INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 0000024 DE 2018

(Abril 20)

Bogotá, D.C.

Asunto: Solicitud Concepto radicado No. 185493 de 12 de abril de 2018

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil. Ley 1755 de 2015, y el artículo 6º, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta, sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es viable la adopción del hijo del cónyuge?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO.

Se abordará el tema analizando: 2.1. La adopción en Colombia: 2 2. La adopción del hijo del cónyuge.

2.1. La adopción en Colombia

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que la adopción debe tener como principio orientador el interés superior de los niños, niñas y adolescentes dado su carácter primordial de medida de protección. Esta institución busca entonces la garantía del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, en la que se le proporcione un ambiente de amor y cuidado para su desarrollo integral y armónico.

En este sentido, el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 define la adopción como

"...una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza".

En efecto, la adopción es una institución jurídica que t ajo la suprema vigilancia del Estado tiene como fin fundamental garantizar a los menores de edad que se encuentran en situación de abandono, un hogar estable en donde puedan desarrollarse armónica e integralmente, y puedan establecer una verdadera familia con todos los derechos y deberes que ello comporta, así como ser asistidos y educados en un ambiente de bienestar y afecto.

Los artículos 61 a 78 107, 108 y 123 a 127 del Código de la Infancia y la Adolescencia regulan la institución jurídica de la adopción;[2] acorde con estas disposiciones no existe el derecho a adoptar, si no el derecho fundamental del niño, niña o adolescente a tener una familia. De esta manera, la adopción es "principalmente y por excelencia, una medida de protección" (artículo 61) cuyos sujetos principales son los menores de edad.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la adopción por su carácter proteccionista, tiene como fin último garantizar los derechos de los niños que de acuerdo al contenido constitucional son prevalentes - artículo 44. Constitución Política asegurando siempre su interés superior.

Es evidente entonces, que la adopción es un mecanismo que materializa el derecho de los niños a tener una familia y por lo tanto, los requisitos exigidos para adoptar están encaminados a garantizar su interés superior como sujetos de especial protección constitucional En tal sentido, los niños tienen derecho a un desarrollo tanto físico como moral adecuados, que debe ser facilitado bien sea por los padres biológicos o por los adoptantes.

De esta forma, aunque con la adopción surge parentesco civil y se ejercen algunos derechos fundamentales de los "nuevos" padres, su principal fin y objetivo es la protección prevalente de los derechos de los niños, ordenada en el artículo 44 de la Constitución Política. Esto ha llevado a la Corte Constitucional Colombiana a concluir que "dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor, el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables."[3]

2.2. La adopción del hijo del cónyuge.

El artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 dispone que podrán adoptar:

- Las personas solteras

- Los cónyuges conjuntamente

- Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos; hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.

- El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobados las cuentas de su administración.

El cónyuge o compañera permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años (...)

Adicionalmente, establece como 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 la idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente."

Con el fin de garantizar la efectividad del principio del interés superior del menor, el legislador estableció el requisito de idoneidad física mental, moral y social de quienes pretenden convertirse en adoptantes, el cual debe ser verificado por el Estado a través del ICBF y el Juez de Familia que profiera la sentencia de adopción.

Esta verificación debe ser estricta, pues de sus resultados depende la autorización de la adopción y de asegurarle a los niños, niñas y adolescentes que están en éste proceso a tener una familia en la que se les garantice la integridad física, la salud, el cuidado y el amor, la educación, el desarrollo armónico e integral la recreación, así como el correcto desempeño del ejercicio de la patria potestad y autoridad paterna.

Respecto del denominado consentimiento para la adopción, el artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia estableció los criterios para que este sea válido civilmente e idóneo constitucionalmente, norma que tuvo como fundamento la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema especialmente la Sentencia T-510 de 2003.

Así la norma definió el consentimiento como.

".. la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo 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 la norma indicó que debe estar exento de error, fuerza y dolo y que tenga causa y objeto lícitos y que haya sido otorgado previa información y asesoría suficiente sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de i a decisión Dicho consentimiento una vez cumpla con los anteriores requisitos será irrevocable.

