciada, por lo que no es posible otorgarle los efectos jurídicos correspondientes: “la penosa situación en la que se encontraría la madre del caso hipotético no es un momento adecuado para tener plena conciencia de su determinación de dar en adopción al hijo -aún por nacer, razón por la que el consentimiento que llegara devendría en inconstitucional a falta del requisito de aptitud”.

#### 4.3. Ministerio de Justicia

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 24 de enero de 2013, el Ministerio de Justicia solicitó un fallo inhibitorio, por cuanto a su juicio, la demanda no plantea ningún cargo de inconstitucionalidad, así:

De una parte, el actor no señaló ninguna razón que ponga en evidencia la contradicción u oposición normativa entre la disposición legal y el ordenamiento superior, sino únicamente motivos de conveniencia para solucionar la excepcional hipótesis por él planteada, para que

la madre del hijo que está por nacer y que según pronóstico médico morirá a la finalización del embarazo, pueda prestar anticipadamente su consentimiento para que su hijo sea adoptado y para determinar el adoptante.

Por otra parte, la acusación por la supuesta transgresión del principio de igualdad no está formulada adecuadamente, dado que no existen extremos de comparación asimilables. En efecto, el actor contrasta dos situaciones sustancialmente distintas: por un lado, el caso de la mujer embarazada que fallecerá al término de la gestación y que pretende prestar anticipadamente el consentimiento, y por otro, el de la ausencia de padre o madre de un niño ya nacido, “caso en el cual otra persona ejercerá la patria potestad del mismo y será quien pueda dar el consentimiento de adopción”.

Finalmente, al no existir un cargo por la vulneración del principio de igualdad, carece de objeto examinar la eventual transgresión del derecho a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, “pues si ni siquiera puede prestar su consentimiento para que el niño sea dado en adopción, mucho menos puede determinar el posible adoptante”.

#### 4.4. Universidad Externado de Colombia

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 25 de enero de 2013, la Universidad Externado de Colombia solicitó un fallo inhibitorio o la declaratoria de cosa juzgada constitucional y, en su defecto, la declaratoria de exequibilidad del precepto demandado.

En cuanto a la primera de estas peticiones, se argumenta que la demanda no señala ninguna razón que ponga en evidencia la contradicción entre la disposición acusada y la Carta Política o las normas que integran el bloque de constitucionalidad, sino únicamente consideraciones vagas e indeterminadas sobre supuestos fácticos específicos excepcionales e inusitados, que a juicio del actor no son resueltos adecuadamente en la preceptiva legal.

En segundo lugar, se advierte que en estricto sentido se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada implícita, en la medida en que en la Sentencia C-383 de 1996[4] se declaró la exequibilidad de la Ley 265 de 1996, que aprueba el “Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Protección Internacional”, y cuyo Artículo 4.c.4 dispone que el consentimiento de la madre para la adopción debe ocurrir después del

nacimiento del niño, al igual que la norma impugnada.

Teniendo en cuenta que en virtud del Artículo 93 de la Carta Política, los instrumentos internacionales de derechos humanos constituyen una pauta hermenéutica del derecho legislado o un parámetro de constitucionalidad de las leyes, y que en virtud del Artículo 6º de la Ley 1098 de 2006, los tratados internacionales de derechos humanos son una guía para la interpretación de dicha normativa, debe concluirse que la medida impugnada no solo no desconoce el ordenamiento superior, sino que además, propugna por el bienestar de los niños y por el respeto de los derechos del padre, para que la adopción sea el resultado de una decisión conjunta.

En tercer lugar, se advierte que la limitación temporal para el otorgamiento del consentimiento para la adopción tiene pleno sustento constitucional, pues como la aptitud física y emocional se afecta seria y gravemente en circunstancias como el embarazo, la exigencia legal responde a la naturaleza misma de la adopción como medida de protección del menor. Esta tesis se sostuvo expresamente en la Sentencia T-510 de 2003[5] y fue, además, el fundamento de la nueva legislación.

Por tal motivo, la medida legislativa cuestionada no vulnera el principio de igualdad, y por el contrario, asegura la igualdad entre el padre y la madre frente al menor que está por nacer. Análogamente, tampoco desconoce el Artículo 42 de la Carta Política, en cuanto asegura que la inserción del niño en su nueva familia sea el resultado de decisiones responsables y no de circunstancias apremiantes.

De este modo, en la circunstancia excepcional planteada por el actor, en la que la madre gestante padece una enfermedad que la llevará a la muerte al término del embarazo, “el padre es el primer llamado a continuar ejerciendo la patria potestad sobre ese hijo, de no estar en condiciones de ejercerla o de no conocerse un padre que reclame la paternidad, los primeros llamados a garantizar al menor de edad su derecho a tener una familia a través de la adopción, es su familia biológica extensa de conformidad con el artículo 56 de la Ley 1098 de 2006 y 61 del Código Civil Colombiano, de manera que se está garantizando la realización y ejercicio de todos los derechos fundamentales y prevalente de ese niño, niña o adolescente”.

#### 4.5. Instituto de familia de la Universidad de la Sabana

En el escrito presentado a esta Corporación el día 30 de enero de 2013, el Instituto de Familia de la Universidad de la Sabana consideró que se debía rechazar la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad del precepto demandado, por las siguientes razones:

En primer lugar, en la hipótesis puesta a consideración de la Corte, el actor no aporta ninguna razón de la cual pueda surgir la necesidad de apelar a la adopción, toda vez que en principio, la familia estaría conformada por su propio padre, y en su defecto, por los miembros de su familia extensa, quienes podrían hacerse cargo del niño en virtud de los artículos 67 y 68 de la Ley 1068 de 2006. Únicamente en defecto de éstos, el Estado, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), podría declarar al menor estado de adoptabilidad.

