

REVISTA ELECTRONICA DE DERECHO PUBLICO MINIMO

JURISPRUDENCIA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LA JUVENTUD

Por

Libardo Orlando Riascos Gómez

Nicolás Riascos Benavides

Lriascos@udenar.edu.co

Nickmaster28@hotmail.com

2010

Temas:

1. Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso primero del artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006, relativo a los requisitos exigidos en el Derecho colombiano para adoptar a personas, pero particularmente el elemento que debe demostrar y garantizar el adoptante sobre su "**idoneidad física**", mental, moral y social. Declara exequible el término "física".
2. La protección constitucional e internacional de los derechos de las personas con discapacidad
3. El uso de lenguaje por el legislador y su relevancia constitucional
4. El concepto de idoneidad física como un concepto subjetivo.
5. Aclaraciones del voto.

Corte Constitucional, Sentencia C-804-2009, Noviembre 11

Referencia: expediente D-7719

Accionante: Andrea Vega Rodríguez.

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso primero del artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 "*por la cual se expide el Código de Infancia y la Adolescencia*".

Magistrada Ponente: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inexecutableidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución, la ciudadana Andrea Vega Rodríguez demandó el inciso primero del artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 "*por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia*".

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

El texto de la disposición demandada, tal como aparece publicado en el Diario Oficial No. 539, es el siguiente:

“LEY 1098 DE 2006”

(noviembre 08)

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(…)

*Artículo 68. Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice **idoneidad física**, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. (...)*

III. LA DEMANDA

Manifiesta la accionante que la norma acusada, concretamente la expresión subrayada, vulnera los artículos 13 y 42 de la Constitución Política de Colombia, dado que un requisito de idoneidad física para adoptar *“contraviene los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad a la igualdad y a conformar una familia por la vía de la adopción”*.

En sustento de lo anterior, la accionante, luego de describir las etapas que deben agotar las personas con discapacidad para tener la capacidad de autodeterminarse (a saber, la prevención del empeoramiento del estado de salud, la rehabilitación y la capacidad de hacer valer su derecho a la igualdad de oportunidades) señaló que *“sin tener en cuenta aquellos casos en que la discapacidad conlleva a un estado de gravedad extrema del paciente, los derechos a la igualdad y a conformar una familia, se vulneran para las personas en condición de discapacidad que, luego de haberse estabilizado su salud, como resultado de la superación exitosa de la fase de prevención del empeoramiento del mismo, superaron con igual éxito la fase de rehabilitación y, por consiguiente, para la época en la que vayan a hacer la solicitud de adopción de un menor, han podido superar las barreras que existen actualmente para la inclusión social e incorporarse en el ámbito laboral, de tal manera que, más allá de procurarse su sustento económico por sí mismos pueden construir un proyecto de vida para otras personas, incluyendo una pareja y sus propios hijos, los cuales deberían poder elegir si tenerlos biológicamente o adoptarlos, pero, al tenor literal de la expresión demandada, la segunda opción no es posible.”*

Así mismo, la accionante manifiesta en el escrito de la demanda que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional *“el Estado está en la obligación de intervenir para tomar todas las medidas tendientes a mejorar la calidad de vida de las personas en condición de discapacidad, más no a ponerles talanqueras para desarrollar sus proyectos de vida. (...) el paso de la igualdad formal a la igualdad real de los discapacitados, demanda del Estado el compromiso de llevar acciones concretas, que van más allá del simple acatamiento de la ley. En este sentido, el inciso 2° del artículo 13 de la Constitución Política dispone lo siguiente: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.” La disposición normativa antes transcrita no limita los ámbitos de la vida cotidiana en los cuales las autoridades públicas están obligadas a tomar medidas para promover la igualdad real y efectiva de los grupos de población vulnerables, entre ellos las personas en condición de discapacidad.*

De otra parte, la actora señala que, para el caso de la personas en condición de discapacidad que desean adoptar un hijo, la exigencia del requisito de idoneidad física de los padres adoptantes, constituye una limitación injustificada a la libertad de conformar una familia por vínculos jurídicos *“máxime cuando ya han superado la etapa de prevención, es decir, han alcanzado una condición de salud que, si bien puede no ser óptima, es lo suficientemente estable para brindarle a un menor una buena calidad de vida así como también la etapa de*

rehabilitación, la cual incluye no sólo el proceso de readaptación fisiológica y de convivencia psicológica interior con la condición de discapacidad, sino también el proceso de desarrollo de habilidades sociales para manejar dicha condición, las cuales conducen a la interacción con el resto de la sociedad, incluyendo a los niños. (...) teniendo en cuenta la libertad y autonomía en la Constitución de la familia, que además, ha sido prohijada por la jurisprudencia de esa Corporación, no es de recibo que cuando alguna persona en condición de discapacidad decida autónomamente construir una familia por la vía de la adopción, se le impongan limitaciones para ello en razón a su condición física, sabiendo que puede tener un estado de salud estable, así el mismo no sea pleno; que sus condiciones psicológica y moral pueden ser óptimas y que su condición económica le puede dar para tener a cargo a quienes quiera que sean sus hijos.”

La accionante dice también que “(...) resulta de gran utilidad abogar por el derecho a la autonomía en la salud de las mujeres en condición de discapacidad, que requieren no someterse a un embarazo, ya sea por circunstancias relacionadas con su propia discapacidad, en las cuales el período gestacional podría poner en riesgo su propia vida o, más aun, la del bebé que está por nacer o, simplemente por voluntad propia. Sin embargo, contemplar la posibilidad de no ser madres biológicamente, no tiene porqué dejar a las mujeres en condiciones de discapacidad sin opciones de ser madres y una de ellas sería la adopción, de no ser por el requisito de idoneidad física de los padres adoptantes, que se convierte en un impedimento para ello.

Finalmente, la actora aportó en su demanda un compendio de los derechos reconocidos nacional e internacionalmente a las personas en condición de discapacidad, consagrados en: (i) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (artículos 2, 7 y 16) (ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (artículo 23 y 26) (iii) Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, (artículo 10) (iv) Programa de Acción Mundial para las personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, (Artículo 1 literal f y artículos 21, 25, 26 y 32), (v) Normas internacionales para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (apartado: Logro de la igualdad de oportunidades artículos 15 24, 26, 27 y apartado: derecho a conformar una familia artículo 9) (vi) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículos 2 y 4) y (vii) en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006, (artículos 1, 2, 3, 5 y 23). Así mismo, aportó extractos de Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, referidas al derecho a la igualdad de las personas discapacitadas (Sentencias: T-397 de 2004, C-559 de 2001, T-429 de 1992, T-879 de 2007, T-816 de 2002 T-1278 de 2001 y C-355 de 2006).

IV. INTERVENCIONES

1. Concepto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF

El Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto de Bienestar Familiar, solicitó a esta Corte declarar la constitucionalidad de la norma demandada dado que, esta disposición “*resulta razonable y acorde a las garantías constitucionales del derecho a la igualdad y del derecho a conformar una familia, así como para garantizar y restablecer el derechos de los niños, niñas y adolescentes, a tener una familia.*”

En sustento de lo anterior señaló: “*La norma demandada al exigir la idoneidad física de los adoptantes consagra la aplicación efectiva, eficiente y pertinente de la vigencia de un orden justo vinculado a la realidad del principio de la igualdad real y efectiva que se traduce en un mejor mañana para los niños, las niñas y los adolescentes debido a que dicho precepto tiene un propósito iuspositivista como poder del Estado. Todo responde a una racionalidad suficiente y necesaria para otorgar seguridad y certeza jurídica a los derechos, intereses y prerrogativas*

propios de los niños, las niñas y los adolescentes en las etapas administrativas y judiciales de la adopción.”

Manifestó que no existe en la legislación colombiana el derecho constitucional a adoptar. De acuerdo con lo anterior *“las instituciones autorizadas para desarrollar el programa de adopción garantizan los derechos de las personas especiales susceptibles de ser adoptados y no podrán ser adoptados por personas que no cumplan los presupuestos de carácter ineludible y de tipo normativo señalados en el artículo 68 del Código de Infancia y la Adolescencia, norma que persigue brindar protección integral a través de la seguridad, certeza y legitimidad jurídica que brinda dicho precepto, creado a favor de los infantes y los adolescentes.”* Para apoyar el cumplimiento adecuado del programa de adopción se encuentra establecida la participación necesaria e ineludible del equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia, sus conceptos tienen carácter pericial y su habilitación profesional se dirige justamente a garantizar el desarrollo de los requisitos de la adopción, por lo que no puede entenderse, que las decisiones referentes a la adopción puedan resultar caprichosas, arbitrarias, discrecionales y menos aún, discriminatorias en lo relativo a la idoneidad física y, por esta vía, contrarias al derecho fundamental de la igualdad real y efectiva consagrada en el artículo 13 de la Carta Política.

Así mismo, el interviniente cita el concepto con fecha del 22 de agosto de 2005, emitido por la Academia Nacional de Medicina y suscrito por el doctor Zoilo Cuellar Montoya, que resalta los parámetros básicos que se deben tener en cuenta para determinar la idoneidad física de los padres adoptantes. Dicho concepto señala que *“la salud física de las personas adoptantes debe corresponder a una situación aceptable que no conlleve: discapacidad seria, supervivencia corta, obstáculo serio para el establecimiento de una buena y estable relación afectiva padre-hijo (...)”*. El lineamiento técnico del programa de adopción, en este sentido señala: *“cuando se considera el estado de salud de la persona adoptante, se debe tener muy claro que es preciso definir la magnitud de la incapacidad que la afección genera. Se debe evaluar, lo más claramente posible, el pronóstico de dicha afección, puesto que existen personas con algún tipo de patología, potencialmente incapacitante o aun de evolución fatal a muy largo plazo, que pueden no tener efecto invalidador y que les permitan una calidad de vida y una actividad normales; esto garantiza que pueden ofrecer al niño, niña y adolescente muchos años de vida familiar equilibrada y estable en un entorno enteramente normal.”*

En conclusión, señala el interviniente *“la sola condición de discapacidad o enfermedad no es un factor que por sí solo determine la no aprobación de la solicitud de adopción sino que deben concurrir varios elementos que analizados de manera integral permitan concluir que hay factores que impiden el desarrollo integral del niño y la garantía plena de sus derechos dentro de la familia, igual tratamiento de evaluación se realiza sin antecedentes de salud o discapacidad. En realidad no resulta acorde con las exigencias y primacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes dar mediante la adopción a aquellos infantes y adolescentes a adoptantes que se encuentren enfermos físicamente, de manera grave y sin posibilidad de recuperación. Afirmar lo contrario sería poner en grave riesgo a aquellos sujetos titulares de derechos en su presente y futuro y no garantizarles su calidad de vida. La idoneidad física de la familia es sólo uno de los indicadores integradores para seleccionar familias adoptantes y en consecuencia siempre se evalúan en relación con la idoneidad social y moral. Lo anterior consulta los contenidos constitucionales de la discapacidad (artículos 47 y 54 de la Constitución Política), el bloque de constitucionalidad que proviene de los tratados suscritos por Colombia en la materia, debidamente ratificados por el Congreso y las demás normas aplicables en el asunto. La carencia física de las personas en situación de discapacidad deberá ser relevante al punto de no poder garantizar el bienestar de los adoptables, es decir, que no cualquier carencia física pone a quien la padece en condición de persona no apta para adoptar.*

Para el interviniente resulta pertinente considerar que *“la situación de discapacidad en que pueda encontrarse una persona permite afirmar que existen varios grados o escalas. De manera*

que se encuentran discapacidades leves que alteran la capacidad laboral de su titular, como la pérdida de una mano en el artesano pero que no lo inhabilitan para adoptar, mientras que existen otros casos de discapacidad, en las cuales su titular no puede valerse por sí mismo, requiriendo apoyo de otras personas, en estos eventos la persona no tendrá la aptitud para adoptar de acuerdo a reiterada jurisprudencia referente al tema.

