



**Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.**

---

Honorables

**MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

E. S. D.

1

**Referencia: Expediente número D-10813.** Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 (parcial) de la Ley 1098 de 2006.

**Magistrada Ponente: MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**

**Actor: JEAN PAUL CUERVO DIAZ**

**Asunto: intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

**JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN**, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá** y **MARÍA IRMA TRUJILLO VARGAS**, actuando como ciudadana y **Profesora del Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según auto de 12 de junio de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

**NORMA DEMANDADA:**

El accionante demanda parcialmente el artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, en el aparte subrayado de la norma que a continuación se transcribe:

LEY 1098 DE 2006  
(noviembre 8)

Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006  
Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

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

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

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

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

### **FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCION:**

La familia constitucionalmente es la base de la sociedad colombiana y debe ser protegida, asistida y promocionada para el bienestar de los menores (arts. 42 y 44.), es una institución que surge desde los albores de la misma humanidad; en toda organización social, se reconoce la existencia de una entidad organizada internamente y que actúa como intermediaria entre el individuo y la sociedad: la familia, cuya formación se fundamenta en las relaciones biológicas establecidas, o la ascendencia común, de hecho, también puede apoyarse sobre la base de sustitutos reconocidos como son la paternidad supuesta y la adopción.

A ésta -en cada tipo de sociedad- se le otorgan funciones específicas con respecto a sus miembros y con la misma sociedad que la creó y que la reconoce como tal. Estas funciones dependen de los aspectos culturales, políticos, económicos y hasta religiosos predominantes en cada sociedad. El hecho de pertenecer cada individuo a esta institución familiar, le otorga una serie de derechos y deberes específicos, con respecto a otros miembros, conforme a los parámetros establecidos por la misma organización social. <sup>1</sup>

En nuestra Constitución Política, la familia se perfila bajo los parámetros de una institución básica, esencial, en la cual se forma el ciudadano; porque al establecerla

---

<sup>1</sup> Ralph, Linton, Estudio del Hombre, Fondo de cultura Económica, México, 1982, pág: 158

el artículo 42 de nuestra carta política como el núcleo fundamental de la sociedad, se colige, que las políticas familiares, pasan a ser una prioridad social y pública. Porque al Estado le interesa apoyar la unidad y la estabilidad de la familia, al ser ésta, la célula básica de la sociedad, que permite al individuo su desarrollo integral como persona y como ciudadano; de hecho, dependiendo de la familia en que se desenvuelva el individuo, marca el derrotero que permite que éste se constituya en un buen ciudadano. Que su actuar trascienda consecuentemente, a construir una mejor sociedad, más aun, cuando la familia como institución reproductora del sistema de valores, que conforma la base cultural de todo conglomerado humano, tal como lo establece Alberto Clavijo Portieles Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Psiquiatría en su artículo Conocimiento, Educación y Valores:

*“La persona además de identidad física, adquiere identidad cultural a través de los valores, costumbres, tradiciones, hábitos de vida, sistemas de creencias, tomas de estímulos y control, reglas ordenadoras de la existencia en común que, primero y con más impacto que a través de cualquier otra institución o lugar se adquieren por mediación de la familia. Ser familia implica vínculos afectivos y morales que se mantienen a lo largo de la vida, así como obligaciones y derechos espirituales y materiales que la tradición y la ley recogen, los que, de violarse, crean problemas que la sociedad censura, afectando de hecho –directa o indirectamente. A transgresores, y por extensión, de un modo u otro, a todo el grupo familiar. La persona aprehende y aprende en su familia, el patrón de su cultura, de no hacerlo corre riesgos de anomia y desarraigo de los afectos y valores que le son propios en el sistema de comunicación social... Lo que vivimos hace medio siglo en una sociedad en revolución, hemos sido testigos de excepción de cómo muchos de los conflictos de valores que se producen en la macro sociedad se reflejan, a su modo, hacia el interior de la familia, influidos por diversos factores entre los cuales descuellan los intereses que se representan, las convicciones que se sustentan, el status económico, la procedencia social y el ejemplo de las figuras parentales, el nivel educacional, el acceso a la información, el trabajo y la profesión de sus integrantes, las tradiciones familiares y culturales, el funcionamiento e integración psicodinámica de la familia, la influencia de los medios de comunicación y de las organizaciones sociales en la vida hogareña, por citar alguno de ellos. La familia porta valores y, en estos, también están presentes, a su modo, los conflictos que pugnan por su hegemonía en la conciencia social”<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup>. Conocimiento, Educación y Valores, Alberto Clavijo Portieles, pag. 2.

Por lo anterior se puede concluir claramente la importancia del desarrollo de un individuo en el seno de la familia y así lo ha entendido nuestra legislación, al establecer unos parámetros muy claros para que una persona o una familia puedan llegar a adoptar. La legislación Colombiana tipifica dos caminos para alcanzar la adopción como medida de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes: los declarados en situación de adoptabilidad mediante resolución expedida por el Defensor de Familia y aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres (Art. 63 Ley 1098 del 2006). La adopción como una medida de protección por excelencia (Art. 61 Ley 1098 del 2006) busca el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (Art. 1 Ley 1098 del 2006), por tanto, lo que se pretende es que el adoptado llegue al seno de una familia estable, para que logre un desarrollo integral.

No toda enfermedad mental es por sí misma suficiente e idónea para declarar la inexistencia jurídica de la calidad de padre de quien la padece. Solo será eficaz aquella que comprometa sus facultades intelectual y volitiva.

El ser padre y conformar una familia, es un derecho fundamental que debe ser garantizado por el Estado, comenzando por el bienestar físico y mental de los progenitores, el que no puede ser minimizado para declarar los menores en situación de abandono si previamente no se han agotado los esfuerzos de tratamiento y recuperación del afectado sea con sus recursos o los del Estado.

El artículo 66 de la Ley 1098 de noviembre 8 del 2006, establece que el consentimiento para la adopción otorgado por los padres debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Además manifiesta: *“se entenderá la falta del padre o la madre no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses”*<sup>3</sup>. Afirma el demandante en lo que tiene razón, que el legislador no tuvo en cuenta las características de la enfermedad mental, al no diferenciar dicha enfermedad la cual puede ser temporal o que mediante un tratamiento, conlleve la curación del padre o la madre que otorga el consentimiento.

*“La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha considerado la protección de las personas con discapacidad mental o física, adhiriéndose a los diferentes instrumentos jurídicos internacionales como son los expedidos*

---

<sup>3</sup> Artículo 66 Ley 1098 del 2006 Ley de Infancia y Adolescencia.

por la Organización de las Naciones Unidas, tales como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971), la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (de carácter no vinculante, adoptadas en 1993). Especial relevancia reviste la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009 <sup>4</sup>. Específicamente la sentencia C 824 del 2 de noviembre del 2011, recalcando al respecto afirma: “La importancia y vinculatoriedad de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que reconocen universalmente y en el ámbito del sistema americano, los derechos de las personas con discapacidad, con la finalidad entre otras, de otorgarles igualdad de oportunidades, readaptación profesional, estabilidad laboral reforzada, condiciones del ambiente construido y toma de medidas por parte de los Estados, para eliminar todas las formas de discriminación de estas personas, así como propiciar su plena integración a la sociedad. En este contexto, la Sala resalta que en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, se define de manera amplia como destinatarios de sus disposiciones, a todas aquellas personas que “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”<sup>5</sup>.

Como se puede observar, la Corte, siguiendo los parámetros de los tratados internacionales propugna por la protección integral de las personas con discapacidad, reconociéndoles igualdad de oportunidades para interactuar en equivalentes condiciones con las demás. Es de anotar que existen personas con limitaciones severas y profundas o con limitaciones clasificadas de leves y moderadas, lo cual conlleva al grado de dependencia para actuar en todas las circunstancias de la vida diaria.

Cuando a una persona le aqueja una enfermedad mental puede ser dependiente y requerir de asistencia y protección especial, precisamente por la pérdida de

---

<sup>4</sup> Sentencia Corte Constitucional C 284 del 02 de noviembre del 2011, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>5</sup> Sentencia Corte Constitucional C 824 del 02 de noviembre del 2011 magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

autonomía física, mental, intelectual o sensorial y por tanto, precisa de la atención de otra u otras personas o de ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria<sup>6</sup>, aunque no todos los enfermos mentales requieren ese tipo de apoyos.

Si un padre o una madre se encuentran en estas condiciones de dependencia, lógicamente por su pérdida de autonomía, no puede otorgar una decisión trascendental como es la de entregar a su hijo en adopción; razón por la cual el legislador, considerando a los niños, niñas y adolescentes como sujetos constitucionalmente privilegiados, estableció que por encontrarse en estas condiciones los padres se entendería faltar.

No obstante lo anterior, en el texto normativo cuestionado no se califica la naturaleza y la temporalidad de la enfermedad mental que amerite la presunción de “falta” prescrita en la disposición.

Así pues, teniendo en cuenta los estudios e investigaciones al respecto, como el realizado por Gladys Bórquez E y otras <sup>7</sup>, se extrae que hay enfermos mentales que están en condiciones de tomar ciertas decisiones, es decir, que no toda enfermedad mental es incapacitante dentro de un marco competencialmente válido, para asumirlas.

Una persona es competente para tomar decisión, cuando entiende la información que recibe; puede procesar las consecuencias positivas y negativas de ella y además, está en condiciones de hacer una elección acorde con la evaluación anterior; por tanto, se concluye que la enfermedad mental, para que satisfaga la presunción legal de falta de padres que otorguen consentimiento válido para la adopción, debe tener ciertas características de gravedad y temporalidad, temporalidad e insuperabilidad, entre otras, que generen una incapacidad permanente para ello.

Pero si el padre o la madre padecen una limitación por enfermedad mental leve y moderada, en la cual tiene momentos de lucidez, o que puede estar controlada con

---

<sup>6</sup> Ley española de dependencia. Ley 39 de 2006

<sup>7</sup> Gladys Bórquez E, (y otros) “La noción de capacidad de la persona para tomar decisiones, en la práctica médica y legal” en Revista médica de Chile. Versión impresa ISSN 0034-9887. Rev. méd. Chile v.135 n.9 Santiago Sep. 2007. <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872007000900009>

el tratamiento adecuado, podrá expresar válidamente el consentimiento para la adopción.

Cabe anotar que la Corte Constitucional, en la Sentencia T-587 de 1998 indicó que:

*“Todo sistema de adopciones, tanto en su diseño como en su implementación, deberá respetar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y someterse integralmente a los principios constitucionales que defienden el interés superior del menor... En consecuencia, todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso de adopción deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación de los menores y su desarrollo libre y armónico”<sup>8</sup>.*

7

La falta de los padres puede ser declarada solo para el interés superior del menor, o porque sus padres enfermos mentales y el entorno que les ofrecería es de situación de riesgo.

En virtud de lo dicho, hay que tener en cuenta que en general, lo que se pretende con la adopción es garantizar el desarrollo integral y armónico de un niño, niña o adolescente, asegurándole el goce pleno de sus derechos, al interior de una familia, puesto que la propia Constitución y la ley le imponen a la mencionada institución, la obligación imperiosa de asistir y proteger al menor para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos; por ello, dentro de los lineamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se tiene que tener en cuenta el artículo 17 de la Ley 1098 del 2006, el cual establece:

*“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos los derechos en forma prevalente.*

*La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que le aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación*

---

<sup>8</sup> Sentencia Corte Constitucional T – 587 de 1998 de octubre 20 de 1998, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

*nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano”<sup>9</sup>.*

Cabe anotar que la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986 (Resolución 41/85), se afirma:

*“A.- BIENESTAR GENERAL DE LA FAMILIA Y DEL NIÑO*

***Artículo 1º.** Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño.*

***Artículo 2º.** El bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.*<sup>10</sup>

En aplicación del artículo segundo mencionado, se puede concluir que cuando la familia natural no constituye un medio adecuado para el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, precisamente porque sus padres los aqueja una enfermedad mental<sup>11</sup>, lo cual conlleva a una situación de dependencia, que amenazaría el bienestar integral del niño, niña y adolescente.

Corolario de lo anterior es por lo que el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, considera que la norma demandada, si bien es cierto, en principio, parece vulnerar el ordenamiento constitucional en cuanto desconoce condiciones y garantías a personas con discapacidad, al plasmar implícitamente que cualquier enfermedad mental es constitutiva de la presunción de ausencia de padres para otorgar el consentimiento, también lo es que dicha norma admite una interpretación acorde con el ordenamiento superior, que consiste en que dicha enfermedad debe tener algunas características que hagan imposible que el progenitor otorgue el consentimiento válido.

Debe tomarse en consideración que la norma persigue un objetivo primordial, cual es garantizar a estos sujetos que no pueden ser cuidados por sus propios padres,

---

<sup>9</sup> Ley 1098 del 2006, artículo 17.

<sup>10</sup> Sentencia Corte Constitucional T - 587 de 1998 de octubre 20 de 1998, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>11</sup> Es de anotar al respecto, que la expresión “enfermedad mental” comprende una amplia gama de trastornos mentales, dentro de los cuales puede haber algunos de mayor o menor gravedad, los que generan consecuencias más o menos importantes en la autodeterminación del enfermo; debiendo que tomarse en cuenta también, el manejo o control que mediante el tratamiento adecuado, pueda tener el paciente.

el derecho a integrar de manera permanente e irreversible una familia que garantice el ejercicio pleno de sus derechos, sin desconocer el principio plasmado en nuestra Constitución Política en su Artículo 44 inciso final: “*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”<sup>12</sup>, de ahí la importancia del proceso de adopción y la prioridad de que éste se someta enteramente a la defensa pronta y efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cumpliéndose así las políticas públicas del Estado de diseñar e implementar un régimen de adopciones sometido integralmente a los principios constitucionales, como también a los valores, principios y derechos que se articulan en favor del desarrollo armónico y pleno de los niños, niñas y adolescentes<sup>13</sup>.

En consecuencia de lo anterior, solicitamos que la norma demandada debe ser declarada exequible de forma condicionada, en el entendido que la única enfermedad mental que permita la presunción contenida, es aquella, cuyas características imposibiliten de manera permanente al progenitor, para otorgar el consentimiento válido para la adopción.

De los Honorables Magistrados,



**JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN**

C.C. 79356668 de Bogotá.

**Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**

**Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.**

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.

Correo: jkbv@hotmail.com

**MARÍA IRMA TRUJILLO VARGAS**

**Docente del Área de Derecho Privado**

**Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.**

---

<sup>12</sup> Artículo 44 de la Constitución Nacional

<sup>13</sup> Sentencia Corte Constitucional T - 587 de 1998 de octubre 20 de 1998, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz