INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 64 DE 2019

(Diciembre 20)

XXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Su solicitud de concepto con trámite SIM No 1761675298 de fecha 14 de noviembre de 2019

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 da respuesta a la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

Iniciado el proceso de adopción, ¿qué pasa si no se realiza el proceso judicial ¿Si el consentimiento para la adopción fue otorgado, pero no se realiza el trámite para adopción, en qué condiciones jurídicas queda el menor de edad? ¿A quién corresponde su manutención?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1. La adopción en Colombia; 2.2. El consentimiento otorgado para entregar un hijo en adopción; 2.3 El proceso de adopción; 2.4. Procedencia de la adopción.

2.1. La adopción en Colombia

El artículo 61 del código de la Infancia y la adolescencia, se refiriere concretamente a la figura de la adopción indicando: “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".

Así las cosas tenemos que, la adopción 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.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia T-319 de 2019, señaló: “ (...) En síntesis, la adopción es una medida de restablecimiento de derechos con fundamento constitucional en el articulo 44 de la Constitución, que permite garantizar que, ante la imposibilidad de sus padres biológicos, los niños, niñas y adolescentes puedan reintegrarse -de forma irrevocable- a un nuevo núcleo familiar.

La declaratoria de adoptabilidad se constituye entonces, en una decisión administrativa que es presupuesto de la adopción, define la situación jurídica del niño, niña o adolescente, y se encuentra sometida, en los eventos en que haya habido oposición en cualquier etapa del proceso, a la homologación por el Juez de Familia y una vez en firme, produce respecto de los padres la terminación de la patria potestad del hijo.

Así lo establece el artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia, modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018, al señalar:

(...)

“Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un Adolescente habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100 del presente Código, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

En los demás casos, la resolución que declare el adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá solicitarse la inscripción en el libro de varios y en el registro civil del menor de edad de manera inmediata a la ejecutoría. La Registraduría del estado Civil deberá garantizar que esta anotación se realice en un término no superior a diez (10) días a de la solicitud de la autoridad.

Una vez realizada la anotación de la declaratoria de adoptabilidad en el libro de varios y en el registro civil del niño, la niña o adolescente, el Defensor de Familia deberá remitir la historia de atención al Comité de Adopciones de la Regional correspondiente, en un término no mayor a diez (10) días.

PARÁGRAFO. En firme la providencia que declara al niño, niña o adolescente en adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso

alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho."

A partir de la declaratoria de adoptablllldad, el niño, niña y adolescente, queda bajo la tutela y protección del Estado a través del ICBF, el cual tiene a su cargo ¡nielar las acciones conducentes a la búsqueda de una familia para su adopción y las necesarias para fortalecer el proceso de construcción de su proyecto de vida y acompañarlos en la preparación para la vida autónoma e Independiente.

Lo anterior, responde entonces a lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuanto a que la declaratoria de adoptablllldad, de un niño, niña o adolescente, rompe los lazos de éste con sus padres y su familia biológica en general.

2.2. El consentimiento otorgado para entregar un hijo en adopción

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 al referirse al consentimiento determinó: "El consentimiento es 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 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 dia 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.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente dei adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuer hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresen su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

(...) “

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.

En efecto, la Corte Constitucional, en Sentencia T- 510 de 2003, definió el consentimiento como....la decisión la toman los padres, aun cuando el menor esté en capacidad de pronunciarse. Al manifestar su consentimiento de “dar en adopción" los padres toman una decisión que les compete y los afecta directa y permanentemente. La afectación es grande por cuanto consiste en determinar si se quiere mantener o no, por el resto de la vida, el lazo de filiación con un hijo. Y les compete, en la medida que de acuerdo a la ley, quien toma esta decisión es quien ejerce la patria potestad sobre el menor que se vaya a dar en adopción. No se trata por tanto de un consentimiento sustituto, que se otorga en nombre de otro ante la imposibilidad de que se manifieste; se trata de la decisión libre y autónoma.de considerar, en virtud de la patria potestad y de acuerdo al interés superior del niño, que la mejor decisión posible es entregar al menor en adopción.

Respecto a la manifestación de voluntad de los padres biológicos para que obre la adopción, según lo dispuesto por el artículo 66, ésta implica la abolición del vínculo paterno-filial natural. Igual ocurre cuando la adopción se origina en una declaratoria de adoptabilidad a través de un acto administrativo, de acuerdo con el artículo 108 del Código de Infancia y Adolescencia, mediante cuyo acto se extingue el parentesco entre el padre o madre biológica y el hijo.

Por lo tanto, una vez en firme el consentimiento para que sea entregado el menor de edad en adopción, el mismo se torna Irrevocable y en consecuencia deberá continuarse con el trámite de la adopción a favor del niño, niña o adolescente a fin de que realmente tenga una nueva familia.