La valoración de los requisitos efectuado por el equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia que prevé la ley debe adelantarse con el fin de designar padres idóneos no solo físicamente que garanticen el desarrollo y crecimiento emocional e intelectual de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente el interviniente adujo: “Es preciso señalar que una aparente dicotomía o bifurcación entre los derechos de los adoptantes y derechos de los adoptados, ha de resolverse indiscutiblemente a favor de estos últimos, no solo por la protección que el Estado de Derecho en su conjunto normativo e institucional debe a la naturaleza indefensa y débil de los niños, niñas y adolescentes, sino porque de manera específica la Constitución establece que éstos gozan de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado y son titulares de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 44 de la Carta Política, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás.

La adopción antes de configurar un derecho de los adoptantes, reviste la connotación especial de ser una medida de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, es entonces una de las instituciones jurídicas de mayor cuidado en tanto el Estado a través del ICBF confía el niño al adoptante, al ubicarlo en una familia que no es la de su origen, y con la cual se establecerán vínculos de parentesco con el adoptado, derechos y obligaciones de padres e hijos. De ello resulta a todas luces que desplieguen su acción al verificar la existencia de las condiciones que permitan garantizar la protección del menor y la viabilidad de su desarrollo integral.

(...)

De la determinación del requisito para los aspirantes a tener calidad de adoptantes y ser receptores de los efectos jurídicos que de dicha calidad derivan, de ninguna manera configura un trato diferente desfavorable por razón de discapacidad física. El precepto atacado cualifica de manera general e integral las condiciones de salud física y psicológica, la situación social y las calidades morales del adoptante, alrededor de la finalidad de que ellas configuren un sustento suficiente para brindar al menor una familia adecuada y estable.

(...)

Es importante advertir que el precepto acusado guarda plena armonía con el espíritu de la Ley 1098 de 2006, ordenamiento especial que prioriza el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes contenidos en la Constitución Política y en la Convención sobre los Derechos del Niño, forman parte integral del Código de la Infancia y la Adolescencia y sirven de guía para su aplicación.

(...)

Este enfoque no constituye un impedimento para que una persona en condición de discapacidad física de trascendencia irrelevante para efectos de la adopción pueda hacer efectivo su derecho a la conformación de una familia (...) De lo anterior podemos inferir que la lectura contextualizada de la expresión “idoneidad física” permite evidenciar la dimensión y alcance de su contenido material, que no es otro que garantizar el derechos de los niños, las niñas y los

adolescentes en su pleno desarrollo en el seno de una familia que tenga la posibilidad de atender de manera adecuada al logro de ese derecho superior.

2. Intervención del Ministerio de la Protección Social.

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, solicitó a esta Corporación denegar las pretensiones formuladas por la actora, con base en los siguientes argumentos.

En cuanto al requisito de idoneidad física, mental, moral y social a los adoptantes, la interviniente señala que *“la Corte Constitucional ha señalado que se hacen exigibles por el interés superior del menor, el cual prima sobre cualquier otro, sin que pueda pregonarse la violación del derecho a adoptar, en primar lugar, porque no se trata de un derecho sino de una mera expectativa”*.¹

Luego de hacer un breve recuento jurisprudencial el interviniente señala que *“la disposición normativa acusada no quebranta los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad y a su derecho a formar una familia, por cuanto, como de manera categórica lo ha resaltado la Corte, el derecho a adoptar no tiene tal connotación, es decir, no reviste el carácter de derecho fundamental alguno, sino que se trata de una mera expectativa; y, de otra parte, el derecho del menor en situación de abandono, prima sobre cualquier otro derecho v gr. De la protección de la discapacidad, al estar estructurada la institución de la adopción a favor del menor que carece de familia. Es importante recordar que la adopción es una medida de protección por excelencia para el menor que se encuentre en estado de abandono y precisamente con el derecho a tener una familia, se puede materializar los derechos fundamentales del menor. De allí que la legislación prevea unos requisitos exigentes para adoptar, con la finalidad de brindarle al menor la protección constitucional y legal que requiere.”*

3. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

El Director de Ordenamiento Jurídico (E) del Ministerio del Interior y de justicia, solicita a esta Corte, declarar la exequibilidad de la expresión “idoneidad física” correspondiente al artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, con base en las siguientes consideraciones.

Para el Ministerio la demandante parte de una lectura parcial de la disposición que considera discriminatoria, porque al leerse de manera integral la norma, se evidencia que el legislador tuvo en cuenta, al configurar dicha norma, el respeto por las diferentes condiciones en que pueden encontrarse los aspirantes a adoptar un menor. *“Efectivamente, en la disposición contenida en la norma demandada, el legislador no exige una idoneidad física plena o absoluta para la adopción, sino que precisamente establece que la idoneidad física, además de la mental, la moral y la social, sea **“suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño o adolescente”**.*

A continuación el interviniente del Ministerio cita brevemente la sentencia T- 360 de 2002 y concluye que si bien no existe un derecho a adoptar, la norma acusada tampoco resulta desproporcionada frente a las personas con discapacidad, como quiera que la autoridad encargada de emitir el respectivo concepto sobre la idoneidad del aspirante a adoptar, obra *“dentro del margen de apreciación que ostenta como autoridad encargada del tema, apoyada en conceptos científicos (...) las decisiones de esa índole deben tener presente todo el conjunto de rasgos que rodean la situación a fin de decidir de la mejor manera para proteger los derechos de los menores sin hogar.” (...)* Desde esta perspectiva, se puede concluir que, contrario a lo que

¹ C-093 de 2001, MP: Alejandro Martínez Caballero y T-746 de 2005, MP Clara Inés Vargas Hernández.

afirma la accionante, la disposición demandada -leída en su contenido completo, “es requisito para adoptar, entre otros, que quien aspire a hacerlo garantice idoneidad física suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente”- en lugar de limitar la adopción de un menor, permite que las autoridades encargadas de tramitar el respectivo proceso de adopción, pueda inferir, a través de conceptos técnicos y científicos, que el respectivo aspirante, aunque tenga alguna discapacidad física, sí resulta idóneo para suministrar al menor una familia adecuada y estable.”

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuradora General de la Nación encargada solicitó a esta Corte inhibirse para pronunciarse de fondo sobre la expresión “*idoneidad física*” contenida en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 por carencia actual objeto. Así mismo, solicitó en subsidio, declarar exequible la expresión “*idoneidad física*”. En defensa de la norma acusada la Vista Fiscal señaló lo siguiente.

Sobre la aptitud de la demanda para conducir a un pronunciamiento de fondo la delegada de la Procuraduría General de la Nación advierte que “*la accionante dirige su acusación en contra de una proposición jurídica inexistente que ella deduce, no del tenor literal de la norma impugnada sino de su interpretación subjetiva de la misma, a partir de la cual termina otorgándole un alcance jurídico distinto del que se desprende de su texto según las reglas de la hermenéutica constitucional y de los postulados Superiores que consagran la protección especial tanto de los niños como de las personas con discapacidad en relación con el instituto de la adopción.*” Por esta razón, considera que no existe un verdadero cargo de inexequibilidad, en la medida en que la tesis y los argumentos desarrollados por la peticionaria carecen de la certeza y pertinencia indispensables para adelantar el juicio de inconstitucionalidad al no plantear una oposición objetiva y verificable entre la expresión “*idoneidad física*” y los postulados superiores que considera quebrantados por esta.

Agrega la interviniente que lo que sí resulta indispensable analizar caso por caso al momento de decidir quién puede adoptar es “*si quien aspira a convertirse en adoptante está en capacidad física y mental de relacionarse con otras personas en condiciones lo más normales posibles y de participar en todos los ámbitos de la vida cotidiana para hacer valer sus derechos a la igualdad efectiva de oportunidades, a la autodeterminación y a la construcción y ejecución de su proyecto personal de vida. De ser así, el requisito de la idoneidad física para adoptar se encuentra a todas luces satisfecho, independientemente de si la persona correspondiente sufre o no algún tipo de discapacidad y, en este sentido, la expresión acusada no crea ningún tipo de distinción entre unos y otros sino que más bien garantiza el acceso en condiciones de igualdad a la opción vital de convertirse en padres adoptantes. En este orden de ideas, no queda duda para el Ministerio Público de que la actora incumplió con la carga argumentativa de sustentar el cargo de inexequibilidad que alega y, en consecuencia, procede una decisión inhibitoria al respecto por ineptitud sustantiva de la demanda.*”

Con el fin de aportar elementos de juicio para el evento en que la Corte Constitucional considere que sí existe un cargo susceptible de análisis constitucional, el examen sustantivo de la acción, la Procuradora encargada, hace un resumen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la protección constitucional reforzada a favor de las personas con discapacidad y de los instrumentos de derecho internacional desarrollados para la protección de los derechos de las personas con discapacidad. De ese examen concluye que

“la Constitución Política ha consagrado a cargo del Estado –legislador, juez y administrador, en todos los órdenes territoriales-, un deber positivo de trato especial

y preferente² a favor de las personas discapacitadas. En palabras de la propia Corte Constitucional:

“En distintas sentencias, la Corte Constitucional ha indicado la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas y ha señalado que la omisión de ese trato especial puede constituir una medida discriminatoria. Ello, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones.”³

En suma, las personas discapacitadas tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus prerrogativas jurídicas en condiciones de igualdad con los demás. La omisión de este deber por parte del Estado se traduce en una lesión de los derechos fundamentales de los sujetos concernidos y, en consecuencia, deriva en inconstitucional.”