En segundo lugar, como el caso propuesto por el actor es “absolutamente excepcional”, pues implica la muerte de la madre entre el 6º y el 9º mes de la gestación, carece de sentido solicitar la modificación de la normativa legal en virtud de una situación hipotética, cuya probabilidad de ocurrencia es prácticamente nula.

En tercer lugar, la limitación temporal para el otorgamiento del consentimiento, responde a la necesidad de conferir estabilidad y elementos de juicio a la decisión de los padres biológicos, pues la ciencia médica y la experiencia han demostrado que el contacto físico y afectivo de los padres con los hijos constituye un factor determinante de la decisión.

Por último, la legislación internacional y la jurisprudencia constitucional han reconocido la necesidad de prohibir el consentimiento de la madre para la adopción durante la gestación, por lo que los cambios en esta materia afectarían la seguridad jurídica. Este es el caso del “Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Protección Internacional”, que contiene una prohibición semejante, y cuya constitucionalidad fue declarada en la Sentencia C-383 de 1996[6].

#### 4.6. Universidad del Rosario

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 31 de enero de 2013, la Universidad del Rosario solicitó la declaratoria de exequibilidad del precepto demandado. Para respaldar su petición, el interveniente presenta dos tipos de consideraciones:

Por una parte, se refiere a la regla general que establece el momento a partir del cual la madre puede prestar el consentimiento para dar en adopción a su hijo. A su juicio, como la normativa constitucional se limita a fijar una genérica y “escueta instrucción” relativa al deber del Estado de proteger la familia y a la prohibición general de discriminación entre los hijos, sin fijar “un norte legislativo en esta materia”, y como la norma impugnada solamente establece límites temporales al consentimiento para la adopción, no existe ningún elemento de juicio a partir del cual se pueda inferir la transgresión de la Carta Política. De esta manera, si bien la legislación no contempla una regla específica que atienda a la excepcional y original problemática planteada por el actor, esto en modo alguno significa que la disposición acusada haya desconocido el texto superior. Es más, prácticamente cualquier orientación legislativa en esta materia sería admisible desde el punto de vista constitucional, de modo que frente al silencio del ordenamiento superior, cabrían las soluciones opuestas, como permitir el consentimiento antes del nacimiento para todos los casos, o al contrario, independizar absolutamente la figura de la adopción de la voluntad filial. Adicionalmente, esta medida legislativa tiene su propia racionalidad, ya que como por regla general el contacto directo con los niños estimula el deseo de reconocer y asumir la relación paterno-filial, la decisión de dar en adopción a los hijos debe concederse únicamente cuando ya se ha superado esta etapa.

Por otro lado, el interveniente se refiere al caso esbozado por el actor, haciendo dos tipos de precisiones: En primer lugar, se aclara que la situación concreta a partir de la cual se cuestiona la constitucionalidad del precepto legal, es prácticamente de imposible ocurrencia, respondiendo más a un ejercicio imaginativo, que a una problemática real. En efecto, el caso planteado por el actor requiere la confluencia de las siguientes circunstancias: (i) Que la mujer en gestación no tenga cónyuge o compañero permanente, o que haya muerto o esté desaparecido; como en principio corresponde al padre conformar una familia con el menor cuya madre ha muerto, y como por tal motivo el consentimiento de la madre no puede afectar dicha relación filial, la hipótesis solo cobra sentido cuando el padre es desconocido o ha muerto, y la madre gestante próxima a morir carece de cónyuge o compañero permanente; (ii) Que exista certeza sobre la muerte durante la gestación, el parto, o el mes siguiente al nacimiento; (iii) Que la familia extendida no ofrezca al menor las condiciones para su adoptabilidad (iv) Que la madre muera efectivamente durante el parto o dentro del mes subsiguiente al mismo, y que el menor sobreviva.

En esta situación extrema e inusitada, la legislación ordinaria prevé todos los dispositivos necesarios para garantizar el bienestar del menor: (i) La Ley 1306 de 2009 (arts. 63 a 68) consagra el sistema de guarda testamentaria, para que el padre o madre que cuya muerte es inminente, asegure que su hijo sea protegido por la persona que él designe, sin necesidad de alterar la composición familiar; (ii) los miembros de la familia del menor huérfano tienen la condición de curadores legítimos (Art. 68, Ley 1306 de 2009); (iii) el niño se puede integrar a su familia extensa a través de la figura de la solidaridad familiar, y posteriormente se puede configurar la relación paterno-filial con alguno o algunos de ellos, a través de la adopción (arts. 67 y 76 de la Ley 1098 de 2006).

Por las razones expuestas, el interviniente concluye que la disposición acusada se ajusta a la preceptiva constitucional, y que la hipótesis fáctica específica planteada por el actor tiene una solución adecuada en la normativa legal.

El día 13 de febrero de 2013, la Academia Colombiana de Jurisprudencia presentó escrito de intervención, en el que solicita a la Corte que se inhiba de proferir un fallo de fondo, y en su defecto, que declare la exequibilidad del precepto controvertido.

Frente a la solicitud de fallo inhibitorio, se sostiene lo siguiente:

- Los cargos no satisfacen la exigencia de claridad: con respecto a la vulneración del Artículo 13 de la Carta Política, el actor compara dos situaciones sustancialmente distintas que no pueden ser equiparadas, como él pretende: en un caso existe una persona hábil para dar el consentimiento, como es la mujer embarazada gravemente enferma, y en el otro, una persona que, o ha muerto, o carece de la capacidad para prestarlo, por lo que carece de todo sentido exigir el consentimiento en esta circunstancia. Con respecto al Artículo 42 de la Carta Política, en la demanda únicamente se transcribe el precepto constitucional y se señala que la norma impugnada no respeta el derecho de la madre a definir el núcleo familiar de su hijo.
- En segundo lugar, las acusaciones no satisfacen la exigencia de certeza. La razón de ello es que la demanda se refiere a una hipótesis fáctica que no está contemplada expresamente por el precepto acusado.
- Finalmente, el escrito contiene únicamente consideraciones vagas, abstractas y

“adornada con suposiciones personalísimas” que impiden formular un juicio de constitucionalidad.

