

Tunja, 21 de mayo de 2015
Honorable Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá



REF: Acción pública de inconstitucionalidad

ELKIN CAMILO JIMÉNEZ BARÓN ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1'049.642.883, expedida en la ciudad de Tunja, con domicilio en la ciudad de Tunja, carrera 1 2 este manzana 6 - casa 15 Barrio ciudad jardín. obrando en nombre propio, respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, con el fin de interponer la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 71 de la ley 1098 del 2006 (actual código de infancia y adolescencia) por cuanto el legislador en la norma citada se ha excedió vulnerando el derecho fundamental constitucional a la igualdad entre los nacionales y extranjeros, al configurarse un trato que discrimina al extranjero al momento de adoptar, en razón a que se prefiere a los nacionales sin justificación alguna, violando el principio de igualdad consagrado en la carta "Artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de (...), origen nacional" (subrayado fuera del texto) a su vez que vulnera el canon constitucional del Artículo 100. "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos." Además de ir en contra de principio del derecho internacional como lo es la prevalencia del derecho de igualdad y no discriminación "*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*".¹

NORMA DEMANDADA.

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

¹ Artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948

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

NORMA CONSTITUCIONAL INFRINGIDAS

A continuación me permito transcribir la norma constitucional infringida:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

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.”

“ARTICULO 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.”

Es innegable la necesaria observancia de la igualdad como un principio y un derecho inherente a la condición de ser humano, uno de los derechos de primera generación inspirado en la revolución francesa, un derecho que fue obtenido después de largas luchas y un innegable derrame de sangre. Hoy día el principio de igualdad ante la ley y a la protección de todo individuo contra actos que le discriminen, son parte esencial del derecho internacional.

La declaración universal de los derechos humanos de 1948, que en parte es una respuesta a los horribles crímenes cometidos durante el periodo NAZI, es en la actualidad parte de un marco legal que comprende el derecho internacional y

que protege los derechos fundamentales del ser humano y las libertades, que no sobra recordar, han sido alcanzadas gracias a variados sacrificios a lo largo de la historia.

Ahora bien, se hace necesario llevar a cabo un estudio ordenado y sistemático de la norma impugnada para un mejor entendimiento de las razones por las cuales resulta inconstitucional la norma aludida: 1. la igualdad como principio y derecho fundamental de aplicación inmediata. 2. Un análisis de proporcionalidad y tests de igualdad. 3. Un marco histórico avances en el reconocimiento del derecho a la igualdad y derecho internacional)

1. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL DE APLICACIÓN INMEDIATA.

Robert Alexy en su libro teoría de los derechos fundamentales, hace una diferenciación entre principio y regla, que vale la pena mencionar para desarrollar esta temática a cabalidad. Los principios son mandatos de optimización, mientras que las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. De igual manera el autor fija la igualdad como principio (establecido en la ley fundamental alemana en el artículo 3, párrafo 1 "todas las personas son iguales ante la ley"), en nuestra legislación el principio de igualdad está consagrado en el artículo 13 de la constitución de 1991 y en el preámbulo de la misma. La igualdad es entonces un principio esencial de todo estado bien organizado que aspire a una verdadera consagración de "justicia", tal como lo plantea John Rawls en su libro "teoría de la justicia" en el cual indica que el objeto primario de la justicia es la adecuada distribución de derechos y deberes por parte de las instituciones que conforman la estructura básica de la sociedad. De igual forma, la igualdad es a la vez un derecho fundamental, un derecho inherente a la condición de ser humano consagrado en el derecho internacional, donde son múltiples los tratados que hacen referencia al mencionado derecho², esto sin contar que varios órganos internacionales se han abocado en la promoción y desarrollo del derecho a la igualdad y no discriminación en relación con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y en la defensa de la protección de comunidades en estados de vulneración.

En este punto hare mención al carácter político-cultural que poseen los derechos humanos según la óptica de la teoría crítica de los derechos humanos... "Los

² Véase artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948, Artículo 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos entre otras.

'derechos humanos' no pueden ser caracterizados como propiedades de individuos aislados, sino que, como todo 'derecho' o norma jurídica, suponen y se siguen de relacionamientos sociales que se condensan en instituciones, las que, a su vez, están animadas por lógicas o 'espiritualidades' sociales. Las lógicas de estas instituciones pueden o no expresar una sensibilidad favorable a derechos humanos. En sociedades con principios de dominación, tendencialmente las instituciones funcionan mediante lógicas que no potencian derechos humanos."