En cuanto a la figura de la adopción como medio de defensa del interés superior del menor y de su derecho a tener una familia, luego de citar varias sentencias de la Corte Constitucional,⁴ el “Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional⁵ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional,⁶ así como algunas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la prevalencia del interés superior del menor en los casos de adopción,⁷ la interviniente del Ministerio Público señala lo siguiente:

² Ver, por ejemplo las Sentencias T-427 de 1992, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-441 de 1993, MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-290 de 1994, MP. Vladimiro Naranjo Mesa; T-067 de 1994 MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-288 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-224 de 1996, MP. Vladimiro Naranjo Mesa; T-378 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-207 de 1999, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Sentencia T-378 de 1997 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ La interviniente cita las sentencias C-814 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, T- 408 de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-587 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-562 de 1995, MP: Jorge Arango Mejía, C-477 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁵ Según la interviniente el Preámbulo del “Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, se establece que las adopciones internacionales deben tener lugar “en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales” meta que se adopta como objeto del Convenio en su artículo 1º, mientras que en la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, se dispone en el preámbulo que en cualquier proceso de colocación en un hogar sustituto o de adopción, los intereses superiores de los niños implicados deberán ser la consideración primordial.

⁶ En ese sentido cita la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional” establece en el preámbulo que en todo proceso de adopción, el interés superior del menor debe constituir la principal consideración; a su vez, el artículo 14 de esta Declaración establece que al decidir sobre procesos de adopción, se debe procurar la ubicación del menor en el ambiente más apropiado para su desarrollo.

⁷ La regla sobre prevalencia del interés superior del menor en casos de adopción ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros en el caso de Keegan vs. Irlanda sentencia del 19 de abril de 1994, en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción.

“la adopción es ante todo una medida especial de protección que se dispensa a los niños en virtud de su interés Superior, el cual implica la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás, y que en concreto busca satisfacer su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella.

(...)

Todo esto es suficiente para afirmar, entonces, que no existe un derecho constitucional a adoptar en la medida en que si bien los potenciales padres tienen una legítima expectativa de libre y responsablemente consolidar una relación paterno-filial de la que no gozan por naturaleza, la misma no los faculta en manera alguna para reclamar que la ley regule la adopción con los mismos criterios que el ordenamiento establece para la formación de una familia biológica (pues se trata de fenómenos distintos) ni para el respeto y garantía de una prerrogativa iusfundamental (pues no alcanza tal estatus jurídico desde la perspectiva de quienes aspiran a convertirse en padres adoptantes).

(...)

No en vano, la familia fue catalogada por el Constituyente como la “institución básica” y la “célula fundamental” de la sociedad en los artículos 5 y 42 de la Carta, (...) dispensándole una especial protección. Por ende, la condición de miembro de familia impone a quienes la ostentan claros e importantes deberes, especialmente frente a los menores de edad que forman parte del mismo núcleo familiar, y con más razón cuando se trata de los padres.

(...)

En este sentido, siempre es la familia la primera institución obligada a proveer las condiciones para que los niños crezcan y se desarrollen adecuadamente como personas dignas; ello conlleva tanto la obligación de preservar a los menores de todas las amenazas que se pueden cernir sobre su proceso de desarrollo armónico, como el deber positivo de contribuir a que dicho proceso se desenvuelva con las mayores ventajas y beneficios posibles, en términos materiales, psicológicos y afectivos.

Por lo anterior, este Despacho observa no sólo como razonable sino además como necesaria la exigencia legal de idoneidad a los padres adoptantes, teniendo en cuenta al momento de establecerla los distintos tipos de circunstancias y razones que, dependiendo de su relevancia para el bienestar del menor individualmente considerado, serán más o menos determinantes de la decisión judicial a tomar al respecto en cada caso particular, tal como pasa a explicarse enseguida.”

Sobre la exequibilidad de la expresión “idoneidad física” contenida en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, la Vista Fiscal concluye:

“El principio del interés superior del menor que preside todo proceso en el que estén involucrados los niños, impone al legislador la adopción de medidas que garanticen la efectividad de dicho principio y la exigencia general de requisitos de idoneidad para adoptar es una de ellas. A través de estas exigencias, la ley pretende lograr que quien adopta sea en realidad alguien que esté en posibilidad de ofrecer al menor las mayores garantías en cuanto a su desarrollo armónico.

En este sentido, la disposición acusada desarrolla las normas superiores de protección a los derechos prevalentes de los niños al ordenar al juez cerciorarse de la idoneidad física, mental, moral y social de quien pretende convertirse en adoptante. Así, la ley debe asegurar que el juez, quien dentro del referido proceso representa la autoridad del Estado, vele porque el interés Superior del menor de edad sea realmente observado, para lo cual debe cerciorarse que quien o quienes pretenden adoptar cumplan los requisitos a que alude el artículo 68 de la Ley 1098 de 9 del Código del Menor, estos son: que se trate de personas capaces que hayan cumplido 25 años de edad, tengan al menos 15 años más que el adoptable y garanticen “idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuado y estable al menor”.

Esta verificación debe ser adelantada con rigurosidad extrema, pues de sus resultados depende la decisión judicial de autorizar o no autorizar la adopción, decisión en la que está comprometida la responsabilidad del Estado de protegerlo, de asegurarle su derecho a tener una familia y de garantizar también todo el plexo de derechos que los padres, en primer lugar, están en la obligación de reconocer a sus hijos: el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, al cuidado y amor, a la alimentación equilibrada, a la educación, a la cultura, al desarrollo armónico e integral, a la recreación y la práctica del deporte. Y aquellos regulados por el Código Civil, como el correcto ejercicio de la patria potestad y de la autoridad paterna, entre otros.

Por tanto, las disposiciones que regulan la actividad del juez que decide decretar o no decretar la adopción deben obligarlo a cerciorarse sobre los requisitos de idoneidad de los que pretenden adoptar porque así se protege al niño contra la posibilidad futura de sufrir el descuido, el abandono, la violencia física o moral, el abuso sexual o la explotación económica o laboral. Caros intereses superiores están pues comprometidos en la labor que se le encomienda al funcionario judicial y que el legislador debe regular con particular atención.

El análisis precedente ratifica lo dicho previamente en cuanto a que la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo, sino sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia. La adopción es entonces un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener y mantener una familia (CP art. 42).

Tal como lo establece claramente la Convención de los derechos del niño, aprobada por Colombia por la Ley 12 de 1991, al consagrar que los menores privados de su familia o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio “tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”, que deberá tomar cuidados específicos, entre los cuáles ocupa un lugar especial la adopción, la cual deberá estar organizada de tal manera que “el interés superior del niño sea la consideración principal” (arts 20 y 21). Al respecto, la Corte Constitucional ha destacado a su vez que “los tratados internacionales y las normas de derecho interno reconocen la importancia del proceso de adopción y la necesidad de que éste se someta, enteramente, a la defensa pronta y efectiva de los derechos del menor”.⁸

Así las cosas, la Ley bien puede exigir condiciones especiales de idoneidad física, mental, moral y social a los adoptantes, las cuales apuntan precisamente a la

⁸ Sentencia T-587 de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 14.

satisfacción del interés superior del menor, y sin que por ello las personas que desean adoptar puedan aducir que ha sido afectado su derecho a formar una familia pues, reitera este Despacho, la institución de la adopción está constitucionalmente estructurada en favor del menor que carece de familia.”

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 Superior, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como la que se acusa en la demanda que se estudia.

2. Problema jurídico

En el presente proceso se ha planteado que la expresión “*idoneidad física*” empleada en el inciso primero del artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 “*por la cual se expide el Código de Infancia y la Adolescencia*”, resulta violatoria de los derechos a la igualdad y a conformar una familia de las personas con discapacidad, en la medida que permite que al acudir al proceso de adopción, los prejuicios que existen en contra de estas personas les impidan ser considerados en condiciones de igualdad como padres idóneos para brindar amor, cuidado, protección, orientación, educación y recreación a los niños y adolescentes que sean dados en adopción. Quienes defienden la constitucionalidad de la expresión demandada afirman que tal exigencia resulta razonable y acorde a los derechos a la igualdad y a conformar una familia, así como para garantizar y restablecer el derechos de los niños, niñas y adolescentes, a tener una familia, en la medida que “*garantiza que pueden ofrecer al niño, a la niña y al adolescente muchos años de vida familiar equilibrada y estable en un entorno enteramente normal.*”

En esa medida, corresponde a la Corte Constitucional resolver si la expresión “*idoneidad física*” empleada en el inciso primero del artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 “*por la cual se expide el Código de Infancia y la Adolescencia*”, resulta contraria a los derechos a la igualdad (art. 13, CP) y a conformar una familia (art. 42, CP) de las personas con discapacidad, o si por el contrario resulta razonable y proporcionada para proteger el interés superior del menor a tener una familia (art. 44, CP).

Antes de examinar el cargo, es importante señalar, que el mismo no se puede desestimar con el argumento que esgrimen la mayor parte de intervinientes en este proceso, de que la norma acusada no discrimina a las personas con discapacidad, en tanto nadie tiene un derecho adquirido a adoptar, sino una mera expectativa. Si bien esta afirmación es cierta, como tantas veces lo ha señalado la Corte, éste argumento no es acertado para desestimar el cargo de igualdad en cuestión, pues lo que aquí se cuestiona no es si alguien tiene un derecho adquirido a la adopción o no, sino si al establecerse como requisito para la adopción la idoneidad física, se está consagrando un criterio de selección que excluye de antemano a las personas con discapacidad, o por lo menos que reduce sustancialmente sus posibilidades de convertirse en padre o madre adoptantes.

Con el fin de resolver el anterior problema jurídico, la Corte recordará brevemente la jurisprudencia sobre la protección de las personas con discapacidad y el uso de lenguaje discriminatorio por parte del legislador, y sobre la protección del interés superior del menor, en particular en relación con el derecho a conformar una familia a través de la adopción. Y con base en esta doctrina juzgará si la expresión demandada impone una carga irrazonable y desproporcionada a las personas con discapacidad que decidan acudir a la adopción para conformar una familia.

3. La protección constitucional e internacional de los derechos de las personas con discapacidad

3.1. Nuestra Carta Política enfatiza el amparo reforzado que deben gozar las personas con discapacidad en varios de sus artículos. Así, el artículo 13 de la Carta, establece que *“el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan,”* norma de la que se deriva directamente una obligación de contenido positivo en cabeza de las autoridades, consistente en adoptar todas las medidas que sean necesarias para lograr una igualdad real de trato, condiciones, protección y oportunidades entre los asociados, no simplemente en términos formales o jurídicos.⁹ El artículo 47 Superior, señala la obligación del Estado de adelantar *“política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”* El artículo 54 de la Carta dispone que es *“obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.”* El artículo 68 de la Carta instituye como obligaciones especiales del Estado *la “erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales”*.

