



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 132 DE 2017

(noviembre 1)

Bogotá, D.C,

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Directora Regional ICBF - Norte de Santander

ASUNTO: Consulta con radicado No. 438837, solicitada por el Defensor de Familia XXX, sobre indemnización a favor de unos NNA adoptados.

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 60 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Unas menores de edad que fueron adoptadas, tienen derecho a percibir una indemnización reconocida a favor de ellas con posterioridad a la sentencia que decretó su adopción?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

El presente problema Jurídico se abordará de la siguiente forma: 2.1 La adopción en Colombia; 2.2 La reserva en materia de adopción y el derecho a la intimidad; 2.3 Efectos jurídicos de la adopción en Colombia; 2.4 El derecho fundamental a la reparación; 2.5 Los perjuicios morales; 2.6 El caso en concreto.

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^[1] 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 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.

Los artículos 61 a 78, 107, 108 y 123 a 127 del Código de la infancia y la Adolescencia - Ley 1098 de 2006 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 reserva en materia de adopción y el derecho a la intimidad

El artículo 75 de la ley 1098 de 2006 indica que: Todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción, serán reservados por el término de veinte (20) años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. De ellos sólo se podrá

expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieren directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

PARÁGRAFO 1. El adoptado, no obstante, podrá acudir ante el Tribunal Superior correspondiente, mediante apoderado o asistido por el Defensor de Familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

PARÁGRAFO 2. El funcionario que viole la reserva, permita el acceso o expida copia a personas no autorizadas, incurrirá en causal de mala conducta.

A su turno, el artículo 76 ibídem contempla que: DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER FAMILIA Y ORIGEN. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar. Los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información.

La Ley 265 de 1996, por medio de la cual el Estado Colombiano aprobó el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, establece:

"Artículo 30. 1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia. 2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado.

Artículo 31. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30, los datos personales que se obtengan o transmitan conforme al Convenio, en particular aquellos a los que se refieren los artículos 15 y 16, no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron."

De acuerdo con los anteriores preceptos y a la Ley 1098 de 2006, el Estado tiene la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos de los adoptivos en especial a su intimidad y dignidad, motivo por el cual, se estableció a través de la citada normatividad, las acciones que puedan adelantarse para levantar la reserva de los documentos y actuaciones de un proceso de adopción, así como la facultad para dicho propósito, la cual se encuentra exclusivamente en cabeza del adoptivo y excepcionalmente de la Procuraduría General de la Nación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

Sin embargo, luego de cumplir el término de 20 años previsto en el artículo 75 de la Ley de Infancia y Adolescencia, y al no haber reserva legal respecto al proceso de adopción, el ICBF deberá en cada caso ponderar los derechos constitucionales a la intimidad y a la información y así determinar la conveniencia de la entrega de los documentos que tengan que ver con las actuaciones administrativas y judiciales, teniendo en cuenta que la información del proceso de adopción le corresponde al ámbito privado de la familia adoptiva y del adoptivo.^[4]

Ahora bien, es preciso señalar que la familia biológica de una persona que fue adoptada, puede acudir al secretario de adopción de la regional ICBF que corresponda, para que éste actualice sus datos con el fin de que si el adoptivo (a) en algún momento quiere ubicarlos lo pueda hacer.

En consonancia con lo descrito anteriormente, podemos decir que los adoptivos tienen el derecho a conocer su familia biológica, y sus padres adoptivos tienen el deber de compartir la correspondiente información, claro está, teniendo en cuenta las condiciones específicas de cada niño, niña o adolescente y su edad.

2.3. Efectos jurídicos de la adopción

De conformidad con lo previsto con el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, 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. Por su parte, el numeral 4 de del artículo 64 señala como uno de los efectos de la adopción que el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha manifestado que la adopción es una institución jurídica para garantizar al menor de edad en situación de abandono el derecho a tener una familia y a no ser separado de la misma, pues a partir de dicha protección, se permite la realización de otros derechos fundamentales del niño, niña o adolescente.^[5] De esta manera, la medida de adopción de un menor de edad, antes que buscar una limitación de los derechos fundamentales, propende por su protección.

Por otra parte, aun cuando la norma establece la extinción del parentesco del niño adoptado con su familia biológica, el artículo 76 de la Ley 1098 establece el derecho que estos menores de edad tienen de conocer a su familia de origen. A su tenor literal, la norma dispone:

ARTÍCULO 76. DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER FAMILIA Y ORIGEN. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior; todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar. Los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información.

