



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 44 DE 2018

(julio 10)

MEMORANDO

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto SIM 24419042 de 25 de mayo de 2018.

Atendiendo al asunto de la referencia, radicado bajo el SIM 24419042 y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

I. CONSULTA

Se consulta sobre el consentimiento para la adopción o la declaratoria de adoptabilidad de un niño nacido en Colombia de madre venezolana y con permanencia ilegal en Colombia.

II. PROBLEMA JURÍDICO

De la consulta se identifican los siguientes problemas jurídicos:

En caso de personas que se encuentra en el país de manera irregular, ¿se les puede recibir el consentimiento para la adopción de sus hijos nacidos en Colombia?

En caso contrario, procede la declaratoria de adoptabilidad?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1. El ámbito de aplicación de las normas de protección a la infancia y la

adolescencia en Colombia; 3.2 El consentimiento para la adopción; 3.3 El proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos.

3.1. El ámbito de aplicación de las normas de protección a la Infancia v la adolescencia en Colombia

El inciso 2 del Artículo 4o de la Constitución Política dispone:

"Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecerá las autoridades".

El Artículo 19 del Código Civil establece que, en materia de estado civil y relaciones de familia, la ley colombiana sigue a sus nacionales en cualquier sitio o país donde se encuentren, con lo cual surge el llamado "Estatuto Personal", por oposición al "Estatuto Real" que describe el artículo 20 del mismo estatuto y que impone que respecto de los bienes, se aplicarán siempre las leyes de su lugar de ubicación.

Sobre los extranjeros en Colombia, el artículo 100 de la Constitución Política, consagra:

"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 condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Asimismo, 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".

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia que es el estatuto que regula de manera integral la atención, protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establece en el artículo 4o, que las normas consagradas en él, se aplican a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana.

Este Código de acuerdo con lo establecido en los artículos 5o y 6o, contiene normas de orden público, de carácter irrenunciable y con aplicación preferente respecto de otras leyes. Adicionalmente, hacen parte de él, 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, y en su aplicación e interpretación, siempre se tendrá en cuenta la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

3.2. El consentimiento para la adopción

La adopción en Colombia, es una medida de restablecimiento de derechos,^[1] 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.

Así, la Ley 1098 de 2006, en su artículo 61, indica que 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."

La norma desarrolla el tema de la procedencia de la adopción indicando que "Sólo podrán adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres"; y, en cuanto a sus efectos jurídicos se establece: "(...) 1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo. 2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos. 3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. (...). 4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9 del artículo 140 del Código Civil."

El artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 dispone quienes podrán adoptar y los requisitos para que proceda dicha adopción. 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 la 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; la adopción respecto de personas indeterminadas que es la regla general, que procede ante la declaratoria de adoptabilidad del Defensor de Familia, y, 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.

3.3. El proceso administrativo de restablecimiento de derechos y su finalidad

El capítulo IV del libro I del Código de la Infancia y la Adolescencia, regula el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como el conjunto de actuaciones que la autoridad administrativa competente debe desarrollar para la restauración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que han sido vulnerados.

Dicho proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de los mandatos constitucionales y para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia y en él se incorporan las normas generales y superiores de respeto al debido proceso. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

"En consonancia con lo anterior, es necesario señalar que el respeto a las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso constitucional, son aplicables al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto se debe observar el principio de legalidad, el juez natural o legal (autoridad administrativa competente), la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa (que se materializa en el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, y a interponer recursos contra la decisión que se tome) y el debido proceso sin dilaciones injustificadas. Adicionalmente, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos debe cumplir con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que orientan las actuaciones administrativas en acatamiento del artículo 209 ibídem.

2.6.2. Entonces, el proceso de restablecimiento de derechos es definido como un trámite administrativo que debe ceñirse a los postulados constitucionales y legales que iluminan el derecho fundamental al debido proceso".^[2]

El PARD se compone de etapas procesales bajo la dirección de la autoridad administrativa, quien tiene unos claros deberes y poderes de instrucción y decisión, los cuales se ejercen bajo los anteriores principios, especialmente el debido proceso de las partes involucradas, que pueden participar activamente en todas las etapas, solicitar pruebas, controvertirlas e interponer los recursos que la Ley ha determinado contra las decisiones adoptadas.

Como puede verse, el PARD, es un auténtico proceso garantista y respetuoso tanto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como de las demás partes, padres, familiares e intervinientes, y el Defensor de Familia es la autoridad competente llamada a materializar dichas garantías y de promover la lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en este.

Respecto de las autoridades competentes del restablecimiento, los artículos 96 a 98, establecen las reglas de competencia para conocer de los procesos administrativos, indicando que corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia, procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el Código.

De otra parte, y respecto de las medidas que puede adoptar la autoridad administrativa en el curso del proceso, el artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia, establece:

“Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades lícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.
5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera”.

Estas medidas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 119 ^[3] del Código de la Infancia y la Adolescencia y 21 ^[4] numerales 18 y 19 del Código General del Proceso, que sean adoptadas por el Defensor de Familia o Comisario de Familia, pueden ser objeto de revisión u homologación, cuando sea el caso, por el Juez de Familia.