Si bien es cierto la terminología utilizada en estos los artículos 47, 54 y 68 Superiores no fue homogénea ni plenamente consistente con las definiciones técnicas de los términos aplicables a las personas con discapacidad, estas disposiciones resaltan, tal como lo ha señalado la Corte en anteriores oportunidades, la voluntad inequívoca del constituyente de *“eliminar, mediante actuaciones positivas del Estado y de la sociedad, la silenciosa y sutil marginación de las personas con cualquier tipo de discapacidad, que se encuentra arraigada en lo más profundo de las estructuras sociales, culturales y económicas predominantes en nuestro país, y es fundamentalmente contraria al principio de dignidad humana sobre el que se construye el Estado Social de Derecho”*.¹⁰

La Corte también ha resaltado las características propias de la marginación que sufren las personas con discapacidad, en los términos siguientes:

“Tal como ha ocurrido con otros grupos sociales, los discapacitados han sido objeto constante de marginación social a través de los siglos. La discriminación contra los discapacitados presenta, sin embargo, características que le son propias y que no se observan en otros casos. Por un lado, porque el sector de los discapacitados ha sido durante largos períodos una minoría oculta o invisible, en la medida en que en muchas ocasiones las personas afectadas por discapacidades fueron internadas en instituciones o mantenidas por fuera del ámbito de la vida pública. De otra parte, porque la minoría de los discapacitados es tan heterogénea como disímiles son las limitaciones que pueden causar las múltiples formas en que se manifiestan las discapacidades. Y finalmente, porque la discriminación contra los discapacitados frecuentemente es ajena al alto grado de hostilidad, odio e irracionalidad que acompaña otras formas de discriminación, tal como la que causa la segregación racial. En efecto, en muchos casos la discriminación contra los discapacitados no tiene origen en sentimientos de animadversión, y recibe una justificación con la limitación física o mental que presenta la persona afectada - claro está, haciendo caso omiso de las

⁹ Sentencia T-394 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ Sentencia T-397 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

condiciones especiales de cada discapacidad y de los diferentes grados de limitación que ellas pueden generar. De esta manera, la marginación de los discapacitados frecuentemente no está acompañada de hostilidad, sino que es más bien producto de ignorancia, de prejuicios, de simple negligencia, de lástima, de vergüenza o de la incomodidad que genera el encuentro con personas diferentes”.¹¹

Históricamente, las personas con discapacidad han enfrentado distintas barreras que les han impedido el goce efectivo de sus derechos. Desde barreras culturales que perpetúan los prejuicios, hasta barreras físicas y legales, que limitan la movilidad, la interacción social y la efectiva participación de las personas con discapacidad. Con frecuencia las personas con discapacidad son considerados como seres humanos “defectuosos”, “incompletos”, que “necesitan reparación” o que son “dignos de compasión,” concepciones que se basan en el desconocimiento de las características, las causas y los componentes socioculturales de la noción misma de “discapacidad”, así como del ideal de “normalidad” a la que aquella necesariamente se opone.¹² Tales barreras condenan a las personas con discapacidad a la vulneración de su dignidad y son en realidad el ingrediente principal para la perpetuación de los factores de discriminación que las condenan al paternalismo y la marginalidad.

Esta Corporación ha sido enfática en señalar que por lo menos dos tipos de situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad: *“Por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad”*.¹³ Igualmente, ha puesto de presente que las personas con discapacidad deben gozar de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, sin que puedan ser discriminadas en razón de su particular condición de discapacidad.¹⁴

La Corte Constitucional, ha garantizado en numerosas ocasiones los derechos de la población con discapacidad: a la vida e integridad personal;¹⁵ a la igualdad y la no discriminación;¹⁶ al libre

¹¹ Sentencia T-207 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Sentencia T-397 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. En dicha sentencia se anota que *“En la mayor parte de los casos, la base de estas reacciones hacia la persona con discapacidad la proporciona una determinada representación social y cultural sobre la “normalidad” corporal, mental y funcional, de la cual las personas con discapacidad se apartan en mayor o menor medida. Ello, a pesar de que –por la naturaleza del organismo humano– es realmente muy baja la proporción de personas cuyos cuerpos y mentes funcionan en condiciones absolutamente óptimas; e incluso en los casos en que tal estado de salud se logra, no deja de ser un fenómeno temporal, sobre el cual se cierne la perspectiva cierta de la disminución física y funcional, cuando menos por el paso del tiempo – de esta forma, todas las personas se enfrentan, tarde o temprano, al riesgo de discriminación por la pérdida de la capacidad física o funcional que se considera “normal” en un momento dado de la historia y del curso vital del individuo. También es digno de anotar que el ideal de normalidad predominante en nuestra sociedad tiene un componente central de carácter meramente estético, es decir, relacionado con la mayor o menor “apariencia de normalidad” que proyecte un individuo, la cual contribuirá en gran parte a la mayor o menor discriminación a la que dicho individuo estará sujeto. Se puede consultar, sobre este particular, una gran cantidad de estudios especializados en el tema de la discapacidad.”*

¹³ Sentencia C-174 de 2004. Ver las Sentencias T-288 de 1995 y T-378 de 1997.

¹⁴ Sentencia T- 826 de 2004 MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

¹⁵ Entre otras, las sentencias T-560 de 2007 MP. Jaime Araujo Rentería, T-003 de 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

¹⁶ Entre otras, las sentencias T-1118 de 2002 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-984 de 2007 MP. Humberto Sierra Porto, T-061de 2006 MP. Álvaro Tafur Galvis, C-989 de 2006 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-1070 de 2006 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1639 de 2000 MP. Álvaro Tafur Galvis, C-559 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería, T-1015 de 2005 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-984 de 2007 MP. Humberto Sierra Porto, T-1639 de 2000 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-285de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-595de 2002 MP. Manuel José Cepeda

desarrollo de la personalidad;¹⁷ a la locomoción, en especial en relación con la accesibilidad a espacios públicos y privados,¹⁸ al debido proceso,¹⁹ a la libertad religiosa;²⁰ al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada;²¹ a la salud y a la seguridad social;²² a la educación;²³ a la personalidad jurídica;²⁴ los derechos sexuales y reproductivos;²⁵ y a la participación ciudadana.²⁶ Estas decisiones tienen en común el reconocimiento del deber del Estado de brindar una protección mayor y especial a las personas con discapacidad, para lo cual deberá (i) procurar su igualdad de derechos y oportunidades frente a los demás miembros de la sociedad, (ii) adelantar las políticas pertinentes para lograr su rehabilitación e integración social de acuerdo a sus condiciones y (iii) otorgarles un trato especial, pues la no aplicación de la diferenciación positiva contribuye a perpetuar la marginación o la discriminación.²⁷

En la sentencia T-823 de 1999, se sintetizó así el fundamento último de los deberes constitucionales en comentario:

“...para el Constituyente, la igualdad real sólo se alcanza si el Estado se quita el velo que le impide identificar las verdaderas circunstancias en las que se encuentran las personas a cuyo favor se consagra este derecho. Una vez revelado el panorama real, el Estado tiene la tarea de diseñar políticas públicas que permitan la superación de las barreras existentes para que las personas puedan incorporarse, en igualdad de condiciones, a la vida social, política, económica o cultural... el derecho a la igualdad en el Estado Social de Derecho, trasciende los imperativos clásicos de la igualdad ante la ley, y obliga al Estado a detenerse en las diferencias que de hecho existen entre las personas y los grupos de personas. Justamente, en consideración a las diferencias relevantes, deben diseñarse y ejecutarse políticas destinadas a alcanzar la verdadera igualdad.”²⁸

Espinosa, T-276 de 2003 MP. Jaime Córdoba Triviño, T-285 de 2003 MP. Clara Inés Vargas, C-410 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-823 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷ Entre otras, la sentencia T-473 de 2003 MP. Jaime Araujo Rentería.

¹⁸ Entre otras, las sentencias T-1639 de 2000 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-285 de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-595 de 2002 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-276 de 2003 MP. Jaime Córdoba Triviño, T-285 de 2003 MP. Clara Inés Vargas, C-410 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-823 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹ Entre otras, las sentencias T-1103 de 2004 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-1103 de 2004 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁰ Entre otras la sentencia T-473 de 2003 MP. Jaime Araujo Rentería.

²¹ Entre otras, las sentencias T-090 de 2008 MP. Jaime Córdoba Triviño, T-602 de 2005 MP. Clara Inés Vargas Hernández, C-531 de 2000 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-661 de 2006 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-1031 de 2005 MP. Humberto Sierra Porto.

²² Entre otras, las sentencias T-321 de 2002 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-282 de 2006 MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-179 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero, T-282 de 2006 MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-061 de 2006 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-1070 de 2006 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-518 de 2006 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-816 de 2007 MP. Clara Inés Vargas.

²³ Entre otras, las sentencias T-170 de 2007 MP. Jaime Córdoba Triviño, T-984 de 2007 MP. Humberto Sierra Porto, T-884 de 2006 MP. Humberto Sierra Porto, C-559 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería, T-886 de 2006 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-792 de 2007 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-443 de 2004 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-440 de 2004 MP. Jaime Araujo Rentería.

²⁴ Entre otras, la sentencia T-909 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería.

²⁵ Entre otras las sentencias T-850 de 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil, T-492 de 2006 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-988 de 2007 MP. Antonio Sierra Porto.

²⁶ Entre otras la sentencia T-473 de 2003 MP. Jaime Araujo Rentería.

²⁷ Ver Corte Constitucional sentencia T-397 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. En dicho pronunciamiento se protegió el derecho de una madre invidente a conservar el cuidado de su menor hija, y se realizó un detallado estudio sobre la protección que otorgan los distintos instrumentos internacionales a la población con discapacidad.

²⁸ Sobre el deber estatal de otorgar un trato especial a las personas con discapacidad, y la discriminación que puede surgir de la omisión de las autoridades en este respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-427 de 1992 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-441 de 1993 MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-290 de 1994 MP.

En materia de igualdad y de rechazo a la discriminación contra las personas con discapacidad, son múltiples los pronunciamientos de esta Corporación protegiendo a esta población. Así, frente a las disposiciones legales que clasificaban a los sordomudos que no pudieran darse a entender por escrito como incapaces absolutos, afirmó: *“los artículos acusados reconocen capacidad sólo a los discapacitados que puedan darse a entender por escrito. Estas disposiciones resultan sin lugar a dudas discriminatorias, en cuanto excluyen sin razón justificada a aquellas personas que pueden comunicarse mediante señas u otra forma de lenguaje, pero desconocen la escritura”*.²⁹

La Corte también consideró como discriminatorio y por ende contrario a la Constitución, el artículo 127 del Código Civil, que impedía a las personas con discapacidad ser testigos de un matrimonio; el trato legal impartido por esta norma restringía *“la posibilidad a un grupo de personas para que sean testigos de un matrimonio, lo cual, a no dudarlo resulta discriminatorio, irrazonable, desproporcionado e injustificado, contrario en últimas al artículo 13 de la Carta, pues si bien es cierto que ellos carecen o están limitados de un órgano o sentido, ello no impide que perciban la ocurrencia de los fenómenos naturales, sociales, económicos, morales, éticos, etc., mediante otro sentido u órgano y que tales hechos del mundo externo, no pueden ser expuestos o vertidos en forma cierta y verídica, o fidedigna ante un funcionario judicial, para que éste se forme un juicio o una idea y pueda valorarla, y en consecuencia actuar positiva o negativamente frente a la misma, máxime cuando hoy en día, los adelantos científicos y tecnológicos permiten su completa realización personal y su total integración económica, social y cultural el mundo contemporáneo”*.³⁰