Con respecto a la solicitud de declaratoria de exequibilidad, el interveniente presenta los siguientes argumentos:

- La tesis de inconstitucionalidad del demandante parte de un falso supuesto: que la muerte de la madre hace automáticamente necesaria, desde el punto de vista constitucional, la adopción. Sin embargo, dado que la adopción es una medida excepcional que opera como última medida para restablecer los derechos de los niños, cuando falta uno de los padres, el otro debe asumir la totalidad de la crianza, y en caso de que este no haya reconocido al hijo y no fuere posible determinarlo, la familia extensa debe hacerlo.
- La medida legislativa cuestionada por el actor responde a la necesidad de asegurar la paternidad responsable, y de evitar el comercio de menores respaldado en el propio consentimiento de la madre.

## 5. Concepto de la Procuraduría General de la Nación

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 14 de febrero de 2013, la Procuraduría General de la Nación solicitó que se declare la exequibilidad del precepto demandado, pero en el entendido de que “sí es válido el consentimiento de la madre gestante a quien se le haya certificado una situación médica podría causarle la muerte en un momento previo o simultáneo del niño o niña en gestación”.

Para arribar a esta conclusión, la entidad precisa el alcance de la demanda, y posteriormente indica las razones por las que es constitucionalmente necesario prever una regla especial y diferenciada para la hipótesis fáctica planteada por el actor.

Así, la entidad aclara que en el escrito de impugnación no se reclama la declaratoria de inexequibilidad simple de la norma acusada, sino la expedición de una sentencia aditiva que contemple una regla especial para la hipótesis fáctica excepcional expuesta por el actor y no prevista expresamente por el legislador[7], para que se admita la validez del consentimiento en la adopción prestado por la mujer que según pronóstico médico, morirá durante el embarazo o el parto; en estricto sentido, en esta sentencia aditiva no se

introduciría una fórmula alternativa a la medida legislativa cuestionada, sino que únicamente se establecería una excepción a la regla general que prohíbe prestar el consentimiento durante la gestación.

Una vez aclarado el sentido y alcance de la demanda de inconstitucionalidad, se señalan las razones por las cuales hay lugar a la sentencia aditiva reclamada, por existir una omisión legislativa relativa. A juicio de la entidad, aunque la previsión legislativa que prohíbe el consentimiento para la adopción antes del nacimiento es en general admisible desde el punto de vista constitucional, el caso particular de la mujer embarazada que está próxima a su muerte, requería un tratamiento especial y diferenciado.

En efecto, el niño no nacido es un sujeto de derecho y de especial protección, tal como se establece y reconoce en las distintas categorías normativas que integran el ordenamiento jurídico: (i) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en virtud del Artículo 93 de la Carta Política hace parte del bloque de constitucionalidad, dispone en su Artículo 1 que “persona es todo ser humano”, sin excluir de tal categoría a los seres humanos no nacidos, por lo que en esta condición, tiene todos los derechos convencionales, como el derecho a una familia; (ii) la Convención sobre Derechos del Niño, que también integra el bloque de constitucionalidad, establece en su Artículo 1 que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”, y en su Artículo 2, que los Estados tienen la obligación de asegurar la totalidad de los derechos previstos en este instrumento; (iii) los artículos 91 y 93 del Código Civil disponen que los seres humanos no nacidos son personas, y que sus derechos están en suspenso hasta el momento del nacimiento, sin perjuicio de su protección cuando se encuentra en la fase intrauterina; (iv) la jurisprudencia constitucional ha considerado que por su especial vulnerabilidad, los no nacidos son sujetos de especial protección, tal como se sostuvo en las sentencias T-990 de 2010[8] y C-591 de 1995[9].

Así las cosas, si un niño nacido puede ser dado en adopción cuando es declarado en condición de adoptabilidad o cuando sus padres consentan en ello, con mayor razón el no nacido cuya madre se encuentra en un inminente peligro de muerte debería poder ser dado en adopción por ambos padres o por aquella, cuando es la única que ostenta la relación filial. Una solución diversa desconocería el derecho de todas las personas a tener una familia. Adicionalmente, no existe ninguna razón objetiva y razonable para que se desconozca la validez del consentimiento otorgado por la madre cuya muerte es inexorable.

## 1. Competencia

De acuerdo con el Artículo 241.4 de la Carta Política, esta Corporación es competente para conocer y pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto demandado, en la medida en que se trata de una disposición de naturaleza y rango legal.

## 2. Cosa juzgada

A juicio de la Universidad Externado de Colombia, esta Corte debe estarse a lo resuelto en la Sentencia C-383 de 1996[10], que declaró la constitucionalidad de la Ley 265 de 1996, aprobatoria del “Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Protección Internacional”, y en cuyo Artículo 4.c.4 se establece que el consentimiento de la madre para la adopción debe otorgarse después del parto.

En primer lugar, a pesar de la pretendida coincidencia material entre la disposición cuya constitucionalidad fue declarada en la Sentencia C-383 de 1996, y el Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006, el significado y el contexto normativo de ambos preceptos difiere sustancialmente. Por este motivo, no es posible eludir el examen de constitucionalidad con fundamento en la figura de la cosa juzgada, pues aquel fallo no solo se pronunció sobre una disposición jurídica distinta, sino también sobre un contenido normativo diverso[11].