2.3 El proceso de adopción

La Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, señala que el trámite para la adopción en Colombia, cuenta con dos grandes etapas que se complementan entre sí y que son:

1. El programa de adopción a cargo del ICBF

2. El proceso judicial para la adopción

Sobre el **programa de adopción** a cargo del ICBF, el artículo 73 del Código de la Infancia y la Adolescencia, dispone que se entiende por éste lo siguiente:

“El conjunto de actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia”.

Igualmente de acuerdo con lo ordenado por el mencionado código en su articulo 62, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como autoridad central en materia de adopción, es la única entidad que puede desarrollar en Colombia programas de adopción, además de las Instituciones que éste autorice para ello”.

En desarrollo de dicha condición, el ICBF profirió el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción, aprobado mediante Resolución No 2551 de 2016 y sus modificaciones, en el cual se establecen cada uno de los pasos que deben seguir el ICBF y todas las personas involucradas en un proceso de adopción según sea el caso.

Contiene el mencionado documento las definiciones conceptuales pertinentes, los criterios operativos del programa, sus beneficiarios, la ruta del mismo, la cual contempla a su vez las exigencias para que las familias puedan ser tenidas como familias adoptantes, los rangos de edad de los niños, niñas y adolescentes que corresponden a las familias según su edad, las dependencias encargadas dentro del ICBF y en las Instituciones autorizadas para prestar los servicios de adopción para desarrollar el programa, las condiciones para las adopciones por parte de familias colombianas y de familias extranjeras y en general todos los pasos que se deben cumplir para desarrollar la etapa administrativa que ante este Instituto tiene que recorrer quienes pretenden ser tenidos como padres adoptivos.

Así mismo dispone que este programa no culmina con la entrega del niño, niña o adolescente a su nueva familia, sino que contempla en todos los casos un seguimiento post adopción, con el fin de constatar que cada una de las adopciones que se lleven a cabo sea realmente garantía del restablecimiento de los derechos de los menores de edad y se desarrolle siempre en aplicación del principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Señala igualmente en los Pasos 29 y 30, que una vez cumplidas todas las etapas de preparación, evaluación, aprobación, encuentro e integración de la familia y el menor de edad, “ el Secretario del Comité expide el concepto favorable para la adopción (en adopción Internacional), certificación de la Idoneidad y constancia de Integración personal del niño, niña o adolescente con el adoptante o adoptantes, con la fotocopia del poder del abogado, entrega al apoderado de la familia previa presentación del poder, los documentos exigidos en el artículo 124 y 125 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Además se le Informará de la obligatoriedad de allegar la sentencia y el nuevo Registro Civil de Nacimiento dentro de los quince (15) días siguientes a la firmeza de la sentencia, teniendo en cuenta que esta omisión no permite que el Secretario del Comité de Adopciones realice el auto de reserva de adopción y ordene la remisión del expediente al archivo.

(...) PASO 30. Etapa judicial y reserva

(...) Una vez se cuente con la Sentencia de Adopción ejecutoriada, el Secretario del Comité de Adopciones, mediante auto, ordena la reserva que habla el articulo 75 del Código de la Infancia y la Adolescencia. En el caso de las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción, el auto lo profiere el Defensor de Familia a cargo del caso”.

Sobre el **proceso judicial para la adopción,** consagra la Ley 1908 de 2006 en su artículo 124 que el juez competente para conocer del mismo es el juez de familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentre el menor de edad, autoridad ante la cual solamente los Interesados en ser padres adoptantes podrán presentar la demanda a través de apoderado. La sentencia que decrete la adopción, contendrá los datos necesarios para que su inscripción en el registro civil constituya el acta de nacimiento que reemplazará la de origen, la cual se anulará. Una vez en firme se Inscribirá en el Registro del Estado Civil y producirá todos los derechos y obligaciones propios de la relación paterno o materno filial, desde la fecha de presentación de la demanda.

Con todo lo anterior es claro que solamente una vez terminada esta etapa, y realizado el seguimiento post adopción, el Secretario del Comité de adopciones de las Regionales del ICBF, o el defensor de familia encargado del caso en las Instituciones autorizadas, (IAPAS) podrá proferir un auto que cierra el proceso Administrativo de Restablecimiento de derechos del niño, niña o adolescente.

2.4, Formas de adelantar el proceso de adopción

De acuerdo con lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia, la adopción procede en los siguientes casos:

Mediante la **declaratoria de adoptabilidad** proferida por el defensor de familia, cuando encuentre dentro del Proceso Administrativo de restablecimiento de derechos respectivo, que la familia del niño, niña o adolescente, no es garante de sus derechos; o cuando sea declarada por el Juez de Familia en los eventos en los que en que el Defensor de Familia, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 1098 de 2006 modificada por la Ley 1878 de 2018, ha perdido competencia para definir la situación jurídica del menor de edad.

Por **consentimiento de los padres biológicos;** se presenta por manifestación del consentimiento Informado, otorgado por quienes ejercen la patria potestad del niño, niña o adolescente.