Así mismo, esta Corporación condenó la actitud discriminatoria de una compañía privada de seguros que se negaba a expedir una póliza contra accidentes personales a favor de un grupo de personas discapacitadas, con base en las características de las personas a asegurar: *“el trato diferente para la obtención de un seguro de accidentes en el mercado por el hecho de que el eventual asegurado sea una persona con alguna incapacidad física o mental es una conducta violatoria del derecho a la igualdad (artículo 13 C.P). En este caso concreto, no existen razones que justifiquen privar del acceso a un seguro a una o varias personas por el simple hecho de su condición personal. La mayor probabilidad de sufrir u ocasionar un siniestro como consecuencia de determinadas condiciones personales puede ser un factor relevante para la determinación del costo de la póliza de seguro, pero no para la exclusión de las personas con discapacidades de la posibilidad de suscribir un contrato de seguro... En el presente caso, son las características del grupo asegurable, personas con discapacidades, la razón para darles un trato diferente, a saber, el de no cotizarles el costo de la póliza de accidentes. Tal razón es injustificable a la luz de la Constitución porque condena a esas personas a la exclusión de una prestación asignable mediante el mecanismo del mercado por el simple hecho de sus características personales, no controlables, lo que los estigmatiza y les inflige un daño moral contrario a los principios constitucionales”*.³¹

La Corte también ha resaltado la importancia de que la protección a las personas con discapacidad se manifieste a través de actuaciones positivas de las autoridades. Esta Corporación ha indicado que también viola el principio de igualdad y conduce a la discriminación³² la omisión injustificada del Estado de ofrecer un trato especial a las personas con debilidad manifiesta, cuando ellas requieran medidas de protección especial. En este

Vladimiro Naranjo Mesa; T-067 de 1994 MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-288 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-224 de 1996 MP. Vladimiro Naranjo Mesa; y T-378 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁹ Sentencia C-983 de 2002, MP. Jaime Córdoba Triviño.

³⁰ Sentencia C-401 de 1999, MP. Fabio Morón Díaz.

³¹ Sentencia T-1118 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

³² Entre otras las sentencias T-117 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández y T-823 de 1999, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

sentido, el principio de igualdad exige frente a las personas que se encuentran en situación de desventaja, un esfuerzo por parte del Estado para superar las condiciones de marginación o exclusión que inciden en el goce de sus derechos, mediante políticas que puedan ser diseñadas para controvertir tal situación.³³ Así, en relación con la población sorda y su derecho a la educación, esta Corporación señaló que *“el Estado ha asumido compromisos especiales con las personas con limitaciones auditivas, pues no sólo debe evitar las eventuales discriminaciones contra esa población, sino que además debe desarrollar políticas específicas, en materia educativa y laboral, que permitan su rehabilitación e integración social, de tal manera que puedan disfrutar de la vida en sociedad, y en especial puedan gozar de todos los derechos constitucionales”*.³⁴

3.2. En relación con las obligaciones internacionales aplicables frente a las personas con discapacidad, se encuentran tratados generales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que si bien no se refieren explícitamente a las personas con discapacidad, sus garantías les son directamente aplicables.³⁵ De igual forma, todas las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁶ cobijan a los niños con discapacidad. Adicionalmente, esta Convención, contiene en su artículo 23 provisiones específicas en relación con los menores con discapacidad.³⁷

Los derechos de las personas con discapacidad también han sido objeto de múltiples declaraciones y recomendaciones en el ámbito internacional. En 1975, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración de los Derechos de los Impedidos, Resolución 3447 (XXX) del 9 de diciembre de 1975, en la cual se afirmó que *“la necesidad de prevenir la incapacidad física y mental y de ayudar a los impedidos a desarrollar sus aptitudes en las más diversas esferas de actividad, así como de fomentar en la medida de lo posible su incorporación a la vida social normal”*- que *“el impedido tiene esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana”*, que *“el impedido, cualesquiera sean el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias, tiene los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos de la misma edad, lo que supone, en primer lugar, el derecho a disfrutar de una vida decorosa,*

³³ Sentencia T-1258 de 2008, MP: Mauricio González Cuervo.

³⁴ Sentencia C-128 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁵ Vid, Sentencia T-826/2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes).

³⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

³⁷ Dice el Artículo 23: “1). Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2). Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3). En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. 4) Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

lo más normal y plena que sea posible”, y que “el impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible”.

A estos instrumentos de la Asamblea General de las Naciones Unidas se suman, entre otras, las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”,³⁸ las “Declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social”³⁹ y el “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”,⁴⁰ y normas técnicas internacionales como la *Declaración de Copenhagen*, Sección B 26 (I), que establece que los Estados deben hacer esfuerzos para hacer el ambiente físico accesible, para las personas con discapacidad. Igualmente, la guía de “Diseño con cuidado: Una guía para la adaptar el ambiente construido para las personas con discapacidad” (Naciones Unidas, Año Internacional de las personas con discapacidad, 1981). Si bien estos instrumentos, no tienen carácter vinculante, son un importante parámetro interpretativo de los cuerpos normativos que sí resultan obligatorios para los Estados.⁴¹

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 5 sobre Personas con Discapacidad, ha explicado que “la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos y, como las disposiciones del Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos) se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto. Además, en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados partes han de adoptar medidas apropiadas, en toda la medida que se lo permitan los recursos disponibles, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto, derivados de su discapacidad.”

En esta misma Observación General, precisó que “la obligación de los Estados Partes en el Pacto de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente”.

Por otra parte, Colombia ratificó la “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, adoptada por

³⁸ Resolución 48/96, 20 de diciembre de 1993. Estas normas recogen los estándares más altos en la materia, ya que apelan al contenido de otros documentos como la “Declaración de los derechos del Retrasado Mental” y la “Declaración de los Derechos de los Impedidos”, pero, entre otros hechos, dejan de lado los problemas de orden semántico de dichas declaraciones.

³⁹ Resolución 2542, del 11 de diciembre de 1969. En la Parte III, Artículo 19 literal d), puntualmente se establece: “La institución de medidas apropiadas para la rehabilitación de personas mental o físicamente impedidas, especialmente los niños y los jóvenes, a permitirles en la mayor medida posibles ser miembros útiles a la sociedad – entre éstas medidas deben figurar la provisión de tratamiento y prótesis y otros aparatos técnicos, los servicios de educación, orientación profesional y social, formación y colocación selectiva y la demás ayuda necesaria– y la creación de condiciones sociales en las que los impedidos sean objeto de discriminación debida a sus incapacidades.”

⁴⁰ Resolución 3752, del 3 de diciembre de 1982, implementado por la Resolución 38/28 del 22 de noviembre de 1983.

⁴¹ Sentencia, T-608 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

la Asamblea General de la OEA en 1999.⁴² Este tratado define la discriminación contra las personas con discapacidad como toda aquella “*distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales*”. Adicionalmente, ordena a los Estados a tomar medidas no sólo para “*eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad*” sino también para “*propiciar su plena integración en la sociedad*.”

También, dentro del ámbito americano, se encuentra el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por la Ley 319 de 1996 y declarado exequible por la Sentencia C-251 de 1997, entre cuyas previsiones se encuentra, en materia de seguridad social, la disposición conforme a la cual “[t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa...”; en relación con la salud, el derecho de toda persona “... a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social...” y el compromiso de los Estados de adoptar medidas para, entre otras cosas, garantizar “... la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

En síntesis, conforme a los instrumentos internacionales reseñados es claro que el Estado tiene unos compromisos y deberes especiales frente a las personas con discapacidad, que lo obligan no sólo a evitar eventuales discriminaciones, sino también a desarrollar acciones tendientes a garantizar que las personas con discapacidad puedan gozar de todos los derechos constitucionales, en igualdad de condiciones.

4. El uso de lenguaje por el legislador y su relevancia constitucional

En el asunto bajo revisión, es posible constatar que el alcance de la expresión “*idoneidad física*” cuestionada, no es neutral, a pesar de que aparentemente no emplea un lenguaje discriminatorio, en la medida en que recrea imaginarios donde los prejuicios y temores contra las personas con discapacidad aparecen fácilmente.

En la sentencia C-1088 de 2004, la Corte resaltó la relevancia constitucional de este análisis del lenguaje empleado por el legislador al establecer una regla jurídica:

4. Como se sabe, del lenguaje puede hacerse un uso informativo o descriptivo, si de lo que se trata es de describir el mundo y razonar sobre él; expresivo, si lo que se pretende es expresar o inducir sentimientos o emociones, o directivo, si se intenta ocasionar o evitar que se realicen ciertas acciones⁴³. Además, nada se opone a que del lenguaje se hagan varios usos de tal manera que las funciones descriptiva, expresiva y directiva confluyan a la vez; mucho más si las palabras pueden dotarse, simultáneamente, de un significado literal y de uno emotivo.

Luego, cuando el legislador utiliza determinadas expresiones, no se puede circunscribir su significado a un uso exclusivo pues de tales expresiones bien puede

⁴² Este tratado fue ratificado por Colombia el 2 de febrero de 2004, después de que fuera aprobada por la Ley 762 de 2003 y declarada exequible por la Sentencia C-401 de 2003.

⁴³ Irving M. Copi y Carl Cohen. Introducción a la lógica. México, D. F.: Limusa, 2004. pág. 93 y ss.

hacerse un uso diferente. Como lo expone Lledó, “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”.⁴⁴ De allí la incidencia del lenguaje no sólo en la explicación sino también en la configuración de las relaciones sociales: Si la realidad humana es una realidad construida socialmente, en ese proceso de construcción el lenguaje cumple un papel muy importante. Con razón Hacker afirma: “El lenguaje no tiene nada de trivial. Somos *esencialmente* criaturas que usan el lenguaje. Nuestro lenguaje, y las formas de nuestro lenguaje, moldean nuestra naturaleza, dan forma a nuestro pensamiento, e impregnan nuestras vidas”.⁴⁵

5. De acuerdo con esto, a una determinada expresión utilizada por el legislador no se le puede atribuir un uso exclusivamente descriptivo pues es perfectamente posible que de esos términos se haga también un uso emotivo. Y si concurren los usos descriptivo y emotivo del lenguaje, no puede perderse de vista que este último no es neutro pues plantea siempre una valoración o una desvaloración que el hablante evidencia ante su interlocutor. Por lo tanto, ya que las palabras utilizadas por el legislador son susceptibles de un uso descriptivo y de un uso emotivo y como éste no es neutro sino que plantea una valoración o una desvaloración, es posible que la carga emotiva de las palabras utilizadas al formular una regla de derecho positivo, llegue a interferir los derechos de otras personas y a generar problemas constitucionalmente relevantes.

Entonces, si el lenguaje tiene una multiplicidad de usos y si a través del lenguaje también se construye la realidad social y se construyen o deconstruyen espacios de convivencia, no es acertado plantear que de las expresiones lingüísticas utilizadas por el legislador deba hacerse un uso exclusivamente descriptivo pues son factibles también usos diferentes, que pueden nutrirse de una densa carga valorativa y que eventualmente pueden resultar constitucionalmente relevantes si interfieren derechos fundamentales de las personas.