De otra parte, se estableció la invalidez del consentimiento que se otorgue respecto del hijo que está por nacer, o en relación con adoptantes determinados salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Una vez el consentimiento cumpla con los anteriores requisitos será irrevocable.

De acuerdo a lo anterior, el consentimiento no es sólo el otorgamiento de una simple autorización por parte de quien ejerce la patria potestad para que el niño niña o adolescente pueda ser eventualmente adoptado previa sentencia judicial. Se trata de una figura reglada, capaz de generar en el funcionario encargado de recibirlo, el convencimiento pleno de la conducencia y seriedad de la determinación.

Como puede verse existen dos supuestos de adopción de niños niñas y adolescentes:

1. La adopción respecto de personas indeterminadas que es la regla general, que procede ante la declaratoria de adoptabilidad del Defensor de Familia, y

2. La adopción por consentimiento o complementaria, como la ha denominado la Corte Constitucional, que procede de manera excepcional en los supuestos establecidos en la Ley.

Sobre esta adopción, la Corte ha indicado que busca proteger los vínculos familiares previamente consolidados como pueden ser los construidos entre el cónyuge o compañero permanente y el hijo menor de edad de su cónyuge o compañero.

“Como ya fue explicado, la adopción complementaria o por consentimiento tiene lugar cuando se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente contando para ello con la anuencia del progenitor biológico En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con la adopción conjunta, donde el menor carece de vínculos filiales, estos lazos ya existen con el consanguíneo directo y a menudo también se han construido vínculos de crianza entre el menor y el compañero o compañera permanente del padre o madre biológico.

De manera que como uno de los criterios constitucionales para establecer los nexos de filiación es la protección de los vínculos familiares previamente consolidados, es necesario procurar que se conserven tanto los lazos de consanguinidad como los de crianza, por supuesto en cuanto ello sea posible a partir de una valoración caso a caso de las circunstancias que rodean al menor y su familia. En tal medida, la adopción complementaría o por consentimiento no hace más que dar respuesta al imperativo constitucional de proteger los derechos del menor y mantener estables sus vínculos de consanguinidad y con el hogar de hecho en el cual ha permanecido en forma estable".[4]

3. CONCLUSIONES.

Primera: La adopción también puede darse para proteger y reconocer lazos familiares previamente consolidados, como ocurre con los creados a partir de la convivencia y el cuidado amoroso y responsable que ha ejercido, por ejemplo, el cónyuge o compañero permanente con el hijo o hija menor de edad de su cónyuge o compañero. Allí la adopción procede por el consentimiento del padre o madre con el cumplimiento de los demás requisitos legales.

Segundo: Será el Defensor de Familia quien tome el consentimiento del padre o madre, y deberá propender porque este consentimiento sea libre voluntario y no se encuentre viciado.

El presente concepto[5] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015 No obstante lo

anterior, tiene' carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículos 3.1 20 y 21

2. Normas vigentes que regulan la institución jurídica de la adopción. Constitución Política de Colombia (Preámbulo, Arts. 5, 15, 28, 42, 44 y 45); La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 12 de 1991. El Convenio relativo a la Protección del Niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional acogido en La Haya durante la 17a sesión de la Conferencia de Derecho internacional privado, el 29 de mayo de mayo de 1993 fue adoptado como legislación interna entre otros países por Colombia mediante la Ley 265 de 1996 Convenio de la Haya suscrito el 5 de octubre de 1961, aprobado mediante la Ley 455 del 4 de agosto de 1998 al cual se adhirió Colombia el 31 de enero de 2001, en materia de "Apostille". Los artículos 1, 2, 8, 9, 20-1, 22, 53-4, 61 a 78, 107, 108, 123 a 127 del Código de Infancia y Adolescencia regulan lo relacionado con el programa de adopciones. El ICBF como autoridad central en la materia de adopción es la entidad autorizada por la ley para adelantar el Programa, dictar su lineamiento técnico y autorizar a las instituciones para que lo desarrollen con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 11 y en el artículo 62de la ley 1098 de 2006.

3. Sentencia C-804 de 2009

4. Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015

5. "Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad (...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se Impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio" Corte Constitucional Sentencia C -877 de 2000. M.P Antonio Barrera Carbonell.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.