³Ahora bien, al ser Colombia un estado social de derecho que busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios constitucionales, y al consagrar a la igualdad como principio, esta debe ser respetada y protegida por parte del estado, quien ha de garantizar una progresividad en este sentido. Hago énfasis en este punto dado que hoy día la igualdad constituye, sobre todo, en un límite de la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad del poder, convirtiéndose en *una igualdad dentro de la ley o en la ley*. Y es el estado el quien fija si frente a una situación determinada se ha de emplear un trato paritario, o un trato diferenciado que favorezca cierta población justificando su estado de indefensión o el bien común. La "Igualdad formal ante la ley puede romperse dándole algo a alguien, que no le es dado a los demás (concediendo privilegios) o no otorgándoles a algunos, lo que reciben los demás (discriminación), estas pueden ser justificadas cuando lo que se busca es obtener una igualdad material"⁴.

2. ¿EXISTE RAZÓN SUFICIENTE QUE JUSTIFIQUE EL TRATO DIFERENCIADO ENTRE NACIONAL Y EXTRANJERO AL MOMENTO DE ADOPTAR? (ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD Y TEST DE IGUALDAD.)

La norma demandada claramente establece un trato diferenciado al preferir a un nacional y excluir al extranjero al momento de adoptar. Si bien la corte avala el mandato de trato diferenciado al decir que el principio de igualdad no impide que el legislador establezca un trato diferencial, la misma corporación exige, (y esto lo ha reiterado la corte en variadas sentencias)⁵ que éstos tratos diferenciados deben tener un fundamento objetivo y razonable, dado que el

³ Revista de derechos humanos y estudios sociales, Año II, No. 4 Julio-Diciembre 2010, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-741 del 2003. MP: Dr. Manuel José Cepeda, Salvamento de Voto del magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

⁵ Ver Sentencia C-430/93 y Sentencia T-230/94 entre otras.

*"Legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta"*⁶.

Ahora bien a través de la sentencia C-093/01 M.P Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO la corte constitucional determina que existen dos enfoques para analizar los casos relacionados con el derecho a la igualdad, el primero de ellos sería el test o juicio de proporcionalidad empleado principalmente por las cortes europeas, el segundo es el tests de igualdad. Así mismo en la sentencia citada la corte intenta unificar estos dos enfoques para crear un "juicio integrado de igualdad". a continuación me permito emplear el test de proporcionalidad de enfoque europeo sin perder de vista la necesidad de conservar los enfoques básicos del juicio de igualdad (tal como lo hizo la corte en la sentencia C-093/01) con el fin de demostrar que el trato diferencial que establece el artículo 71 del actual código de infancia y adolescencia, no posee una justificación razonable que lo sustente, y más aun, que dicho trato diferenciado propende por establecer una evidente discriminación ya que está basado en el origen nacional, violando no solo el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 superior, sino tratados de derecho internacional como lo son los artículos 1 y 2 de la declaración universal de los derechos humanos de 1948, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad. *"Artículo 1 todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."* *"Artículo 2 numeral 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."*

En principio se hace necesario plantear el objetivo que busca la institución jurídica de la adopción. La corte ha señalado que a través de esta disposición se pretende garantizar al menor expósito o en abandono un hogar estable en donde pueda desarrollarse de manera armónica e integral, constituyendo una relación paterno-filial entre personas que biológicamente no la tienen.⁷ Pero de igual manera, y dado que La corte ha precisado que el derecho a tener una familia está radicado en cabeza no solamente de los niños, sino de todas las personas pues se trata de un derecho de doble vía,⁸ la ley exige que los posibles adoptantes

⁶ Corte Constitucional Sentencia C-038/95, MP Alejandro Martínez Caballero.

⁷ Corte Constitucional Sentencia T-587/98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-093/01 M.P Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

cumplan con ciertos requisitos que son establecidos con el fin de satisfacer los derechos del menor, los cuales tienen una preponderancia superior.

El código de la infancia y la adolescencia determina los requisitos para poder acceder a este vínculo civil, estos están enunciados en el artículo 68, a cuyo tenor reza "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." Es entonces razonable creer que quien cumpla con estos requisitos está en capacidad plena de adoptar a un menor, pero si eso es así, ¿Por qué existe un trato diferenciado en el artículo 71 de la ley 1098 del 2006 entre nacional y extranjero? ¿Qué hace que una familia extranjera sea menos apta para la adopción que una colombiana? ¿En que influye la nacionalidad del adoptante en el interés superior del niño? ¿Cuál es el fin que persigue ese trato diferenciado?