6. En suma, el uso emotivo de las palabras utilizadas por el legislador al formular una regla de derecho determinada puede interferir derechos fundamentales de las personas y por ello el juez constitucional se halla legitimado para resolver los problemas constitucionales que se deriven de ello y que le sean planteados en ejercicio de la acción pública e informal de inconstitucionalidad. Y cuando el juez constitucional asume esta función, lejos de incurrir en excesos, está cumpliendo, de manera legítima, con la tarea que se le ha encomendado: Defender la integridad y supremacía de la Carta Política.⁴⁶

La Corte ha declarado inexecutable el uso de expresiones legales degradantes y discriminatorias, por vulnerar el principio de dignidad humana y el derecho fundamental de igualdad. Así en la sentencia C-478 de 2003, resaltó que “*el lenguaje legal debe ser acorde con los principios y valores que inspiran a la Constitución de 1991, ya que “es deber de la Corte preservar el contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental, velando aún porque el lenguaje utilizado por el legislador no la contradiga.*”⁴⁷ Posteriormente⁴⁸, esta Corporación

⁴⁴ Emilio Lledó. Lenguaje e historia. Madrid: Santillana S.A., 1996. pág.11.

⁴⁵ P.M.S. Hacker. Wittgenstein. La naturaleza humana. Traducción de Raúl Meléndez Acuña. Bogotá: Editorial Norma, 1998. pág.18.

⁴⁶ Sentencia C-1088 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁷ Sentencia C-037 de 1996, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁸ Sentencia C-320 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero.

consideró que "el uso de términos jurídicos que tiendan a cosificar a la persona no es admisible"⁴⁹ ⁵⁰.

En relación con el uso de lenguaje que se refiere directa o indirectamente a las personas con discapacidad, esta Corporación ha declarado inexecutable expresiones del Código Civil que empleaban expresiones que aun cuando en sus orígenes correspondían a términos técnicos, con el paso del tiempo habían transmutado en discriminatorias.

Así en la Sentencia C-983-02,⁵¹ la Corte resolvió una demanda que cuestionaba varios apartes de Código Civil (artículos 62, 432 y 1504 del Código Civil) que establecían como incapaces absolutos a las personas sordas y mudas cuando no podían hacerse entender por escrito. La Corte consideró que tales disposiciones vulneraban el principio de dignidad humana y los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de las personas con estas discapacidades y resultaban discriminatorias porque excluían, sin razón justificada, a quienes a pesar de tener una discapacidad auditiva podían comunicarse mediante señas u otras formas de lenguaje, pero desconocían la escritura. Por esa razón declaró inexecutable la expresión "por escrito" contenida en los artículos 62, 432 y 1504 del Código Civil demandados. Además, aplicando el principio de unidad normativa, declaró inexecutable la expresión "y *tuviere la suficiente inteligencia*", contenida en el artículo 560 del Código Civil por considerar que además de ser discriminatoria, resultaba lesiva de la dignidad humana ya que implicaba someter al individuo a una prueba para determinar el grado de inteligencia.

5. La protección del interés superior del menor y la adopción

5.1. De conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Una de las principales manifestaciones de este precepto constitucional, es el principio de preservación del *interés superior del menor*, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional.⁵² Este principio también ha sido consagrado en los artículos 6, 8, y 9 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia.⁵³ Dicho principio refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional,⁵⁴ consistente en que al menor se le

⁴⁹ Sentencia C-320 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁰ Sentencia C-478 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵¹ MP. Jaime Córdoba Triviño.

⁵² Ver, entre otras, las sentencias T-979/01 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-514/98 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y T-408/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁵³ Ley 1098 de 2006, *Artículo 6o. Reglas de interpretación y aplicación*. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. || La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas. || *Artículo 8o. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes*. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. || *Artículo 9o. Prevalencia de los derechos*. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. || En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

⁵⁴ La Convención sobre Derechos del Niño establece en el artículo 3-2 que "los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley" En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que "los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre

debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.⁵⁵

En la sentencia T-408 de 1995, la Corte señaló que el interés del menor *“debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”*. No obstante, precisó la Corte que *“ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres. Por el contrario: el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos. El sentido mismo del verbo “prevalecer”⁵⁶ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor. De hecho, sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados.”⁵⁷*

En la sentencia T-510 de 2003, la Corte resaltó lo siguiente:

¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional,(...) sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso.

Por lo tanto, para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a

local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.” Ver también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

⁵⁵ Sentencia T-510 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁶ De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prevalecer” significa, en su primera acepción, “sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

⁵⁷ Sentencia T-408 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados –, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil –.⁵⁸

La Corte ha reconocido de manera reiterada que los niños,⁵⁹ tienen el status de *sujetos de protección constitucional reforzada*, condición que tiene, entre otros efectos, el de otorgar el carácter *superior y prevaleciente* de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les ataña.

La Corte ha resaltado que el constituyente incorporó expresamente al ordenamiento interno los mandatos protectivos de la infancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia, y en esa medida, de conformidad con lo que establece el artículo 93 Superior, ha interpretado el alcance de este principio a la luz de diversos instrumentos internacionales.

Tan solo para citar algunos ejemplos, destaca la Corte, en primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; y en el artículo 3-2, establece que *“los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

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

También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación; e igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”*, y que *“todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*.

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

⁵⁹ Sobre este asunto ver también las sentencias C-653 de 2003, C-997 de 2004, y T-543 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño, C-738 de 2008, C-716 de 2006, (con salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería) y C-814 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-796 de 2004, MP: Rodrigo Escobar Gil (con salvamentos individuales de voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis, y Clara Inés Vargas Hernández); C-273 de 2003 y T-746 de 2005, MP: Clara Inés Vargas Hernández y T-510 de 2003, T-397 de 2004 y T-090 de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-690 de 2008, MP: Nilson Pinilla Pinilla; T-554 y T-1051 de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

Como desarrollo de ese principio, la Corte ha reconocido el derecho de los niños, niñas y adolescentes a un desarrollo integral, según el cual, la familia, la sociedad y el Estado deben propender por asegurar el crecimiento y desarrollo armónico e integral de los menores de edad, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, y teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño, para así fomentar la plena evolución de su personalidad y permitirles convertirse en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad.⁶⁰

En el artículo 44 de la Carta se enumeran expresamente algunos de los derechos fundamentales prevalecientes de los niños: a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y a no ser separados de ella, al cuidado y al amor, a la educación, a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión. Sin embargo, los derechos de los niños no se agotan en ésta enumeración; el artículo 44 Superior establece, que los niños *“gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”*. Dentro del conjunto de derechos fundamentales y prevalecientes de los niños, surgidos de los tratados internacionales ratificados por Colombia, se destacan los derechos a la igualdad real y efectiva, a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de su personalidad, a la paz, a no ser molestados en su persona o su familia por las autoridades, al debido proceso; a que las autoridades y los particulares, en todas las medidas que les conciernan, atiendan a su interés superior; a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos *“en la medida de lo posible”* (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7-1), a *“preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”* (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8-1), y a recibir *“la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”* en los casos en que hayan sido privados ilegalmente de alguno o todos los elementos de la misma ((Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8-1.), a *“no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”* y recibir protección legal contra tales injerencias (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16); y a que se adopten todas las medidas apropiadas para promover su recuperación física y psicológica y su reintegración social en caso de ser víctimas de cualquier forma de abandono o de trato cruel, inhumano o degradante, en un ambiente que fomente su salud, su dignidad y el respeto de sí mismos (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 39).

El interés superior del menor también juega un papel fundamental para proteger a los niños, niñas y adolescentes frente a riesgos prohibidos. “En cumplimiento de los mandatos constitucionales e internacionales citados anteriormente, es imperativo resguardar a los menores de edad de todo tipo de riesgos prohibidos que puedan amenazar o perturbar su integridad y su proceso de desarrollo armónico. Dentro de la categoría *“riesgos prohibidos”* se encuentran, entre otros, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12); la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas (C.P., art. 17), cualquier forma de violencia intrafamiliar (C.P., art. 42), toda forma de abandono, violencia física o moral, abuso sexual, explotación económica (C.P., art. 44); y cualquier trabajo riesgoso (C.P., art. 44). Ahora bien, según ha expresado la jurisprudencia de esta Corte,⁶¹ ninguna de las enunciaciones citadas agota el catálogo de las posibles situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular; éstas deberán determinarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre con el objetivo de preservar la integridad y el desarrollo armónico de los niños implicados frente a los riesgos o amenazas específicos que se pueden cernir sobre ellos.

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

⁶¹ Sentencia T-510 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

El principio del interés superior del menor es relevante para determinar la forma de equilibrar los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor. Tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corte,⁶² afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son *prevalcientes* no significa que sean *excluyentes* o *absolutos*. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal niño, niña o adolescente, en especial los de sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza.⁶³ Aquí resulta pertinente resaltar que siempre que se presente un conflicto irresoluble entre los derechos de los padres y los del niño, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor”.⁶⁴

El principio de prevalencia del interés superior del menor impone a las autoridades o particulares encargados de adoptar una decisión respecto del bienestar de ese niño, niña o adolescente, la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión. Esta regla ha sido aplicada por la Corte Constitucional, por ejemplo, en casos relacionados con disputas sobre la custodia y el cuidado de menores de edad. En la sentencia T-442 de 1994 la Corte explicó que *“en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento el cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado. (...) la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable”*.⁶⁵ En sentido similar, la sentencia T-715 de 1999⁶⁶ y dando aplicación al principio de prevalencia del interés superior del menor, se determinó que constituye una vulneración éste principio el separarlo abrupta e intempestivamente de un hogar con el cual ha desarrollado vínculos afectivos legítimos, así se trate de un hogar sustituto.⁶⁷

5.2. En relación con el derecho a tener una familia, ya sea biológica o a través de la adopción, la Corte también ha examinado la forma como opera el principio de prevalencia del interés superior del menor. De conformidad con ese derecho, los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, el cual se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica. En la sentencia T-587 de 1998, la Corte resaltó en qué consiste el derecho a tener una familia en los siguientes términos:

“(...) la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos

⁶² Sentencia T-408 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶³ Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁴ Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁵ Ver por ejemplo la sentencia T-442 de 1994, MP. Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁶ Sentencia T-715 de 1999, MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁷ En igual sentido ver la sentencia T-278 de 1994, MP: Hernando Herrera Vergara, en la cual se ordenó, como medida de protección, la permanencia de una menor en el hogar de una pareja que la había cuidado durante los últimos cinco años, con la cual había formado sólidos lazos psicoafectivos cuya ruptura incidiría negativamente sobre su proceso de desarrollo integral, a pesar de que su madre biológica –que la había entregado voluntariamente a dicha pareja- había expresado su voluntad de reclamarla ante el ICBF.

riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”.⁶⁸

5.3. En el caso de la adopción, la jurisprudencia constitucional ha reconocido esta figura como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor cuya familia no provea las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto: *“se desprende del derecho a tener una familia y no ser separado de ésta que en caso de que la familia natural no le brinde al menor el cuidado que merece procede la adopción como forma de garantizarlo. Así, quienes no son padres biológicos contraen por ministerio de la ley las obligaciones que tiene un padre natural. El hijo a su vez encuentra en este nuevo núcleo no natural a la que de ahora en adelante será su familia, a la cual pertenecerá y de la cual no debe ser separado”*.⁶⁹ En el mismo sentido, se ha afirmado que la adopción *“persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar”*.⁷⁰

Dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor,⁷¹ el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables.