Por **autorización del Defensor de Familia;** esta autorización procederá cuando el padre o madre haya fallecido, o cuando el Instituto de Medicina Legal certifique que el padre o madre padece una enfermedad mental grave que le Impide tener a su hijo y que, además no puede otorgar su consentimiento para la adopción.

Lo anterior en desarrollo de lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 66, según el cual la falta el padre o la madre no solo se presenta ante su fallecimiento, sino también, cuando de acuerdo con certificación del Instituto Nacional de Medicina Legal, padezca de una enfermedad mental.

Sobre este tema, la Corte Constitucional, en sentencia T-204A/18 con ponencia del Honorable Magistrado Antonio José Llzarazo Ocampo señaló lo siguiente:

“(...) En ese sentido, el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA) 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". El trámite de la adopción se inicia]:

i) Por declaratoria en situación de adoptabilidad, en el marco de un proceso de restablecimiento de derechos, por parte del Defensor de Familia o el Juez de Familia. A este último le corresponderá hacer la declaratoria en caso de pérdida de la competencia de la autoridad administrativa o de homologación de la decisión de la misma.

¡I) Por autorización del Defensor de Familia, en los casos de falta del padre o de la madre por su muerte, o cuando estos se encuentren en situación de discapacidad "por una enfermedad mental o grave anomalía certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses", siempre que dicha valoración concluya la imposibilidad para otorgar un consentimiento válido e idóneo legal y constltucionalmente.

Para determinar la Imposibilidad de otorgar el consentimiento, la autoridad administrativa tendrá que: "(a) reconocer la personalidad y capacidad jurídica de estas personas; (b) realizar los ajustes requeridos y brindar los apoyos necesarios para la adopción de estas decisiones; (c) evaluar la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el marco del Interés superior del menor; (d) la Idoneidad de los padres o de quienes detenten la patria potestad para ejercer la función parental; (e) reconocer la patria potestad en cada casó en concreto, teniendo en cuenta aquellas situaciones en que solo uno de los padres se encuentra en condición de discapacidad; y (f) el proceso administrativo debe llevarse a cabo sin perjuicio de las facultades constituciones y legales de los jueces de familia para dictar la sentencia de adopción"

üi) Por manifestación del consentimiento Informado, libre y voluntario de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad, ante el Defensor de Familia, que podrá ser revocado dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

El consentimiento debe ser válido civilmente, esto es, exento de error, fuerza y dolo y con causa y objeto lícitos, y manifestado previa Información y asesoría suficientes sobre las consecuencias pslcosociales y jurídicas de la decisión. Así mismo, debe ser idóneo constltucionalmente, lo que supone que cuando quien lo otorga ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo"

Las tres situaciones que dan origen al trámite de adopción imponen al Defensor de Familia un proceso diferente a seguir: La declaratoria de adoptabilidad y de la autorización, se dan como resultado del proceso de restablecimiento de derechos. En el caso de manifestación del consentimiento, el proceso de restablecimiento de derechos se deberá ¡nielar solo cuando los padres no señalen quién será el adoptante o cuando sea señalado y de la verificación del estado de derechos del niño, la niña o el adolescente haya lugar a su apertura".

3. CONCLUSIONES Y RESPUESTAS A SU CONSULTA

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, podemos concluir lo siguiente:

Primera. De acuerdo con la normativldad arriba citada, es claro que la etapa administrativa que se adelanta ante el ICBF en los procesos de adopción, no puede darse por terminada sin que se haya agotado previamente la etapa judicial. Solamente se puede proferir auto de cierre del proceso por parte del Comité de adopciones de las Regionales del ICBF o del defensor de familia según corresponda, después de que ha culminado la etapa de seguimiento post-adopción, la cual se inicia a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia de adopción. Por esto es claro que si no se lleva a cabo la etapa judicial del proceso adoptivo, no se configura legalmente la adopción y el menor de edad seguirá bajo el amparo del ICBF o en general en las condiciones y ubicación o medio familiar en la que se encontrare previo al inicio de la solicitud de adopción de que se trate.

Segunda. El consentimiento otorgado para entregar a un hijo biológico en adopción, debe cumplir con todos los requisitos previstos en la norma para su validez, sólo a partir del cumplimiento de dichas exigencias puede ser tenido en cuenta para iniciar el respectivo proceso de adopción. Los padres biológicos tendrán como mínimo un mes al partir del parto, para entregar su consentimiento y un mes adicional para manifestar su arrepentimiento por haberlo otorgado.

Tercera. En lo casos en los que haya sido otorgado ei consentimiento válido para la adopción de un niño, niña o adolescente, pero no se lleve a cabo el proceso de adopción respectivo, el menor de edad mantendrá los nexos familiares con su familia de origen, la cual seguirá siendo responsable de su crianza, educación y manutención, ya que el solo consentimiento no produce los efectos legales de la declaratoria de adoptabilidad.

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 el artículo 6 numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,

MÓNICA ALEXANDRA CRUZ OMAÑA

Jefe Oficina Asesora Jurídica(E)

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