En efecto, el “Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Protección Internacional” tiene por objeto la definición de un sistema de cooperación entre los Estados que asegure el interés superior del niño en las adopciones internacionales[12]. Dentro de este propósito general del tratado, el Artículo 4 fija una serie de condiciones para el reconocimiento de las adopciones internacionales entre los Estados contratantes, cuando un niño con residencia habitual en uno de estos países, es o pretender ser desplazado a otro en virtud de la constitución de un vínculo de filiación[13]; dentro de estas condiciones se encuentra justamente que el consentimiento de la madre para la adopción, cuando sea requerido según la legislación interna, haya sido conferido después del nacimiento. Como puede observarse, la norma no fija los requisitos de las adopciones de menores, ni establece como condición el consentimiento, ni tampoco que éste se produzca luego del nacimiento del menor; lo que se dispone es que el reconocimiento de la adopción

internacional por parte del Estado de recepción, se debe condicionar a que el consentimiento de la madre se haya producido luego del nacimiento.

Por el contrario, el Artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 establece como condición de validez del consentimiento de la madre para la adopción de su hijo biológico, que sea otorgado un mes después de acaecido el nacimiento.

De este modo, existen diferencias sustanciales entre una y otra disposición, así: (i) Mientras la Ley 265 de 1996 establece las condiciones para que el reconocimiento estatal de las adopciones internacionales, en la Ley 1098 de 2006 se fijan los requisitos legales para la constitución del vínculo filial; esta diferencia es sustancial, porque bien podría ocurrir que una adopción perfeccionada al amparo de la legislación nacional no sea reconocida por otro Estado; (ii) la Ley 265 de 1996 se refiere exclusivamente a las adopciones internacionales, mientras que el Código de la Infancia y la Adolescencia se refiere a éstas y a las nacionales; (iii) si bien ambas normas coinciden en impedir el consentimiento de la madre para la adopción del hijo en gestación, la Ley 1098 de 2006 establece una limitación temporal más extensa, ya que se prolonga hasta un mes después del parto.

De este modo, la divergencia en el contenido de ambos preceptos da lugar a un juicio de constitucionalidad sustancialmente distinto. La pregunta por la validez de las condiciones para el reconocimiento de las adopciones internacionales es distinta de la pregunta por la validez de sus requisitos legales. Por este motivo, el fundamento sobre el cual la interviniente consideró configurado el fenómeno de la cosa juzgada material, es inexistente.

Ahora bien, aunque la consideración anterior es suficiente por sí sola para descartar la solicitud de la Universidad Externado de Colombia, existen razones adicionales que refuerzan esta conclusión. En efecto, aunque el control constitucional de los tratados internacionales es integral<sup>[14]</sup>, motivo por el cual la declaratoria de exequibilidad en principio tiene efectos de cosa juzgada absoluta, en algunas oportunidades la respectiva providencia ha dejado de considerar uno o más cargos que son planteados posteriormente en otro proceso. En estas circunstancias, la existencia de un fallo anterior que declara la exequibilidad de un precepto legal no libera a la Corte de considerar el nuevo cargo planteado posteriormente.

Este es justamente el caso que se presenta en esta oportunidad. La Sentencia C-383 de 1996 contiene únicamente una consideración global sobre el tratado internacional, sin hacer un examen autónomo frente de la exigencia de que el consentimiento para la adopción de la madre biológica se produzca después del parto. En este sentido, en el fallo se afirma únicamente que “el Convenio se ajusta completamente a los principios y valores de la Constitución Política, en lo que concierne con el reconocimiento y respeto por los derechos de los niños (...) cuando fija una serie de normas para regular los diferentes aspectos que regulan la adopción internacional, (...) en lo que tiene que ver con (...) garantizar sus intereses superiores y el respeto de sus derechos fundamentales (...) prevenir toda forma de atentados con éstos, como su sustracción, venta, tráfico (...).”.

De este modo, el aludido fallo tiene las siguientes características relevantes para resolver la petición de la interveniente: (i) En éste no se realiza un juicio de constitucionalidad individualizado respecto del Artículo 4c.4 del Convenio, cuya presunta coincidencia material con el Artículo 66.4 del Código de la Infancia y la Adolescencia relevaría a esta Corporación de un nuevo examen; (ii) no se confrontó expresamente el Artículo 4.c.4 del Convenio con el principio de igualdad ni con el deber del Estado de proteger la familia, que fueron invocados en esta oportunidad como fundamento de la inconstitucionalidad del precepto demandado; (iii) no se examinó la eventual configuración de una omisión normativa inconstitucional por parte del Artículo 4.c.4 del tratado, por no prever una excepción a la regla general que prohíbe prestar el consentimiento en la adopción durante la gestación, cuando la madre padece una enfermedad mortal que inexorablemente la llevará a la muerte al término del embarazo.

Así, incluso asumiendo que la coincidencia material entre el Artículo 4.c.4 de la Ley 265 de 1996 y la disposición examinada en esta oportunidad, no hay lugar a estarse a lo resuelto en la Sentencia C-383 de 1996, porque en todo caso la declaratoria de exequibilidad no estuvo precedida del análisis de los cargos planteados en este caso.

Por las consideraciones expuestas, la Corte desechará la solicitud de la Universidad Externado de Colombia de estarse a la resuelto en el fallo aludido.

### 3. Aptitud de la demanda

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de

Justicia, la Universidad Externado de Colombia y la Academia Colombiana de Jurisprudencia, coinciden en que los cargos de la demanda de inconstitucionalidad no fueron formulados adecuadamente, y que por tal motivo, la Corte debe abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo. Por esta razón, a partir de los señalamientos de los intervenientes, se definirá si las acusaciones del actor reúnen las exigencias fundamentales para la estructuración de un juicio de constitucionalidad.

3.1. Los intervenientes señalaron dos tipos de deficiencias: por un lado, no se individualizó correctamente la normativa demandada, y por otro, las acusaciones contenían varios déficits argumentativos.