En esta misma línea, el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

De esta manera, resulta claro que la adopción, antes que constituir un obstáculo para los derechos fundamentales de los menores de edad, es una medida que busca su protección y realización. Adicionalmente, aun cuando uno de los efectos es la extinción del parentesco con su familia de origen, no debe perderse de vista que la misma norma prevé el derecho de los niños a conocer a estas personas; así, no se trata de eliminar de la vida del menor de edad todos los hechos ocurridos previos a la adopción, sino de brindarle la protección de conformidad con la situación de abandono en la que se encuentra.

Por lo dicho anteriormente, la adopción no tiene el efecto ni de eliminar los hechos previos a la medida ni menos de limitar los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente.

2.4. Derecho fundamental a la reparación

Con el objetivo de responder al problema jurídico planteado, es necesario entender, en primer lugar, que la indemnización ordenada como consecuencia de la muerte del hermano de las niñas que fueron adoptadas, es una expresión de su derecho fundamental a la reparación.

De conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional, el derecho a la reparación se predica de aquellas personas que han sufrido un daño como consecuencia de una conducta antijurídica que no se encontraban en el deber de soportar. De esta manera, se reconoce el perjuicio sufrido por las víctimas, el cual debe ser resarcido a través de medidas de justicia restaurativa y distributiva, encaminadas a devolver a la persona afectada a la situación anterior a la ocurrencia del daño.^[6]

El carácter de fundamental de esta garantía, de acuerdo con la Corte Constitucional, se cataloga como un derecho fundamental porque: 1) busca restablecer la dignidad de las víctimas a quienes se les han vulnerado sus derechos constitucionales; y 2) por tratarse de un derecho complejo que se interrelaciona con la verdad y la justicia, que se traduce en pretensiones concretas de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y no repetición.^[7]

Particularmente en lo que tiene que ver con la indemnización, el máximo tribunal de lo constitucional ha indicado que, en aquellos casos en los cuales no sea posible devolver a la víctima al estado previo a la ocurrencia del daño, se deben adoptar medidas orientadas a compensar los perjuicios sufridos, incluido el daño moral. A su tenor literal, la Corte señaló:

“En caso de no ser posible la restitutio in integrum, serán necesarias estrategias orientadas a compensar la pérdida material -tanto por daño emergente como por lucro cesante- y moral de acuerdo con el principio de equidad, a través de la indemnización. Adicionalmente, hacen parte de la reparación, la rehabilitación referida a la recuperación física o mental de las personas afectadas con la conducta ilícita y violatoria de los derechos humanos; la satisfacción que supone el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación para restablecer la dignidad de las víctimas y reivindicar la memoria histórica; las garantías de no repetición que representan las acciones tendientes a hacer cesar las violaciones flagrantes de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.”

Así, resulta claro que el derecho fundamental a la reparación incluye la indemnización que se otorgue a las víctimas por el perjuicio moral sufrido.

Ahora bien, como consecuencia del carácter fundamental del derecho a la reparación, las disposiciones legales relacionadas con las víctimas de la violencia, deben ser interpretadas a la luz de los principios de favorabilidad hacia el entendimiento y restablecimiento de sus derechos, la buena fe, la confianza legítima, la preeminencia del derecho sustancial y el reconocimiento de la condición de especial vulnerabilidad y debilidad manifiesta de las víctimas.

De esta manera, cuandoquiera que se realice la lectura de una norma que pueda impactar el derecho de las víctimas, debe darse preeminencia a aquella interpretación que sea favorable al restablecimiento de sus derechos; situación que, siendo imposible la restitución a la situación anterior, incluye el derecho a recibir una indemnización.

2.5. Los perjuicios morales

Habiéndose establecido, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que el derecho fundamental a la reparación comporta pretensiones de indemnización por el perjuicio moral sufrido por las víctimas, resulta pertinente realizar una breve alusión a este tipo de perjuicio inmaterial.

Sobre esta materia, la Corte Constitucional ha indicado que: “la reparación del daño moral busca proteger la afectación a bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial, causados por la vulneración de los sentimientos íntimos de una persona, que surgen producto del dolor físico o psíquico infligido antijurídicamente”.^[8] Por su parte, el Consejo de Estado ha indicado que el perjuicio moral está compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación y congoja que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo;^[9] así, aun cuando la prueba de este daño puede realizarse mediante la acreditación del parentesco, el perjuicio está relacionado con un dolor o tristeza por los hechos ocurridos, como la muerte de un familiar. Prueba de que esto es así, es que personas allegadas a la víctima directa, sin que sean familiares, pueden percibir una indemnización por perjuicios morales.