Por supuesto al realizar una lectura rápida de la norma demandada, lo que se podría inferir es que el legislador a querido conceder una preferencia a la familia nacional al momento de adoptar, preferencia que no tiene sentido alguno dado que el fin último de la adopción es la de materializar el derecho del menor a tener una familia. No se entiende en que afecta la nacionalidad del adoptante el cumplimiento de dicho fin, además, el dar prevalencia a los nacionales sobre los extranjeros, no garantiza por sí mismo, que los derechos de los menores se protejan en mayor grado de efectividad, por ende no existe idoneidad en la norma aludida, por el contrario el realizar ese trato diferenciado no permite lograr establecer una igualdad material, ni cumplir algunos de los fines constitucionales. La corte ha sido enfática al decir que existen criterios constitucionalmente neutros que pueden ser empleados por las autoridades nacionales para crear tratos diferenciados, pero de igual forma existen criterios que son ampliamente discriminatorios y por ende son prohibidos, tales criterios han sido denominados como "sospechosos", y se refiere a criterios que poseen las siguientes características (I) son rasgos permanentes en el individuo (II) históricamente se puede demostrar la existencia de prácticas sistemáticas de discriminación basadas en dichas características (III) tales características no constituyen un criterio bajo el cual sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales y por ultimo (IV) tales criterios

de diferenciación están prohibidos en tratados internacionales o en el artículo 13 constitucional.⁹

Conforme a lo indicado por la corte, es evidente que el establecer un trato diferencial en base al origen nacional cumple con las cuatro características que la corte demanda necesarias para que un criterio diferenciador sea reconocido como "sospechoso", ampliamente discriminatorio y por ende prohibido.

Lo que nos atañe después de reconocer en el artículo 71 de la ley 1098/06 un trato diferencial "sospechoso" es analizar si el fin que persigue dicho trato diferencial es válido a la luz de la constitución. En este punto he de reiterar que no hay razón que justifique la diferenciación entre nacional y extranjero, no se entiende cual es el objeto que persigue la norma al preferir al nacional al momento de adoptar, dado que si la familia nacional y la extranjera cumplen por igual con los requisitos y condiciones para adoptar, no hay juicio que justifique que las instituciones autorizadas para adelantar el proceso de adopción se inclinen por el origen nacional del adoptante. Es obligatorio preguntarse entonces ¿es idóneo, proporcional y necesario permitir ese trato diferenciado? Ahora bien, la corte a indicado que "la institución de la adopción está constitucionalmente estructurada en favor del menor que carece de familia"¹⁰, lo que nos indica que siempre han de prevalecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por esto mismo no hay una relación de proporcionalidad cuando la idoneidad para adoptar se predica de unos nacidos en Colombia y negada a los nacidos en naciones extranjeras. No es necesario el preferir a un nacional que al extranjero, dado que estas características en nada perjudican o benefician la protección de los derechos del menor, por el contrario la norma vulnera el principio de igualdad.

Es entendible según lo expuesto que las instituciones autorizadas para adelantar el proceso de adopción deberían observar a los nacionales y extranjeros de forma paritaria a lo largo del proceso.

Salta a la vista de igual manera la violación flagrante al artículo 100 de la constitución, el cual establece que "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de *los mismos derechos civiles* que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por *razones de orden público*, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros" al respecto la corte se ha pronunciado y a señalado que "*bajo el nuevo marco normativo de la carta, en ningún caso el legislador está habilitado y mucho menos la autoridad*

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-093/01 M.P Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

¹⁰ *Ibidem*.

administrativa para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana consagrados y garantizados en la constitución y en los tratados internacionales, en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular”¹¹ “es claro que la ley no puede restringir, en razón de la nacionalidad los derechos fundamentales reconocidos en la constitución y en los tratados y convenios internacionales de DDHH dado que son inherentes a la persona humana y tiene un carácter universal.”¹² Por ende, y como ya he reiteramos a lo largo de mi exposición, la norma acusada viola principios del derecho internacional sin poseer una base sólida que permita limitar un derecho que es inherente a la condición humana (la igualdad al momento de adoptar).

3. MARCO HISTÓRICO (AVANCES EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y DERECHO INTERNACIONAL)

Si nos permitimos analizar el progreso de los sistemas jurídicos a través de la historia, notaremos un avance en lo que respecta al derecho a la igualdad. Las normatividades tradicionales nos permiten evidenciar la existencia de una desigualdad palpable, toda vez que cada individuo poseía cierto estatus en el cual se desarrollaba, poseía ciertos derechos y prohibiciones y desde el cual era juzgado. De esta forma los privilegios y obligaciones que tenía un individuo se debían ya a su condición de esclavo o amo, hombre o mujer, raza, religión o nacionalidad. Pero han sido las luchas sociales a lo largo de la historia lo que ha permitido que hoy día los derechos humanos sean reconocidos y protegidos por el derecho internacional.