6. El concepto de idoneidad física como un concepto subjetivo

6.1. Un punto inicial para examinar el problema jurídico planteado, es el de indagar sobre el sentido de la expresión acusada o, en otros términos, preguntarse qué se entiende por idoneidad física. Sobre este punto, la Corte advierte que no hay en la norma acusada, ni en ninguna otra asociada con el proceso de adopción, una definición de qué se debe entender por idoneidad física. Las intervenciones presentadas en este proceso tampoco dan mayor claridad sobre la materia. En términos generales, ellas apuntan a señalar que la idoneidad física se determina por la evaluación que haga el Comité interdisciplinario de Defensoría de Familia. Ninguno de los intervinientes, salvo el concepto del director de la Academia de Medicina, al que se referirá la Corte más adelante, mencionan los criterios que dicho comité interdisciplinario debe tener en cuenta a la hora de realizar dicha evaluación.

Ahora bien, la ausencia de una definición del concepto de idoneidad física no conlleva automáticamente a la inconstitucionalidad de la expresión demandada. Como bien lo ha señalado la Corte en diferentes ocasiones, cuando existen dudas sobre el contenido o sentido de una disposición, el juez constitucional debe analizar el contexto en el que la norma se aplica, pues en buena parte, su sentido estará medido por su ámbito de aplicación. Así, por ejemplo, en la sentencia C-557 de 2001, la Corte expresó:

⁶⁸ En este caso la Corte consideró que le Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el derecho de una menor a tener una familia al negarle a una pareja de padres extranjeros la posibilidad de adoptarla, en razón a que la hija biológica que ellos tienen era de una edad menor, y consideraban que ello podría generar traumatismos. Sentencia T-587 de 1998.

⁶⁹ Sentencia T-881 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Previamente citada.

⁷⁰ Sentencia T-587 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Previamente citada.

⁷¹ En ese sentido, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional” establece en el preámbulo que en todo proceso de adopción, el interés superior del menor debe constituir la principal consideración; a su vez, el artículo 14 de esta Declaración establece que al decidir sobre procesos de adopción, se debe procurar la ubicación del menor en el ambiente más apropiado para su desarrollo.

Teniendo en cuenta que el proceso de inconstitucionalidad se lleva a cabo a partir de la confrontación objetiva y racional entre el texto legal impugnado y el Estatuto Fundamental, precisar el contenido de la norma objeto de juzgamiento cuando existe duda, resulta ser determinante a la hora de evaluar si en realidad la misma desconoce o vulnera alguno de los mandatos superiores que le sirven de sustento. Por este aspecto, el conocimiento que se tenga en torno a lo que constituye su ámbito de aplicación termina siendo consustancial al juicio de exequibilidad y, de contera, se convierte en una labor primordial a desarrollar por parte del órgano de control.

En el mismo sentido, en la sentencia C-496 de 2004, se expresó:

“No puede entonces la Corte Constitucional, como regla general, establecer cual es el sentido autorizado de las normas legales. Sin embargo, el anterior principio se ve matizado por los siguientes dos elementos que provocan una constante interpenetración de los asuntos legales y constitucionales. De un lado, es obvio que un proceso de control de constitucionalidad implica siempre un juicio relacional que busca determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales. Este juicio no es entonces posible si no se establece previamente el significado de la norma legal).

6.2. Con el fin de examinar el alcance de la disposición cuestionada frente a lo que se entiende por discapacidad, es preciso examinar las distintas concepciones de discapacidad.

A lo largo de la historia, las personas con discapacidad han tenido que enfrentar diferentes prejuicios sociales, que se traducen en concepciones reduccionistas y en buena parte erradas sobre lo que una persona con discapacidad es capaz o no de hacer. Los distintos enfoques que han caracterizado la descripción y atención en torno a las personas con discapacidad son indicativos de estos prejuicios sociales y de cómo ellos han mediado la exclusión de las personas con discapacidad de buena parte de las actividades sociales.

Cuatro modelos, a lo largo de la historia, han marcado la comprensión sobre la discapacidad. Tres de ellos (el de la prescindencia, el de la marginación, y el de la rehabilitación), si bien han ido siendo superados al recoger la tendencia mundial de reconocer a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, todavía pueden llegar a coexistir con el cuarto modelo (el modelo social), dada la persistencia de prejuicios contra este grupo poblacional.

El modelo de la prescindencia, descansa principalmente sobre la idea de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad, que es un ser improductivo y además una carga tanto para sus familiares cercanos como para la comunidad.⁷² Bajo este modelo, la diversidad funcional de una persona es vista como una desgracia -e incluso como castigo divino- que la inhabilita para cualquier actividad en la sociedad. Bajo este modelo se da por supuesto que una persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad, ni puede vivir una vida lo suficientemente digna.

En el modelo de la marginación, las personas con discapacidad son equiparadas a seres anormales, que dependen de otros y por tanto son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia. No sobra señalar que esta idea sobre la persona con discapacidad ha llevado a justificar prácticas de marginación social, fundadas en que a las personas con discapacidad se deben mantener aisladas de la vida social.

⁷² Sobre este tema ver Palacios, Agustina. El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables. En Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. “004, Librería Editorial Dykinson., pp. 187-205.

En respuesta a los dos enfoques anteriores, surge el modelo médico o rehabilitador, que examina el fenómeno de la discapacidad desde disciplinas científicas. Bajo este enfoque, la diversidad funcional, será tratada no ya como un castigo divino, sino abordada en términos de enfermedad. Es decir, se asume que la persona con discapacidad es una enferma, y que su aporte a la sociedad estará signado por las posibilidades de “cura”, rehabilitación o normalización. Esta perspectiva médica, que ha sido prevalente durante buena parte del pasado y presente siglo hasta la década de los años 90, concentra su atención en el déficit de la persona o, en otras palabras en las actividades que no puede realizar. Como señala Catherine Seelman,⁷³ en el modelo médico, el llamado “problema” esta ubicado en el cuerpo del individuo con discapacidad, el sesgo del modelo médico es la percepción biológica y médica de normalidad. En el mismo sentido, señala la profesora Augustina Palacios:

“El tratamiento impartido a las personas con discapacidad desde este modelo se basa en una actitud paternalista, producto de una mirada centrada en la diversidad funcional, que genera subestimación y conlleva a la discriminación. Como se ha adelantado, si bien se busca la recuperación e incluso la normalización de la persona, el situar el centro del problema en la diversidad funcional genera un cierto menosprecio con relación a las aptitudes generales de las personas con discapacidad. Si en el modelo de prescindencia la diversidad funcional se asimilaba al pecado, en este modelo se asimila a la enfermedad. Las personas pasan a ser consideradas normales o anormales, muchas veces según sean consideradas sanas o enfermas. El encargado de diagnosticar dicha normalidad o anormalidad en el anterior modelo era el cura, experto en lo sagrado. En el modelo bajo análisis, pasa a ser el médico”⁷⁴.

Ahora bien, actualmente estos tres modelos han sido revaluados y existe una tendencia mundial hacia el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos y hacia una concepción más amplia de lo que significa la discapacidad. Los últimos instrumentos de derechos humanos en relación con las personas con discapacidad, como la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, muestran un alejamiento de las concepciones anteriormente expuestas, para incorporar una comprensión más amplia de la discapacidad, basada en lo que se denomina el modelo social.⁷⁵ En esta misma vía también están los análisis más recientes de discapacidad que se hacen desde el área de la salud.⁷⁶ Bajo este modelo, la discapacidad no está signada tanto por la por la deficiencia funcional, como por las barreras del entorno -tanto físicas como sociales -que pueda enfrentar una persona. En la medida en que una persona tenga herramientas suficientes para enfrentar esas barreras, y en la medida en que dichos obstáculos se disminuyan, una persona con alguna deficiencia, como por ejemplo física, no necesariamente se encuentra en una condición de discapacidad. En este sentido, un punto central del modelo social, por oposición al modelo médico, es centrarse en el análisis de las capacidades de las personas más que en la evaluación exclusiva de sus deficiencias, o en otros términos, la mirada de la discapacidad debe superar el enfoque de enfermedad, y ser abordada desde una perspectiva holística que considere no sólo la deficiencia funcional sino su interacción con el entorno.

⁷³ Seelman, Catherine. Tendencias en la rehabilitación y en la discapacidad: Transición desde un modelo médico a un modelo de integración. Esta autora señala que el modelo médico se ha soportado en una serie de herramientas que se concentran en la medición de deficiencias en el ámbito corporal, como por ejemplo la Medición de la Independencia Funcional, que presenta sus resultados en términos de diferenciación entre personas “normales y personas con discapacidad para realizar actividades”.

⁷⁴ Palacios, Agustina. Op. Cit, página 292.

⁷⁵ El modelo social tiene su origen en las luchas del movimiento de vida independiente y de reivindicación de derechos civiles y políticos en los años 60.

⁷⁶ Ver la reciente Clasificación Internacional del Funcionamiento, (CIF) sobre la discapacidad y la salud.

6.3. Estas concepciones sobre la discapacidad están estrechamente ligadas a la comprensión que se tiene sobre lo que significa idoneidad física a la hora de evaluar a los posibles adoptantes de un niño, niña o adolescente.

La descripción de los diferentes modelos de discapacidad sirve para mostrar que la expresión “idoneidad física” puede ser evaluada de diferentes maneras. Así, si quien hace la evaluación tiene presente una concepción médica de discapacidad, no es aventurado sostener que le será suficiente la calificación de validez o invalidez que haga un médico sobre una persona, para determinar si es apta o no para ser padre o madre adoptante. Si por el contrario, el evaluador comparte una perspectiva social de la discapacidad, su evaluación no sólo tendrá en cuenta la calificación médica de validez o invalidez, sino el entorno del sujeto, las diferentes capacidades de ésta, y las ayudas o acomodaciones con que cuenta la persona para desempeñarse en funciones sociales y, en este contexto, para proveer al menor de la protección y cuidado que éste requiere.