En otras palabras, este tipo de daño inmaterial obedece a un dolor del ámbito interno de la persona que, si bien se puede probar mediante la acreditación del parentesco, no desaparece si este vínculo no está presente.

2.6. El caso en concreto

En el caso que se consulta, de conformidad con la situación de las menores de edad, en favor de quienes fue ordenado el pago de una indemnización por concepto de perjuicios morales como consecuencia de la muerte de su hermano en el marco del conflicto armado, es importante realizar las siguientes precisiones:

Sobre la sentencia proferida por el Juzgado XXX, se realizó una conciliación XXX, en la que se acordó reconocer una indemnización a favor, entre otros, de las menores de edad XXX, por

la muerte del soldado regular xxx, ocurrida como consecuencia de un enfrentamiento armado entre miembros del Ejército Nacional y grupos al margen de la ley, el día XXX en el Municipio XXX.

Posteriormente, mediante Resolución 4679 de 30 de junio de 2017, el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional ordenó reconocer y pagar la indemnización antes mencionada. En dicho acto administrativo se especifica que la suma otorgada a las niñas obedece al perjuicio moral sufrido por la muerte de su hermano.

En la consulta, se plantea la inquietud respecto de a quien deben ser consignados dichos dineros, considerando que las niñas fueron dadas en adopción mediante sentencia judicial del 1 de agosto de 2013 y, en la actualidad, se encuentran fuera del territorio nacional.

De acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de éste concepto, se puede afirmar que la indemnización hace parte del derecho fundamental de las víctimas a la reparación y que es deber del Estado propender por su protección; teniendo en cuenta que el perjuicio moral corresponde al dolor o congoja por la pérdida de un ser querido, sin que esto dependa del parentesco que se tiene con la víctima directa y atendiendo, finalmente, al hecho de que la adopción busca la protección de los derechos de los menores de edad y no pretende desconocer los hechos ocurridos con anterioridad, se considera que las menores de edad tienen derecho a percibir la indemnización, aun habiendo sido adoptadas.

Así, el hecho de que las menores de edad hayan sido dadas en adopción no puede ser un impedimento para limitar su derecho fundamental a la reparación, ni tampoco elimina el dolor o sufrimiento que afrontaron a causa de la pérdida de su hermano biológico, hecho que fue reconocido judicialmente y al que, consecuentemente, le correspondió una indemnización.

En efecto, en el momento en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la indemnización, el trámite de la adopción de las niñas beneficiarlas ni siquiera se había iniciado, y en consecuencia no solo estaba vigente el vínculo legal con su hermano fallecido sino también el núcleo familiar originario, en cuyo contexto se produjeron los daños indemnizados. En la doctrina del Consejo de Estado, el parentesco con la víctima es suficiente para que se infiera la existencia del daño moral. Esto implica que cuando las tres hermanitas fueron adoptadas, su perjuicio moral ya se había producido y no habría de modificarse en su naturaleza por el simple hecho de la adopción. Se diría obvio que la adopción podrá suprimir los nexos de consanguinidad, pero jamás podrá tener ese mismo efecto respecto de un dolor ya sufrido y sobre el consiguiente daño moral. Así, no suena extraño a la ley que el derecho a la indemnización es inherente a la persona y no puede cambiar con las vicisitudes del estado civil.

Circunstancia bien diferente habría sido, por lo menos en teoría, que el hecho se produjera después de la adopción, pues las niñas no habrían llegado a enterarse de él ni a sufrir sus consecuencias.

Así pues, se puede concluir que la sentencia, sin importar que sea posterior a la adopción de las niñas, no hace más que reconocer la realidad de un hecho; la muerte mencionada, y declarar la existencia de unos efectos irreversibles, que en el caso de las hermanas son el

motivo de la indemnización. El derecho a esta, aunque se haya reconocido más tarde, tuvo su origen y su razón de ser en un momento en que, como se dijo, la adopción no había disuelto la fuerza legal del vínculo de consanguinidad. Una vez radicado en sus cabezas, el derecho, que, como se dijo, surge del conocimiento del hecho, no tiene por qué desaparecer por la modificación del parentesco.

Por último, debe señalarse que el presente concepto tiene carácter reservado, dadas las circunstancias del caso en concreto.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto^[10] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la ley 1755 de 2015, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 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 y 8 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica.

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