IV. CONCLUSIONES

1. Las disposiciones del Código de la Infancia se aplican a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, sin importar su nacionalidad u origen familiar. Si bien la inscripción en el registro civil no implica el reconocimiento de la nacionalidad colombiana, cuyos requisitos se encuentran establecidos en artículo 96 de la Constitución Política que indica que son nacionales colombianos por nacimiento, los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: (i) que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y (ii) los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

De otra parte, en materia migratoria deben aplicarse las disposiciones del Decreto Único del Sector de Relaciones Exteriores 1067 de 2015, que compiló entre otros el Decreto 834 de 2013, establece en el artículo 2.2.1.11.7.22., respecto del menor de edad nacido en territorio colombiano con padres extranjeros, lo siguiente:

"El menor de edad nacido en territorio colombiano de padres extranjeros que no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 96 de la Constitución Política de Colombia para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana, deberá ser presentado ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia en un término no superior a ciento ochenta (180) días calendario contados a partir del momento del nacimiento para que le sea expedido el salvoconducto según corresponda".

El artículo 2.2.1.11.4.9 por su parte, establece que el salvoconducto es el documento de carácter temporal que expide la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia al extranjero que así lo requiera en diferentes circunstancias. Así para efectos de permanecer en el país:

"-SC-2. Salvoconducto para permanecer en el país, en los siguientes casos:

- Al extranjero que deba solicitar visa o su cambio conforma a las disposiciones de este capítulo. En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto será de hasta por treinta (30) días calendario, prorrogable a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores en casos especiales, hasta por treinta (30) días calendario más.

- Al extranjero que deba permanecer en el territorio nacional en libertad provisional o condicional o por orden de autoridad competente por treinta (30) días calendario prorrogable hasta tanto se le defina la situación jurídica. En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto será de hasta por treinta (30) días calendario, prorrogable a solicitud del

interesado en casos especiales, renovables por términos no mayores a treinta (30) días calendario.

- Al extranjero que deba permanecer en el territorio nacional hasta tanto se defina su situación administrativa. En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto será de hasta por treinta (30) días calendario, prorrogable a solicitud del interesado, renovables por términos no mayores a treinta (30) días calendario.

- Al extranjero que deba permanecer en el país, mientras resuelve su situación de refugiado o asilado y la de su familia, a quienes se les podrá limitar la circulación en el territorio nacional de conformidad con el artículo 2.2.3.1.4.1 de esta Decreto. En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto será de hasta por noventa (90) días calendario, prorrogable a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, por noventa (90) días calendario más.

- Al extranjero que pudiendo solicitar visa en el territorio nacional, haya incurrido en permanencia irregular, previa la cancelación de la sanción a la que hubiera lugar; En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto será de hasta por treinta (30) días calendario.

- Al extranjero que a juicio de la autoridad migratoria requiera permanecer en el país por razones no previstas en el presente capítulo, el cual será expedido hasta por un término de quince (15) días, prorrogables por periodos iguales"

Respecto de la condición de los nacionales venezolanos en Colombia, el Ministerio de Relaciones Exteriores, ha determinado una serie de permisos para regular, su permanencia, dentro de las cuales se encuentra la Resolución 5797 de 2017 de 25 de julio de 2017, "por medio de la cual se crea un Permiso Especial de Permanencia", el cual se implementó mediante la Resolución 1272 de 25 de julio de 2017.

2. El artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia regula el consentimiento para la adopción y establece los criterios para que éste sea válido civilmente e idóneo constitucionalmente, entre otros que esté 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 la decisión. Dicho consentimiento una vez cumpla con los anteriores requisitos será irrevocable.

3. Existen dos supuestos de adopción de niños, niñas y adolescentes: la adopción respecto de personas indeterminadas que es la regla general, que procede ante la declaratoria de adoptabilidad del Defensor de Familia, en el marco del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos y, 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.

En tal virtud, cuando un niño, niña o adolescente, sin importar su nacionalidad u origen familiar, tenga vulnerados o amenazados sus derechos, por múltiples circunstancias derivadas, entre otras por templo, de la permanencia irregular de sus padres en el País, corresponde a la autoridad administrativa adelantar las actuaciones correspondientes dentro

del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, para restablecer sus derechos, a través de las medidas consagradas en el artículo 53 del Código de la Infancia y Adolescencia, incluso la adopción, si procede, de acuerdo con el acervo probatorio.

No obstante, se debe precisar que esta Oficina no es competente en materia migratoria y, en consecuencia, las consultas y decisiones respecto de la nacionalidad de los niños, niñas y adolescentes, deben sujetarse a las normas sobre la materia y las directrices del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto 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 4, 8 y 20 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Ley 1098 de 2006, artículo 53 numeral 5

2. Sentencia T-768 de 2013

3. ARTÍCULO 119. COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA EN UNICA INSTANCIA. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, de única instancia:

1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes.

2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley (...).

4. "18. Homologación de decisiones proferidas por otras autoridades en asuntos de familia, en los casos previstos en la ley.

19. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia, el comisario de familia y el inspector de policía en los casos previstos en la ley.

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