De allí el planteamiento de la teoría crítica de los derechos humanos, según la cual, los derechos humanos y entre ellos el derecho a la igualdad son conquistas. Si hoy día estos derechos son considerados como inherentes a la condición humana, es gracias a los procesos sociales, “*Derechos humanos’ no es algo que caiga del cielo o que venga al nacer como otros factores de una biológica ‘naturaleza’ humana (el código genético, por ejemplo). Derechos humanos son una producción sociohistórica: se generan en el seno del largo proceso que conduce a las sociedades modernas, obtienen, en una fase de consolidación de ellas, su legitimación filosófico/ideológica y política burguesa y se extienden*

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-523 del 2003. MP: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994. MP: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

posteriormente, en tanto sensibilidad cultural, como lucha reivindicativa a grupos sociales y pueblos/etnias diversamente discriminados"¹³ estas luchas y momentos históricos han permitido positivizar cada uno de estos derechos alcanzados, (entre ellos el de la igualdad) en documentos de suma relevancia histórica como en el artículo primero de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 "*Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; expresamente, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios para adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad*", en el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 "*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo podrán fundarse en la utilidad pública.*", y en el Artículo primero y segundo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948, artículos que he citado anteriormente.

El desconocimiento de estos derechos no es solo una infracción al derecho internacional, sino un desconocimiento de todos los procesos sociales, de todas las luchas históricas, que nos han permitido el disfrute de tales derechos. La política estatal tiene entonces el deber de avanzar en el reconocimiento y materialización de los derechos humanos, y en el caso que nos concierne, a la protección del principio de igualdad.

4. CONCLUSIONES.

La protección y supremacía del derecho a la igualdad debe ser garantizada por parte del estado.

Es claro que el legislador se equivoca al emplear un mandato de trato diferenciado en el artículo 71 del actual código de infancia y adolescencia dado que no hay un objeto o fin claro por el cual sea necesaria la preferencia basada en el origen nacional, a mi juicio, el legislador debió de establecer un trato paritario entre nacionales y extranjeros al momento de adoptar.

Resulta evidente que el artículo 71 de la ley 1098 del 2006, al dar prevalencia a los nacionales sobre los extranjeros al momento de adoptar sin justificación alguna

¹³ Revista de derechos humanos y estudios sociales, Año II, No. 4 Julio-Diciembre 2010, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de san Luis Potosí, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes. Pág. 12

fundada en un juicio de igualdad, es a la luz de la constitución (artículos 13 y 100) una norma inconstitucional. Que viola flagrante mente el principio y derecho fundamental a la igualdad.

La norma demandada es inconducente e innecesaria si se tiene en cuenta que el fin último de la adopción es, precisamente, la de proteger los derecho de los niños, niñas y adolescentes, y brindar un ambiente adecuado para su desarrollo.

Por último, se hace necesario que la corte constitucional analice la norma acusada ya que es evidente que el mandato de trato diferencial en el cual se funda aludido artículo, es claramente un criterio "sospechoso" de discriminación y viola normas del derecho internacional.

5. PETICIONES

Por las razones expuestas anteriormente, me permito a ustedes señores magistrados de la corte constitucional declarar la inexequibilidad del artículo 71 de la ley 1098 del 2006, por ser flagrante la inconstitucionalidad de ésta.

De manera subsidiaria, en caso de declararse constitucional permítanse ustedes señores magistrados mediante fallo modular, declarar la exequibilidad condicionada de la norma, sobre en qué casos específicos opera dicho trato desigual (prevalencia).

COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4, según el cual dicho tribunal decidirá "sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicio de procedimiento en su formación".

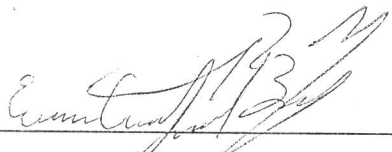
NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la carrera 2 este manzana 6 - casa 15- Barrio ciudad jardín, Tunja, Boyacá

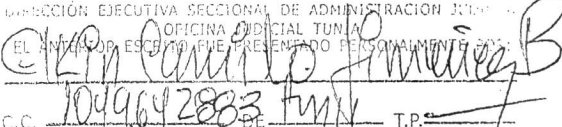
Al teléfono 314 230 8672

Y al correo electrónico kenink21@hotmail.es

Atentamente,

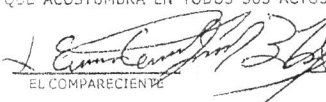

Elkin Camilo Jiménez Barón

c. c. 1'049.642.883 de Tunja- Boyacá

DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
OFICINA JUDICIAL TUNJA
EL ANTERIOR ESCRITO FUE PRESENTADO PERSONALMENTE POR:

C.C. 1049642883 TUNJA T.P.

HOY 21 MAY 2015

MANIFESTANDO QUE LA FIRMA ESTAMPADA ES SUYA Y LA MISMA QUE ACOSTUMBRA EN TODOS SUS ACTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS.


EL COMPARECIENTE
