

HONORABLES MAGISTRADOS DE LA  
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

27 OCT. 2015

3263

Intervención

Acción Pública de Inconstitucionalidad

Referencia: Expediente D-10835 Ley 1098 de 2006 Artículo 71 (Parcial)

Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

Presentado:



Clínica de Migrantes, Refugiados y Trata de Personas

**Shirley Llain Arenilla**  
LL.M. Derecho Internacional  
Docente Investigadora  
Departamento de Derecho,  
Ciencia Política y Relaciones Internacionales  
Universidad del Norte

**Cindy Hawkins Rada**  
Estudiante de Derecho,  
Universidad del Norte

**Maira Kleber Sierra**  
Estudiante de Derecho  
Universidad del Norte

- Guía 249497641 Sem'

## Presentación.

1. En nombre de la Universidad del Norte y en el marco de la Clínica de Migrantes, Refugiados y Trata de Personas que funciona al interior de la misma, nos permitimos presentar nuestras observaciones a la Acción Pública de Inconstitucionalidad presentada contra el Artículo 71 (parcial) de la Ley 1098 de 2006.

## II. Objeto de Estudio.

2. El accionante plantea la demanda de inconstitucionalidad, señalando que la norma acusada viola los Artículos 13 y 100 de la Constitución Nacional en razón a la discriminación que por el origen nacional consagra la misma al establecer que *“el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por este 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 privilegiaría aquella del país firmante del convenio respectivo.”* (Cursillas y resaltado fuera del texto original)

## III. Observaciones

1. El Principio de subsidiariedad previsto en el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional no pretende, en estricto sentido, que le den preferencia a las solicitudes de adopción de nacionales del Estado de origen sobre las de los nacionales del Estado receptor, pretende en todo caso la prevalencia del interés superior del niño.

La norma acusada tiene su fundamento en el preámbulo párrafo tercero y el artículo 4 literal b) del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, también conocido como Convenio de la Haya sobre adopción, del cual Colombia es Estado parte. Dichas normas consagran lo que en Derecho Internacional Privado se conoce como el Principio de Subsidiariedad. Así el artículo 4 literal b) que trata sobre las condiciones de los adoptantes internacionales, prevé que las adopciones relativas a dicho convenio solo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen:

*“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”*

Así también, el tercer párrafo del preámbulo de dicho convenio se especifica que 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”*

Sin embargo, en el informe explicativo de G. Parra Aranguren relativo al Convenio de la Haya sobre adopción, se especifica claramente que dicho párrafo reconoce que “la adopción internacional es una forma de protección del niño<sup>1</sup>” y que no se puede dejar pasar por alto el imperante interés superior del niño, que según el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas se traduce en que “el interés prioritario del niño es ser cuidado por sus padres.” Incluso, Parra Aranguren, refiriéndose a los trabajos preparatorios del Convenio, señaló que

*“aunque se aceptó de manera expresa el principio de subsidiariedad, hubo consenso en torno a que el interés superior del niño puede en determinadas circunstancias recomendar, que aunque exista una familia en el Estado del niño, el niño sea colocado en vistas de una adopción internacional, por ejemplo, en el supuesto de que se trata de una adopción entre parientes o cuando el niño padezca*

---

<sup>1</sup> Conferencia de la Haya de derecho internacional privado, informe explicativo de G. Parra Aranguren, visto en: <http://www.hcch.net/upload/expl33.pdf> 4 de octubre de 2015

*alguna disminución que requiera cuidados especiales que no puedan ser dispensados en el Estado de origen.”<sup>2</sup>*

En este orden de ideas, debemos entender que la naturaleza subsidiaria de la adopción internacional no viene dada por la prevalencia de adoptantes del país de origen, sino que esta ópera en razón a que el niño no puede permanecer con su familia de origen. Así las cosas, si bien es cierto que el Estado debe procurar soluciones a nivel nacional, el criterio primordial que debe seguirse para efectos de la adopción es el del interés superior del niño.

Como consecuencia de lo antes expuesto, aunque el Estado debe analizar las soluciones nacionales o internas disponibles para cada caso, no resulta admisible que para todos los casos de adopción presentados en Colombia se le dé prevalencia a las solicitudes de los nacionales sobre las de los extranjeros, ya que lo que debe ser evaluado es el interés superior del niño y como este puede alcanzar un desarrollo más óptimo, y en este sentido no siempre los solicitantes nacionales representan la mejor solución para los niños y niñas puestos en adopción.

**2. La prelación para adoptantes colombianos, consagrada en el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, vulnera el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación.**

Ahora bien, los términos del Artículo 71 de la Ley 1098 de 2006 supone el establecimiento de una medida discriminatoria en razón de la nacionalidad del adoptante. Dicha medida debe analizarse a la luz del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y de los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagran el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, respectivamente; normas que se traen a colación en virtud de las figuras de Bloque de

---

<sup>2</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, informe explicativo de G. Parra Aranguren, visto en: <http://www.hech.net/upload/exp133.pdf> 4 de octubre de 2015.

Constitucionalidad<sup>3</sup> y Control de Convencionalidad<sup>4</sup>, que encuentra fundamento en lo consagrado en el artículo 93 de la Constitución.

Con respecto al derecho a la igualdad la Corte Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que deben adoptarse tratos iguales a los iguales y desiguales para los desiguales. En la sentencia C – 862 de 2008 planteó que para la aplicación correcta del derecho a la igualdad no solo debe otorgarse tratos privilegiados, cargas y oportunidades entre los iguales, sino también trato desigual entre desiguales, teniendo en cuenta que la Constitución no prohíbe el trato desigual, por el contrario, lo que prohíbe es un trato discriminatorio que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. Por lo tanto, toda persona debe recibir un trato igual ante la ley cuando existen supuestos iguales, y en casos de ser supuestos diferentes, implica la adopción de medidas que garanticen una igualdad material o de facto de ciertos grupos. En el caso objeto de estudio nos encontramos ante iguales.

Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, es decir, una distinción carente de justificación objetiva y razonable (O.C. 4/84, Párr. 56, O.C17/02, Párr. 46, y O.C 18/03, Párr. 89), y en el reciente caso de Gonzalez Lluy v. Ecuador, (párr. 253), la Corte señaló que “*la discriminación se relaciona con toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o*

---

<sup>3</sup> Esta Honorable Corte, dispuso el concepto de la figura de Bloque de Constitucionalidad en la sentencia C - 067 de 2003, y plasmó que consiste en: “*aquella unidad jurídica compuesta por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.*”

<sup>4</sup> Es necesario tener en cuenta la figura de Control de Convencionalidad, que constituye una obligación impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que consiste en realizar un análisis entre las normas internas y las normas convencionales para determinar si van de acuerdo con los derechos reconocidos en la Convención, y de ese modo cumplir la obligación de (i) Inaplicar las normas contrarias a la Convención, y (ii) proteger los derechos del mismo instrumento; como lo estableció la CoIDH en el caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Igualmente, la CoIDH, en el caso Gelman Vs. Uruguay, estableció que la obligación de realizar Control de Convencionalidad corresponde a todos los poderes del Estado, control que debe ser realizado por todos y cada uno de los funcionarios del Estado, en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*.

*cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*”(subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, cuando el estado utiliza alguno de los criterios antes mencionados, entre los que se encuentra el origen nacional de las personas, como es el caso que estamos estudiando, *“el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. La capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría”*<sup>5</sup>

En ese orden de ideas, debe analizarse si la distinción establecida en la norma objeto de la acusación es objetiva y razonable, y la relación razonable de proporcionalidad entre la medida que establece el trato diferenciado y el fin perseguido. Por lo tanto, es necesario realizar un juicio estricto igualdad, analizando si existe una distinción y si dicha distinción es una medida idónea, necesaria y proporcional. En este caso, la distinción se fundamenta en materia de adopción se tomará como criterio si la familia es Colombiana, resida en Colombia o en el exterior, o si la familia es extranjera.

En este sentido, la idoneidad consiste en que la medida sirva para satisfacer el fin propuesto. En este caso la medida superaría el nivel de idoneidad, en el entendido que la medida va dirigida a evitar las consecuencias negativas del cambio de entorno de un menor, ya que al ser adoptado por una persona extranjera se puede producir un desarraigo en su cultura, su país, sus costumbres, su idioma, y además, los menores pueden ser objeto de discriminación y abusos en estos casos, lo cual, probaría el riesgo o daño que le generaría al menor el ser adoptado por una familia extranjera.

---

<sup>5</sup> Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, (párr. 256).

Sin embargo, realizando un análisis del segundo nivel observamos que la medida de otorgar prevalencia a las familias de nacionalidad colombiana con respecto a las familias extranjeras que presentan una solicitud de adopción, no es necesaria al existir medidas menos lesivas, como son adoptar criterios el principio del interés superior del niño, mismo que en una interpretación sistemática del Código de Infancia y adolescencia debe orientar e irradiar todas las actuaciones que involucren los derechos de niños, niñas y adolescentes, sobre todo cuando su tutela está en cabeza del estado.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile<sup>6</sup> preciso que:

*“... la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales...”*

En este orden de ideas, si bien el Estado se ve en la obligación de propiciar las medidas y emprender las acciones necesarias tendientes a garantizar el interés superior del niño<sup>7</sup>, en el caso que nos ocupa la preferencia de nacionales sobre extranjeros a la hora de adoptar se traduce en una vulneración al derecho a la igualdad, en tanto las medidas tendientes a la prevalencia del interés superior del niño no deben estar basadas en el origen nacional de una persona (criterio, por demás, sospechoso) si no en los comportamientos parentales y en

---

<sup>6</sup> Atala Riffo y niñas Vs. Chile Sentencia 14 de febrero de 2012.

<sup>7</sup> En reiteradas ocasiones, al interior del sistema interamericano de derechos humanos se ha dejado por sentado que la protección del interés superior del niño, que pretende ser asegurada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe ser tomada como un fin legítimo que es además imperioso, ya que está fundado en la dignidad propia del ser humano en relación con las características de los niños y niñas y la necesidad del óptimo desarrollo de ellos. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión consultiva OC-17 / 2002, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile sentencia 14 de febrero de 2012

la forma en como estos influyen en el desarrollo de los niños. Así entonces, no sería correcto asegurar que solo las familias colombianas pueden propiciar las mejores condiciones de desarrollo integral y optimización de sus derechos a un niño, ni tampoco es admisible concebir que los extranjeros, por el simple hecho de serlo, vayan a tener comportamientos parentales o ponerlos en contextos (e.g. geográficos) o situaciones que contraríen el interés superior del niño, decir lo contrario, sería utilizar fundamentos basados en estereotipos y riesgos imaginarios. En este orden de ideas, pensar que la nacionalidad de una persona determina sus calidades personales y morales así como su idoneidad para ofrecer un buen entorno a un menor adoptado, es un estereotipo.

Volviendo al principio de subsidiaridad, es preciso mencionar que existen ambigüedades sobre su interpretación, y no es posible afirmar que este principio implica una prevalencia de las familias colombianas sobre las extranjeras al momento de adoptar. Por el contrario, no es posible aplicar normas que resuelvan en abstracto, cada caso específico debe ser estudiado de manera individualizada; además, se debe tener en cuenta el deseo y la opinión del menor de ser posible<sup>8</sup>. El principio del interés superior del niño no puede definirse sólo en términos legales, es indispensable adoptar un enfoque pragmático a fin de determinar, caso por caso, la solución que mejor se adapta al niño, teniendo en cuenta sus necesidades emocionales específicas, así como los riesgos inherentes a cada opción<sup>9</sup>.

Asimismo, es preciso mencionar que se otorga una prevalencia aún en los casos en que se la solicitud de adopción sea presentada por una familia colombiana que vive en el exterior, sin encontrarse un fundamento en el interés superior del niño, e incluso, de acuerdo a la interpretación de la norma, existe prevalencia por las familias colombianas que vivan en el

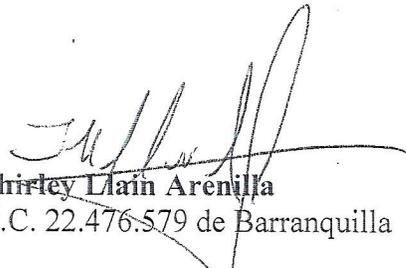
---

<sup>8</sup> Así lo establece el Art. 12 de la Convención de los derechos del niño cuando consagra que “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

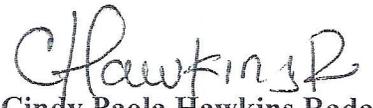
<sup>9</sup> International Reference Centre for the Rights of Children Deprived of their Family – ISS. THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY. 2007. Cita original en inglés: “(...) *the principle of the best interests of the child cannot be defined merely in legal terms. It is indispensable for child protection practitioners to know how to adopt a pragmatic approach so as to identify, case by case, the solution best adapted to the child, taking into account his/her specific emotional needs, as well as the risks inherent to each option.*”

exterior con respecto a las familias extranjeros que residan en Colombia, de manera tal, que la norma es manifiestamente discriminatoria y violatoria del derecho a la igualdad.

En conclusión, el artículo objeto de la demanda constituye una violación al derecho a la igualdad y al principio de no discriminación, por otorgar prevalencia a las familias colombianas sobre las familias extranjeras sobre la base solo del origen nacional, teniendo presente que la adopción internacional presupone el estudio de la idoneidad y condiciones de las personas que la solicitan, mientras que la nacionalidad no es un criterio que debe tenerse en cuenta, puesto que no presenta ninguna influencia en la idoneidad de la persona y debe tenerse en cuenta en todo momento el interés superior del niño, la protección y garantía de todos sus derechos.



**Shirley Llain Arenilla**  
C.C. 22.476.579 de Barranquilla



**Cindy Paola Hawkins Rada**  
C.C.1140872665 de Barranquilla



**Maira Kleber Sierra**  
C.C. 1140870553 de Barranquilla