El trabajo realizado por dos investigadores ingleses, en relación con los imaginarios en torno al rol parental de las personas con discapacidad es bastante ilustrativo de las consecuencias de adoptar una u otra perspectiva. Según esa investigación, las tradicionales concepciones de discapacidad, consistentes en asociar a las personas con discapacidad como personas inválidas, minusválidas, dependientes, etc., lleva a que en el imaginario de los funcionarios la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan ejercer el rol de padres sea casi siempre negativo. Es decir, el común denominador es el de invisibilización del rol parental de las personas con discapacidad. En segundo lugar, insisten, cuando de hecho se analiza la función parental de personas con discapacidad, se indaga más sobre si éstas pueden realizar una serie de tareas cotidianas, más que sobre el “rol” de éstos como padres. Textualmente se señala:

“La investigación frente a padres con discapacidad física ha puesto mayor énfasis en la capacidad de la persona de realizar una serie de tareas, como levantar juguetes, abrir latas, cambiar pañales y involucrarse en juegos de “patanería”. En consecuencia, temores sobre la calidad del rol parental son esencialmente temores sobre la inhabilidad de los padres con deficiencias físicas de llevar a cabo esta serie de tareas. Sobre la base de esta perspectiva, se elevan preguntas como ¿Pueden estas personas realizar lo que los padres usualmente hacen? Y si no, ¿cuáles serán los efectos en el niño? Lo que se deja de lado son consideraciones sobre la accesibilidad relativa al entorno en el que el rol de la paternidad tiene lugar; también se deja de lado consideraciones sobre las posibilidades de apoyo (tecnológico, financiero, emocional, práctico) que compensarían estas áreas en las que la dificultad física está presente. Los padres con discapacidad por sí mismos han llevado a cuestionar estas asunciones, poniendo más énfasis en el rol de los padres de proveer amor, apoyo, guía, liderazgo, organización, etc., que en las tareas físicas asociadas al parentesco (...).⁷⁷

Ahora bien, las intervenciones en este proceso sugieren que el enfoque a partir del cual se examina en el contexto colombiano la “idoneidad física” como requisito para adoptar, está mediado por enfoque principalmente médico de la discapacidad. El Instituto de Bienestar Familiar, en su intervención, se refiere al concepto suscrito por el doctor Zoilo Cuellar del 22 de agosto de 2005, como los “parámetros básicos que se deben tener en cuenta para determinar la idoneidad física de los padres adoptantes.” Según este concepto “la salud física de las personas adoptantes debe corresponder a una situación aceptable que no conlleve: discapacidad seria, supervivencia corta, obstáculo serio para el establecimiento de una buena y estable relación

⁷⁷ Richard Olsen and Harriet Clarke. Parenting and Disability. Disabled parent’s experiences of raising children.....

afectiva padre-hijo (...). El lineamiento técnico del programa de adopción, en este sentido señala: “cuando se considera el estado de salud de la persona adoptante, se debe tener muy claro que es preciso definir la magnitud de la incapacidad que la afección genera. Se debe evaluar, lo más claramente posible, el pronóstico de dicha afección, puesto que existen personas con algún tipo de patología, potencialmente incapacitante o aun de evolución fatal a muy largo plazo, que pueden no tener efecto invalidador y que les permitan una calidad de vida y una actividad normales; esto garantiza que pueden ofrecer al niño, niña y adolescente muchos años de vida familiar equilibrada y estable en un entorno enteramente normal”.⁷⁸

Sin embargo, la idoneidad que resulta relevante para determinar si una persona o una pareja son idóneas para adoptar a un niño, niña o adolescente, debe ser mirada integralmente y no puede estar centrada exclusivamente en examinar lo que no puede hacer una persona si se trata de personas con discapacidad. La idoneidad para el ejercicio de la función parental, debe ser el resultado de una evaluación integral compleja sobre las posibilidades de protección, amor, guía y cuidado que puedan brindarle ese padre o madre adoptantes, así deban acudir a ayudas técnicas, o de otro tipo para superar las barreras que le impone el entorno a una persona con discapacidad, y no en los obstáculos que su discapacidad debe superar.

6.4. La pregunta que debe formularse la Corte es si existe una interpretación más acorde con los postulados de igualdad y de dignidad del que debe gozar todo ser humano, sin que con ello, se ponga en juego el interés superior del niño como elemento definitorio de la adopción.

La respuesta es afirmativa. La experiencia internacional, los avances en los instrumentos internacionales de derechos humanos frente a las personas con discapacidad, dentro de las que merece especial relevancia la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, han mostrado lo inadecuado de reducir el análisis sobre las capacidades de una persona con discapacidad en la vida social, a un diagnóstico médico. Por eso se ha insistido, que si bien éste en ocasiones es necesario, para determinar la posibilidades de una persona con discapacidad de desenvolverse en la vida social -y como sería en este caso, de desarrollar de manera adecuada el rol de padre o madre-, la evaluación debe tener una mirada más holística e interdisciplinaria, en la que se examine también con detenimiento las capacidades para brindar amor, cuidado, protección, ejemplo, y orientación, del posible padre o madre adoptante en cuestión y las facilidades que brinda el entorno para desempeñar esta tarea.

6.5. Para la Corte es claro que la exigencia de que quien aspire a adoptar un hijo, cuente con idoneidad *física*, responde a un fin constitucionalmente legítimo, esto es, asegurar las mejores condiciones para el cuidado y atención de las necesidades del menor que se integra a una familia, acorde con sus derechos fundamentales y garantías constitucionales. A la vez, es una medida que resulta idónea para obtener esa finalidad constitucional.

Sin embargo, también es claro que frente a las personas que tienen una limitación física y cumplen con las demás condiciones establecidas en la ley para adoptar un hijo, la medida puede resultar discriminatoria, si se tiene como única razón para negar la adopción. Además, una interpretación y aplicación de la norma en este sentido, quebrantaría el deber del Estado de proteger especialmente a las personas con discapacidad y a la vez, el derecho de los menores de edad a tener una familia que les brinde el cuidado y el amor que requieren para su desarrollo integral.

Encuentra la Corte Constitucional que el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, exige una valoración integral de todas las condiciones de quien sea candidato a padre o madre adoptante.

⁷⁸ Consultar la Resolución N° 002310 de 19 de septiembre de 2007 “Por la cual se reforman los Lineamientos Técnicos del programa de adopciones”

En esa medida, no se puede descalificar a una persona como posible padre o madre adoptante, por el sólo hecho de que tenga una discapacidad, sino que dicha condición debe ser evaluada en cada caso concreto por las autoridades y expertos, junto con los demás factores de idoneidad exigidos por la ley, y siempre en función de interés superior del menor, esto es, a la luz de las necesidades de amor, cuidado y protección del niño, niña o adolescente que será adoptado. En este sentido, la disposición demandada resulta ajustada a la Constitución, desde el punto de vista de los derechos fundamentales de los niños, la prevalencia de los mismos y el interés superior del menor.

VII. DECISION

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

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “física” contenida en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Aclaración de voto.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Impedimento aceptado.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

Aclaración de voto.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Aclaración de voto.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

(C-804 de 2009)

REPÚBLICA DE COLOMBIA**CORTE CONSTITUCIONAL****ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS
MARIA VICTORIA CALLE CORREA
JUAN CARLOS HENAO PEREZ Y
JORGE IVAN PALACIO PALACIO
A LA SENTENCIA C-804 de 2009**

Con el acostumbrado respeto aclaramos nuestro voto, porque estimamos que en las consideraciones que llevaron a la Sala Plena a declarar la exequibilidad de la expresión “idoneidad física” contenida en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 *“por la cual se expide el Código de Infancia y la Adolescencia”*, era necesario precisar de forma más contundente cómo debían ser interpretados y sopesados los criterios que determinan quién puede ser padre o madre a través de la adopción, con el fin de que los imaginarios, patrones culturales y prejuicios que condicionan la visión que tenemos de cómo se debe ejercer el rol de adoptantes, fueran corregidos de tal manera que quienes deben evaluar si una persona puede convertirse en padre o madre a través de la adopción, no pudieran excluir de antemano como posibles adoptantes, por razón de esos mismos patrones culturales y personales, a las personas con discapacidad.

Tal como se señaló en la sentencia, y como lo resaltan los conceptos técnicos de los distintos intervinientes en el proceso, es un lugar común identificar a las personas con discapacidad como sujetos que no pueden cumplir determinadas tareas asociadas al cuidado y protección de un niño, niña o adolescente que será adoptado, y en esa medida, supuestamente en aras de proteger el interés superior del menor, se niega a cientos de niños, niñas y adolescentes de difícil adopción, la posibilidad de contar con un padre o madre amoroso y capaz de brindar su cuidado, protección y orientación, por el simple hecho de que tiene una discapacidad. La incapacidad para ejercer el rol parental no puede estar determinada por el hecho de que el candidato a padre o madre adoptante, no pueda jugar al fútbol o cambiar los pañales porque tiene una discapacidad física, o porque no pueda enseñarle a ver el mundo, si tiene una discapacidad visual.

La evaluación de los factores que enuncia la norma acusada debe ser realizada de manera integral y no considerando por separado cada uno de los requisitos que deben ser sopesados para determinar quién puede convertirse en padre o madre a través de la adopción. En esa medida, la exigencia de idoneidad *física* establecida en la norma bajo estudio no puede ser interpretada de manera discriminatoria, como requisito exclusivo para fundamentar la idoneidad o no de una persona con limitaciones físicas o discapacitada, para adoptar un hijo.

Bien puede ocurrir, que si se mira exclusivamente la idoneidad física para cumplir cabalmente con ciertas funciones y deberes como padre para ejercer el rol parental porque no tiene una condición física incuestionable, así cumpla con los demás requisitos exigidos por el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, se termine negando la adopción. Igualmente, puede suceder que una persona que cumpla ampliamente con el criterio de idoneidad física, carezca de los factores esenciales para ejercer la paternidad o la maternidad, tales como la capacidad para brindar amor, para escuchar y para fijar reglas y límites que den seguridad al niño, niña o adolescente que será adoptado, la tolerancia para relacionarse con niños, la disposición real de organizar su tiempo y sus prioridades para cumplir cabalmente con su rol de padre o madre, la aptitud para

guiar, orientar y aconsejar, la capacidad para enseñar a superar los obstáculos y enfrentar las dificultades, cualquiera que ellas sean, entre otras.

Nuestra aclaración pretende, entonces, insistir en un punto que fue ampliamente debatido en la sesión donde se aprobó el proyecto: si bien el texto de la norma se encontró exequible, en la medida que en abstracto la idoneidad física sí puede -en casos absolutamente extremos- impedir la adopción de menores, ello no supone que los operadores jurídicos encargados de la misma puedan hacer interpretaciones discriminatorias que lleven a negar a personas con discapacidades físicas -por ejemplo visuales, auditivas, locomotivas, sensoriales, entre otras-, la posibilidad de realizar una adopción. Bajo dicho entendido dimos nuestro voto y es por ello que dejamos ahora expresados claramente los argumentos esgrimidos, los cuales, se reitera, motivan la presente aclaración.

En esa medida también era necesario resaltar la importancia de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en ejercicio de sus competencias, desarrolle protocolos o instrumentos de evaluación integral de la idoneidad de una persona para convertirse en padre o madre a través de la adopción, que excluyan enfoques que perpetúen los prejuicios que puedan existir contra las personas con discapacidad.

Fecha *ut supra*,

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado