



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 32 DE 2018

(mayo 21)

Bogotá D.C.,

Señora

JACKELINE VALDERRAMA CUADROS

Calle 6 Bis A No. 90 A-80

Jackemejia_07_@hotmail.com

Ciudad

ASUNTO: Consulta sobre la Adopción en Colombia

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿En qué consiste la adopción en Colombia, en especial la de familia de crianza?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

El presente problema jurídico se abordará de la siguiente forma: 2.1 El proceso de adopción; 2.2. Quienes pueden adoptar en Colombia; 2.3 Los requisitos para adoptar; 2.4 la Familia de crianza; 2.5 La adopción de mayores de edad.

2.1. El proceso de adopción

La adopción en Colombia, es considerada como una medida de protección mediante la cual se proporciona a los niños, niñas y adolescentes no sólo un padre o madre, sino una familia que suministre aquello que se considera apropiado para su bienestar y desarrollo pleno e integral, teniendo una especial relevancia constitucional y legal el hacer efectivos los principios del interés superior del niño, niña y adolescente, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 de nuestra Constitución, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación.

De otra parte 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 de los niños, niñas y adolescentes. Bien puede entonces la ley exigir condiciones especiales de idoneidad física, mental, moral y social a los adoptantes, las cuales apuntan precisamente a la satisfacción del interés superior del niño, niña, adolescente, y sin que por ello las personas que desean adoptar puedan aducir que ha sido afectado su derecho a formar una familia, ya que la institución de la adopción está constitucionalmente estructurada a favor de los niños, niñas y adolescentes, que carecen de familia; es así como el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que 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 hogar adecuado y estable al niño, niña o adolescente, estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

Respecto de los requisitos para adoptar la Corte Constitucional ha manifestado:^[1]

(...) Por ello, esta Corte ha destacado 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. Sentencia T-587 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 14. Bien puede entonces la ley exigir condiciones especiales de idoneidad física, mental, moral y social a los adoptantes, las cuales apuntan precisamente a la 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 la Corte, la institución de la adopción está constitucionalmente estructurada en favor del menor que carece de familia. Todo esto es entonces suficiente para concluir que no existe un derecho constitucional a adoptar. Los potenciales padres tienen una legítima expectativa de libre y responsablemente consolidar una relación paterno-filial que no gozan por naturaleza, pero en manera alguna pueden 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..." (Subrayado fuera de texto).

2.2. Quiénes pueden adoptar

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 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. (...).

2.3. Los requisitos para adoptar

El artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 también dispone:

“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.

En efecto la ley exige estas condiciones especiales de idoneidad física, mental, moral y social a los posibles adoptantes los cuales apuntan a proteger a los niños, niñas y adolescentes de sufrir descuido, abandono, violencia física y moral, abuso sexual o la explotación económica y laboral, de ahí que las normas internacionales,^[2] así como las normas de derecho interno reconocen la importancia del proceso de adopción en el que debe propenderse por la defensa pronta y efectiva de los derechos del menor de edad, en especial al de tener una familia por carecer de ella.

El ICBF como Institución autorizada para desarrollar el Programa de adopción, garantiza los derechos de los menores de 18 años susceptibles de ser adoptados, quienes no podrán ser adoptados por personas que no cumplan los presupuestos de carácter ineludible y de tipo imperativo señalados en el artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia, norma que persigue brindar protección integral a través de la seguridad, certeza y legitimidad jurídica que brinda dicho precepto.

Con el fin de dar cumplimiento al programa de adopción, el equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia interviene necesaria e ineludiblemente y sus conceptos tienen el carácter pericial, los cuales se dirigen justamente a garantizar el desarrollo de los requisitos de la adopción, evitando que las decisiones referentes a ésta puedan resultar caprichosas, arbitrarias discrecionales y menos aún, discriminatorias en lo relativo a la idoneidad física, mental, moral y social.

Así, la valoración de los requisitos efectuada por los profesionales del equipo interdisciplinario de las Defensorías de Familia que prevé la ley, se adelanta con el fin de designar padres idóneos íntegramente que garanticen el desarrollo y crecimiento emocional e intelectual de los niños, niñas y adolescentes que carecen de una familia.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda claro que en el ordenamiento jurídico Colombiano, los requisitos para la adopción estipulados por el artículo 68 del Código de la Infancia y adolescencia son los mismos, tanto para las personas solteras como para las parejas que pretendan la adopción conjunta, sin perjuicio de reconocer y señalar que las idoneidades tendrán verificaciones acordes con la realidad de cada persona, sus antecedentes sociales y familiares, etc.

2.4. La Familia de Crianza

La familia de crianza, es aquella que surge de facto, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho.

Así lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia T-506 de 2013, indicando que esta clase de familia goza de protección especial, al considerar:

"La protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley.

Y años después en la sentencia T-887 de 2009, la Corte recordó que:

"La jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez." Y recordó que **"enfatisa la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar -abuelos, parientes, padres de crianza- son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige."**

En relación con la situación particular de los hijastros como integrantes del núcleo familiar en el cual conviven, en la sentencia T- 586 de 1999, esta Corporación al conceder la protección constitucional de los derechos a la unidad familiar y a la igualdad, vulnerados por una caja de compensación familiar que negó el subsidio al hijastro de la accionante por no estar casada con el progenitor del niño, indicó la Corte:

"la jurisprudencia ha reconocido que, a la luz de la axiología constitucional, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio y las conformadas por fuera de éste, y que esta igualdad proscribida toda forma de discriminación basada en el origen familiar, ya sea ejercida contra los hijos o contra descendientes de cualquier grado.... **Si el constituyente quiso equiparar la familia que procede del matrimonio con la familia que surge de la unión de hecho, y a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, forzoso es concluir que proscribida cualquier tipo de discriminación procedente de la clase de vínculo que da origen a la familia.** Por lo tanto, establecer que son "hijastros" los hijos que aporta uno de los cónyuges al matrimonio, pero que no lo son los que aporta el compañero a una unión de hecho, se erige en un trato discriminatorio que el orden jurídico no puede tolerar."^[3]

Respecto de la crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco la Corte Constitucional expresa "Las familias conformadas por padres e hijos de crianza han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Sin embargo, la protección constitucional que se le da a la familia, también se proyecta a este tipo de familias En este sentido, la jurisprudencia Constitucional ha sido amplia en reconocer dicha protección".^[4]

Recientemente la Corte reiteró la protección de que gozan las familias de crianza al enfatizar:...la Corte... ha protegido a las familias que surgen por vínculos diferentes a los naturales y jurídicos. Esta protección constitucional de la familia también se proyecta a aquellas conformadas por madres, padres e hijos de crianza; es decir, a las que no surgen por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respecto, solidaridad, comprensión y protección. Lo anterior, puesto que el concepto de familia se debe entender en sentido amplio, e incluye a aquellas conformadas por vínculos biológicos, o las denominadas "de crianza", las cuales se sustentan en lazos de afecto y dependencia, y cuya perturbación afecta el interés superior de los niños.^[5]

Incluso la Corte amplía la figura de padre o madre de crianza, estableciendo que la persona de la familia que asume las responsabilidades económicas actuando en virtud del principio de solidaridad, y las relaciones materiales es un co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad del menor de edad.^[6]

2.5. La adopción de mayores de edad

El artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, establece:

'Adopción. La adopción es, principalmente y por excelencia, 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".

Ahora bien, dicha Ley menciona que el ICBF es la "autoridad central" en materia de adopciones y la única entidad que puede desarrollar el programa de adopciones o dar la autorización para el desarrollo de dicho programa, sin embargo, ésta regulación únicamente aplica para las adopciones de niños, niñas y adolescentes.

En virtud de lo anterior, el legislador previo que se pudiera realizar un Proceso de Adopción para personas mayores de 18 años de edad, sin embargo, esta acción deberá realizarse directamente ante la Jurisdicción de Familia.

En ese sentido, el artículo 69 de la Ley 1098 de 2006, reguló el trámite para las adopciones de mayores de edad, estableciendo:

“Adopción de mayores de edad: Podrá adoptarse al mayor de edad, cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho (18) años.

La adopción de mayores de edad procede por el sólo consentimiento entre el adoptante y el adoptivo. Para estos eventos el proceso se adelantará ante un Juez de Familia.”

3. CONCLUSIONES

Primera: La adopción por su carácter proteccionista, es una institución jurídica que bajo 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.

Segunda: La Corte Constitucional ha desarrollado una sólida jurisprudencia que reconoce como familia aquella en la cual, los vínculos surgen de facto y espontáneamente, por la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos, y la ha denominado “familia de crianza”.

Tercera: De acuerdo a la Ley 1098 de 2006, procede la adopción de mayores de edad por el solo consentimiento entre adoptante y adoptivo, siempre y cuando se demuestre ante el Juez de Familia que el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y convivido bajo el mismo techo con él por lo menos dos años antes de que éste cumpliera los dieciocho (18) años.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto^[7] 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 FERNÁNDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Sentencia C-093/01. M P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

2. Convención Sobre los Derechos del niño Artículo 21. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario, b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen, c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen, d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

3. Criterio Jurisprudencial que fue reiterado en posteriores pronunciamientos como las sentencias T-1502 de 2000 y T-1199 de 2001.

4. Ver sentencia T-606 de 2013

5. Sentencia T-074/16

6. Sentencia T-074/16

7. "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.