Con respecto al primero de estos yerros, se indicó lo siguiente: (i) En la medida en que existe una coincidencia material entre los artículos 66.2 y 66.4 de la Ley 1098 de 2006, el actor ha debido impugnar ambos apartes normativos, y no solamente este último; (iii) aunque formalmente se demandó el Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006, las acusaciones no versaron sobre su contenido normativo, sino sobre una hipótesis específica de aplicación que a juicio del peticionario es resuelta indebidamente en la legislación, pero que en realidad no está prevista de manera expresa en el precepto acusado.

Con respecto a la segunda de las deficiencias, los intervenientes sostienen que argumentos del actor no logran poner de manifiesto la oposición entre la preceptiva constitucional y la disposición legal demandada, así: (i) En estricto sentido no existen cargos frente al segundo aparte normativo contenido en el Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006, pues el reproche se dirigió únicamente a controvertir la regla que prohíbe dar el consentimiento para la adopción del niño que está por nacer, pero no a la regla que prohíbe individualizar al adoptante, salvo que se trate de un pariente cercano del niño; (ii) Los cargos se formularon a partir de consideraciones abstractas y globales sobre la presunta inconstitucionalidad de la norma, pero no a partir de una confrontación objetiva entre el contenido de la disposición y el ordenamiento superior; (iii) La acusación por la vulneración del principio de igualdad no se formuló correctamente, pues se elaboró a partir de hipótesis no asimilables y entre las cuales no se podía establecer una comparación objetiva.

Pasa entonces la Corte a verificar si están dados los presupuestos para un pronunciamiento de fondo.

3.2. Este Corte difiere de la apreciación del ICBF, en el sentido de que no hay lugar a un pronunciamiento de fondo porque el actor únicamente demandó el Artículo 664 de la Ley 1098 de 2006, a pesar de su coincidencia con el Artículo 66.2 de la misma ley. En caso de que haya lugar a un pronunciamiento de fondo, esta circunstancia no daría lugar a un fallo inhibitorio, sino a la integración normativa.

En efecto, tal como se indicó anteriormente, el actor solo demandó el Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006, que niega la validez del consentimiento otorgado para la adopción del hijo que está por nacer. No obstante, el Inciso 2 del mismo Artículo dispone que “se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto”. Dado que en ambos preceptos se prohíbe la manifestación de voluntad durante la gestación, la Corte se pregunta si en virtud de esta coincidencia material, hay lugar a la conformación de la unidad normativa[15].

Pese a que la integración normativa tiene un carácter excepcional, en cuanto implica un control constitucional oficioso de las disposiciones jurídicas no impugnadas, y en cuanto restringe el carácter participativo de las acciones de inconstitucionalidad porque ni el actor ni los intervenientes en el proceso tienen la oportunidad de pronunciarse expresamente sobre los preceptos no demandados[16], en caso de que haya lugar a un examen de constitucional, el control debe recaer sobre ambas proposiciones cuyo contenido es coincidente.

En efecto, en virtud de Artículo 6.3 del Decreto 2067 de 1991, según el cual “la Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en las sentencias las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales”, y en virtud del principio de la supremacía constitucional y del deber de la Corte Constitucional de garantizar su integridad y prevalencia dentro del ordenamiento jurídico, cuando el contenido de una disposición que ha sido demandada se encuentra reproducido en otra que no lo ha sido, se hace imperiosa la conformación de la unidad y el pronunciamiento conjunto sobre ambos preceptos, so pena de tornar inútil el pronunciamiento judicial; en efecto, de no procederse de este modo y declarar la inexequibilidad, la cláusula no impugnada seguiría desplegando sus efectos jurídicos, en claro y franco desconocimiento del orden constitucional; y en caso contrario, cuando se declara la exequibilidad, la regla no demanda aún podría ser impugnada, con lo que el fallo

de la Corte sería igualmente inocuo. Así pues, en cualquiera de estas hipótesis la ausencia de integración compromete la supremacía constitucional[17].

En este caso particular se advierte la coincidencia material entre el Artículo 66.2 de la Ley 1098 de 2006 y el Artículo 66.4 de la misma ley, pues en ambos casos se dispone la invalidez del consentimiento para la adopción que se otorga durante el embarazo. En el primer caso, la norma establece que la manifestación de voluntad en la adopción del hijo biológico debe ser constitucionalmente idóneo, y que esta idoneidad solo se presenta cuando se otorga un mes después del día del parto. En el segundo caso, la norma dispone que la manifestación de voluntad en la adopción, proferida antes del parto carece de validez. Así pues, en ambos casos se establece un límite temporal al consentimiento: el período de la gestación.

3.3. Tampoco coincide la Corte con la tesis de la Defensoría del Pueblo según la cual no existe ninguna acusación específica con respecto a la segunda de las dos reglas contenidas en el Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006, que prohíbe la individualización del adoptante salvo en el caso de los parientes cercanos. A su juicio, la demanda se refiere exclusivamente a la primera de las reglas legales, que prohíbe el consentimiento en la adopción respecto de los niños en gestación, por lo que en caso de existir un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación, este se debe circunscribir a esta regla, y no a aquella.

La Corte encuentra que en efecto, el aparte normativo impugnado en la demanda de inconstitucionalidad está integrado por dos reglas autónomas e independientes: por un lado, se encuentra la prohibición para otorgar consentimiento para la adopción durante el embarazo; en este sentido, el Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006 dispone que “no tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer”. Y por otro lado, se encuentra la prohibición para que se individualicen los adoptantes del hijo, salvo cuando se trate de un pariente hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o cuando se trate del hijo del cónyuge o compañero permanente; en este sentido, el mismo Artículo dispone que carece de validez “el consentimiento que se otorguen relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante”.

Sin embargo, contrariamente a la tesis de la Defensoría del Pueblo, la demanda cuestiona la medida legislativa para el caso de la mujer embarazada con pronóstico de muerte, que desea dar en adopción a su hijo y determinar el núcleo familiar al que se insertará tras su fallecimiento. La solución del ordenamiento jurídico no solo deriva de la regla que prohíbe dar el consentimiento, sino también de aquella que prohíbe la individualización del adoptante. De modo que los cargos versan sobre la totalidad del Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006 y no solo la primera de las reglas en este contenido.

3.4. Pese a lo anterior, este tribunal encuentra que los cargos de la demanda tienen dos deficiencias insalvables.

En primer lugar, los cargos planteados por el actor por la presunta infracción del principio de igualdad y del deber de proteger la familia, parten de una comprensión manifiestamente inadecuada del Artículo 6 de la Ley 1098 de 2006 y de la legislación concordante. En efecto, toda la acusación del accionante parte del falso supuesto de que cuando una mujer embarazada padece una enfermedad mortal que con alta probabilidad morirá al término del embarazo, no es posible, ni dar al hijo en adopción, con lo que el menor queda en una situación de desprotección por no poder establecer nuevos vínculos filiales, ni individualizar al adoptante, con lo que éste no puede ser insertado a un nuevo núcleo familiar según los designios de sus padres biológicos.

Sin embargo, esta acusación parte de una confusión sobre el sentido y alcance de la legislación.

Con respecto a la presunta carencia de vínculos filiales del menor tras la muerte de su madre, la Corte encuentra que esta suposición es infundada, por las siguientes razones:

- Cuando la madre muere, en condiciones regulares subsiste el padre, y en esta hipótesis general la relación paterno-filial se mantiene con él, y entre éste y el menor conforman la familia nuclear. En este caso el padre tiene varias opciones: primero, puede conservar el vínculo filial de manera exclusiva, caso en el cual no se vislumbra el desconocimiento de ningún principio o derecho constitucional, pues el padre decide libre y autónomamente asumir íntegramente la paternidad; segundo, también podría conservar el vínculo filial, pero integrar al núcleo familiar a otra persona que asume el rol materno; en virtud del Artículo 68.5 de la Ley 1098 de 2006, el menor huérfano de madre podría ser

adoptado por la cónyuge o compañera permanente del padre sobreviviente[18]; en esta segunda hipótesis tampoco se vislumbra la vulneración del ordenamiento superior, pues justamente a la luz de la legislación es perfectamente viable esta figura; y en tercer lugar, el padre podría renunciar definitivamente a la filiación, y dar a su hijo en adopción, mediante el otorgamiento del consentimiento correspondiente; tampoco en este caso la disposición acusada obstaculiza la adopción, como erróneamente lo supuso el peticionario. De modo que cuando el padre biológico ha conformado un vínculo con el niño huérfano de madre, la limitación legal no tiene ninguna operancia.

- Excepcionalmente puede ocurrir que tras el fallecimiento de la progenitora, tampoco haya un padre que ejerza la paternidad, bien sea porque éste falleció previamente, o porque el menor es de padre desconocido y no es posible su identificación. De acuerdo con las previsiones de los artículos 63 y 68.3 de la misma ley, el niño debe ser declarado en situación de adoptabilidad, y en consecuencia, puede ser adoptado. Como puede observarse, tampoco en esta situación excepcional la aserción del actor tiene sustento normativo, pues la limitación al consentimiento no obsta para la adopción de su hijo tras la muerte de su progenitora.

Esto significa que el problema jurídico no puede versar sobre la supuesta carencia de vínculos filiales del niño huérfano cuando muere la mujer que durante su gestación no pudo prestar el consentimiento, pues cuando el niño tiene padre, conforma con él una familia, y corresponde a él la decisión sobre la filiación; y cuando no tiene a su padre, el menor puede ser adoptado en virtud de la declaratoria de adoptabilidad.

Ahora bien, con respecto al segundo de los supuestos del peticionario, es decir, sobre la supuesta imposibilidad de la madre para individualizar y determinar al adoptante, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con las consideraciones anteriores, cuando el menor huérfano de madre tiene un padre, corresponde a él definir el núcleo familiar, bien sea conservando de manera exclusiva la relación paterno-filial, o bien compartiéndola con su nueva cónyuge o compañera permanente, o renunciando definitivamente a la filiación y dando su hijo en adopción, hipótesis en la cual puede individualizar al adoptante cuando se trata de un pariente cercano, en los términos del Artículo del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Únicamente cuando el niño en gestación no tiene parente conocido y su progenitora está próxima a morir, la disposición legal controvertida realmente impide la individualización del adoptante. Solo en esta hipótesis excepcional la acusación del accionante sobre la imposibilidad legal para determinar al adoptante, es consistente con la legislación vigente. En todos los demás casos los reproches de la demanda parten de falsas suposiciones sobre el sentido y alcance de ley.

3.5. Pese a lo anterior, la Corte encuentra que no es posible valorar la solución que el ordenamiento jurídico ofrece al caso particular planteado por el demandante. La razón de ello es que aunque ordenamiento superior admite el control constitucional de la legislación por omisiones legislativas relativas, cuando se considera que la ley ha debido prever una regla exceptiva a una medida general, y que la carencia de tal regla especial implica la infracción de la Carta Política o de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, en este caso las dificultades o problemas constitucionales esgrimidos por el actor no devienen de la presunta omisión, sino justamente, de las particularidades de la hipótesis excepcional puesta a consideración de la Corte; en tales circunstancias, la solución no se puede dar en el marco de las acciones de inconstitucionalidad abstracta para reformular una disposición legal, sino en el ámbito de aplicación del derecho, en el cual las autoridades competentes y, si es del caso, el juez, incluido el de tutela, pueden apreciar las circunstancias que conducirían a morigerar, o incluso a exceptuar la aplicación de una previsión normativa que resulte constitucionalmente inadecuada para la solución de un caso concreto.

