



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 124 DE 2017

(octubre 2)

10400/448439

Bogotá, D. C.

Doctora: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto S-2017-448439-0101 de fecha 23 de agosto de 2017.

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

I. DE LA CONSULTA

Se solicita concepto jurídico sobre la vigencia del consentimiento para la adopción en los casos del hijo del cónyuge, cuando quien lo otorgó ha fallecido y existe oposición por parte de la familia extensa a la adopción.

II. PROBLEMA JURÍDICO

De la consulta se identifica el siguiente problema jurídico:

¿Al fallecer el cónyuge del adoptante (padre o madre del niño, niña o adolescente), se presentan nuevas circunstancias de facto, que podrían dejar sin efecto el consentimiento determinado?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1 La adopción en Colombia; 3.2 La adopción por parte del cónyuge del padre o madre.

3.1. La Adopción en Colombia

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: é indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación.

La adopción entonces es una institución establecida para restablecer o restituir el derecho a tener una familia, cuando no sea posible que la familia biológica ejerza de manera efectiva dicho derecho y los demás establecidos en la Constitución para lograr un desarrollo armónico e integral del niño.

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.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en sus artículos 20 y 21, la adopción como una medida de protección del Estado. cuando los niños se encuentren privados de su medio familiar y la necesidad de que ella se realice de acuerdo con los procedimientos vigentes y autorizada por las autoridades competentes y en todo caso de acuerdo con el interés superior del niño.

Este carácter protector de la adopción ha sido reconocido por la Corte Constitucional, así:

"En este escenario la adopción se refleja como la institución jurídica por excelencia para garantizar al menor expósito o en situación de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. La adopción, ha dicho la Corte, "persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un núcleo familiar."

Con esta institución se pretende suplirlas relaciones de filiación de un menor que las ha perdido o que nunca las ha tenido y que, por lo mismo, se encuentra en condición jurídica de adoptabilidad, esto es, en situación de ser Integrado a un nuevo entorno familiar. Pero no a cualquier familia, sino a aquella en la que, en tanto sea posible, se restablezcan los lazos rotos y, sobre todo, se brinde al menor las condiciones para su plena y adecuada formación. Así, los procesos de adopción están principalmente orientados a garantizar a los menores en situación de abandono una familia en la que puedan asegurar un desarrollo integral y armónico,

condición de posibilidad para hacer efectivos otros derechos fundamentales: "de ahí que la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia".

Ese reconocimiento implica que en los procesos de adopción ha de primar el beneficio del menor, lo cual significa que el Estado tiene la obligación de asegurar que quien o quienes aspiren a hacer parte de una nueva familia reúnan todas y cada una de las exigencias de idoneidad para cumplir su nuevo rol, procurando siempre potenciar el desarrollo integral del niño.

De manera que si bien es cierto que la adopción crea entre adoptante(s) y adoptado un nuevo vínculo filial, por lo que surgen entre unos y otros los derechos y obligaciones inherentes a esa relación de parentesco, también lo es que "la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia.

Por su parte, la Ley 1098 de 2006, establece las normas sustantivas y procesales que regulan la institución de la adopción en Colombia y, en primer lugar, establece que es una medida de restablecimiento de derechos. En cuanto a lo que ha de entenderse por restablecimiento de derechos, el Código señala: "Se entiende por restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados."

A su vez, el 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"^[2] y, en cuanto a sus efectos jurídicos el artículo 64 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. 5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia." (Subrayado fuera de texto)

3.2. La adopción por parte del cónyuge del padre o madre

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 (...)

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

"Como ya fue explicado, la adopción, complementaría o por consentimiento tiene lugar cuando se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente contando con 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 contruido 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".^[3]

IV. Conclusiones

De acuerdo con las anteriores consideraciones y la solicitud de concepto, se presentan las siguientes conclusiones:

1. La adopción es una medida de protección mediante la cual se restablece a los niños, niñas y adolescentes el derecho a una tener una familia, cuando no sea posible que la familia biológica ejerza de manera efectiva dicho derecho y los demás establecidos en la Constitución para lograr un desarrollo armónico e integral del niño. En estos casos, procede previa declaratoria de adoptabilidad del Defensor de Familia. No obstante, y por disposición legal, la adopción también puede darse para proteger y reconocer lazos familiares previamente consolidados, como ocurre con los contruidos 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.

2. En los eventos de adopción consentida cuando el adoptante sea el cónyuge o compañero permanente del padre o madre, y quien ha otorgado el consentimiento para la adopción fallece, el trámite en principio continua, si el consentimiento fue otorgado con los requisitos establecidos en el artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia, no fue revocado en vida y siempre que la autoridad administrativa revise y valide el cumplimiento de los demás requisitos para su procedencia, relativos a la idoneidad del adoptante, que deben acreditarse en todos los casos y la voluntad del adoptante de continuar con la adopción.

Adicionalmente, el Defensor de Familia debe tener en cuenta que dicho trámite, cumpla con el objetivo de la adopción por consentimiento, esto es, la protección de lazos familiares previamente consolidados, que en los términos de la Corte Constitucional se constatan a partir de una valoración caso a caso de las circunstancias que rodean al niño, niña y adolescente y su familia.

En esta valoración no puede olvidarse que toda actuación que involucre derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta su opinión y que todas las decisiones que se adopten, sean en favor de su interés superior.

3. Si existe oposición a la adopción por parte de la familia extensa, el Defensor de Familia debe valorar los motivos de dicha oposición en el contexto antes indicado, sin que ello invalide de plano el trámite de la adopción, dado que, si quien ejercía la patria potestad del niño, niña o adolescente (padre o madre), otorgó un consentimiento civilmente válido e idóneo constitucionalmente, este no se entiende revocado con su fallecimiento, sino que deben analizarse cuidadosamente los demás requisitos de procedencia de la adopción, y se reitera, que ella logre los objetivos trazados por el legislador para la garantía y protección de los derechos del niño, niña o adolescente de tener una familia y permanecer en ella.

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 60 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. Sentencia C-683 de 2015. En el mismo sentido las sentencias C-412 de 1995, C-562 de 1995, T-587 de 1998, C-477 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-881 de 2001, T-360 de 2002, C-831 de 2006, C-804 de 2009 C-577 de 2011, T-276 de 2012, SU-617 de 2014.

2. Artículo 83 Código de la Infancia y la Adolescencia

3. Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015.

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