En efecto, algunos de los intervenientes sostuvieron que no había lugar a un pronunciamiento de fondo, porque pese a que formalmente se demandó el Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006, en realidad el cargo no versa sobre esta disposición, sino sobre una hipótesis fáctica específica, particularmente atípica e inusual, para la cual se reclama una regla especial por vía jurisprudencial: el caso de la mujer en gestación que padece una enfermedad mortal y que según diagnóstico médico, morirá al término del embarazo. En otras palabras, se sostiene que el juicio de constitucionalidad carece de objeto, en tanto no existe un precepto legal sobre el cual recaigan las acusaciones de la demanda.

Esta consideración no conduce automática e inexorablemente a un fallo inhibitorio, pues el argumento del actor es que el precepto acusado prevé implícitamente una solución

inadecuada y contraria a la Carta Política, para un supuesto fáctico específico. Es decir, podría considerarse que el peticionario formuló el cargo oponiendo los preceptos constitucionales a una disposición legal, en tanto esta última contempla una solución jurídica incompatible con el principio de igualdad y con el derecho a tener una familia, para la situación planteada por él mismo.

Lo que ocurre es que aunque el accionante demandó el Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006, tal como lo exige el Artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, sus argumentos no están llamados a controvertir la regla general que en éste se prevé, sino a que la Corte establezca una salvedad o una excepción a la misma, y que a su juicio, indebidamente fue pasada por alto por el legislador. De este modo, cabría entender, como se hace por la Procuraduría General de la Nación, que la pretensión del actor no es la declaratoria de inexequibilidad simple del Artículo 66.4 de la Ley 1098 de 2006, sino la de que, frente a una omisión legislativa relativa, se expida una sentencia aditiva para que se deje a salvo la posibilidad de que la mujer gestante preste su consentimiento en la adopción, cuando según certificación médica, padece una enfermedad que con alta probabilidad la llevará a la muerte en un momento previo o simultáneo al nacimiento del niño.

Pese a lo anterior, ni el cargo por la presunta vulneración del principio de igualdad ni el cargo por el presunto desconocimiento del derecho a tener una familia, admiten un examen de fondo por esta Corporación.

Con respecto a la acusación por la infracción del principio de igualdad, el reproche se encamina a demostrar que la preceptiva legal deja en una situación de desventaja a las madres y sus hijos, cuando aquella padece una enfermedad mortal que la llevará a la muerte en el corto plazo. La supuesta discriminación se presenta en un doble sentido: frente a las mujeres que sobreviven al parto y a sus hijos, y frente a las mujeres que padecen una enfermedad mental o una grave anomalía psíquica y a sus hijos.

Observa la Corte que, aunque el demandante plantea la existencia de un problema de constitucionalidad derivado de la distinta situación en la que se encuentran la madre y el nasciturus en la hipótesis por el presentada, en relación con quienes no están en esa misma circunstancia, tal diferencia no es atribuible al contenido normativo demandado, sino que se deriva, precisamente, de las muy especiales circunstancias fácticas que reviste la

hipótesis formulada. De ese modo, el actor no logra articular un cargo por violación del principio de igualdad que plantea una duda razonable sobre la constitucionalidad de la disposición que acusa, a partir de la consideración de que la norma da un tratamiento igual a hipótesis fácticas que son asimilables, o que, por la contrario, da el mismo tratamiento a hipótesis que deberían ser distintas. A la sumo puede interpretarse que considera que la regla de derecho que se desprende de la disposición acusada resulta inadecuada para la atención de la hipótesis formulada, pero la inadecuación no puede articularse dentro de un juicio de igualdad, al menos en los términos en los que se pretende en la demanda.

Por otro lado, el segundo cargo se orientaría a demostrar que la norma acusada desconoce el Artículo 42 de la Carta Política, en tanto impide a la mujer que se encuentra en una situación crítica por la inminencia de su muerte, individualizar al adoptante de su hijo, cuando este tampoco tiene un parente conocido, dejando en desprotección al menor huérfano.

En principio este cargo plantea un problema con relevancia constitucional. En efecto, podría pensarse que ninguna de las razones que justifican la medida legislativa cuestionada, se encuentran en el supuesto fáctico esbozado por el actor, y que este sentido, la prohibición para individualizar el adoptante carece de sustento constitucional. La prohibición de dar en adopción al niño en gestación y hasta un mes después del parto, se justifica a partir de tres razones: de una parte, dado que el embarazo y el pos-parto con etapas en las que la mujer sufre cambios extremos y profundos que pueden llegar a alterar su estabilidad emocional, y que por tanto pueden impedir que su decisión sea el resultado de un juicio reflexivo, objetivo y profundo, no solo es razonable sino también necesario esperar a que la madre tenga las condiciones para poder llevar a efecto un examen de semejante envergadura[19].

De otro lado, como bien lo afirmó la Procuraduría General de la Nación y algunos de los intervenientes (Instituto de Familia de la Universidad de la Sabana y Universidad del Rosario), el contacto directo con el niño recién nacido es determinante en este tipo de decisiones, pues con mucha frecuencia este acercamiento disuada a los padres de renunciar al vínculo filial; por tal motivo, resulta sensato y prudente decidir la decisión a que se haya materializado la experiencia concreta de la paternidad. Finalmente, el comercio de menores, que hoy en día tiene unas dimensiones importantes, normalmente se viabiliza cuando la madre en gestación se compromete a entregar a su hijo, casi siempre a cambio de una retribución económica; esta es la razón de la restricción contenida en el Convenio

Relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Protección internacional, uno de cuyos objetivos fundamentales es justamente evitar el tráfico de niños[20]. Ninguna de estas razones tendría operancia en la hipótesis planteada, por la muerte inminente e inexorable de la madre.

De igual modo, también podría pensarse que la preocupación del actor tiene relevancia constitucional en cuanto la obligación del Estado de proteger la familia implica no solo asegurar que los niños que carecen de parentesco con su madre sean insertados en cualquier núcleo familiar, sino también que esta determinación responda al interés superior del niño, y que además respete la autonomía familiar. Dado que la protección de esta institución se materializa, no por vía de la intrusión sistemática del Estado en sus asuntos y problemáticas internas, sino a través del reconocimiento general de su autonomía y poder de autodeterminación, y de la intervención estatal excepcional, cuando sea indispensable para asegurar la efectividad de los derechos constitucionales de sus miembros[21], resulta razonable concluir que debería ser la propia madre enferma y próxima a morir, y no el Estado, la que determine el adoptante de su hijo.

3.6. En definitiva, la Corte debe inhibirse para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición impugnada, por las siguientes razones: (i) Aunque el actor demandó el Artículo 66.4 del Código de la Infancia y la Adolescencia, ninguna de las acusaciones se dirige a cuestionar la regla general allí prevista, sino a controvertir la solución que ésta se deriva para una hipótesis específica: la de la mujer embarazada que según pronóstico médico morirá inexorablemente al término del embarazo, y que desea dar en adopción e individualizar al adoptante antes de su fallecimiento; (ii) aunque podría entenderse que implícitamente la demanda plantea la existencia de una omisión legislativa relativa, que conduce a una sentencia de constitucionalidad condicionada, y no a una declaratoria de inexequibilidad, en cualquier caso los cargos formulados por el actor no permiten un fallo de fondo; (iii) Las acusaciones contenidas en la demanda parten de un falso supuesto sobre el contenido y alcance de la legislación relativa a la adopción, pues en todos ellos se supone erróneamente que en la hipótesis puesta a consideración de la Corte, el Código de la Infancia y la Adolescencia prohíbe dar al hijo huérfano en adopción, y determinar e individualizar al adoptante, cuando en realidad, el derecho positivo ofrece una solución distinta: por un lado, el menor sí puede ser dado en adopción cuando su madre fallece, ya que si el niño tiene un vínculo filial con el parentesco biológico, conforma con éste una familia, y

este último tiene la potestad para ejercer de manera exclusiva la paternidad, o para darlo en adopción; por otro lado, si el menor carece de padre conocido, debe ser declarado en situación de adoptabilidad por las instancias administrativas, y dado en adopción. Por otro lado, cuando el menor es dado en adopción por su padre, éste puede individualizar al adoptante cuando existe una relación de parentesco entre el niño y aquél, o cuando se trata de la cónyuge o compañera permanente del padre. Es decir, los cargos únicamente tiene asidero frente a la acusación por la prohibición de individualizar al adoptante (y no frente a la presunta imposibilidad de dar en adopción), cuando el niño huérfano carece de padre biológico conocido; (iv) En esta hipótesis excepcional, el planteamiento del actor no puede activar el control abstracto de constitucionalidad, ya que los cargos por la presunta infracción del principio de igualdad y del derecho a tener una familia, no devienen de la norma demandada, sino de las especificidades y particularidades del caso planteado por el accionante; en tales circunstancias, no es el control abstracto de constitucionalidad el escenario para solventar la problemática esbozada en la demanda, sino en la fase aplicativa del derecho, en las instancias administrativas y judiciales del caso.

### 3. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO.- INHIBIRSE de hacer un pronunciamiento de fondo en relación con lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente con excusa

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL T CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[2] Aprobado mediante Ley 265 de 1996.

[3] Como sustento de la afirmación se cita ampliamente la Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[4] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[5] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[6] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[7] Para justificar la procedencia de las sentencias aditivas se reseñan las sentencias C-1037 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; y C-1230 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[8] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[9] M.P. Jorge Arango Mejía.

[10] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[11] El fenómeno de la cosa juzgada material se presenta cuando con posterioridad a un fallo de constitucionalidad abstracta que se pronuncia con respecto de una disposición determinada, la Corte debe examinar otro precepto diferente que, o bien es literalmente idéntico a aquél sobre el cual se dio el pronunciamiento anterior, o bien es igual en su significado y contexto al primero, a pesar de la diferencia en su formulación lingüística. Los efectos de la cosa juzgada varían dependiendo del contenido de la determinación inicial: cuando se ha declarado la inexequibilidad, por regla general la Corte debe estarse a lo resuelto en dicha sentencia, salvo que exista una modificación constitucionalmente relevante en el fundamento de tal decisión; por el contrario, cuando tan solo se ha declarado la exequibilidad, ello tan solo es posible cuando existe una coincidencia en los cargos planteados en ambas providencias, y el fundamento jurídico de la decisión inicial no ha sido alterado. Sobre los requisitos, el contenido y los efectos jurídicos del fenómeno de la cosa juzgada material, cfr. la Sentencia C-311 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[12] El Artículo 1 establece que el convenio tiene por objeto “establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan consideraciones al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales (...) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados Contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños (...) asegurar el reconocimiento en los Estados de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio”.

[13] En este sentido, el Artículo 2 del referido convenio prescribe que “el convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (...) ha sido, es o va ser desplazado a otro Estado, bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia 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. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación”.

[14] Sobre el contenido y los efectos del control constitucional de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias, cfrel Auto A267 de 2009, M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

[15] Las pautas básicas para el examen de la conformación de la unidad normativa se encuentran sistematizadas en la Sentencia C-105 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[16] Sobre el carácter excepcional de la conformación de la unidad normativa cfr. la sentencia C-595 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[17] Sobre la conformación de la unidad normativa por coincidencia en el contenido del precepto demandado y el no impugnado, cfr. la Sentencia C-595 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[18]Según el Artículo 68.5 del C.I.A, puede adoptar “el cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años”.

[19] Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[20]El Artículo 1.2. establece como objetivo del convenio la prevención de “la sustracción, la venta o el tráfico de niños”.

[21] Sentencia T-182 de 1999, M.P. Maria Victoria Sáchica de Moncaleano.