



CONCEPTO 92 DE 2015

(julio 29)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/044372

MEMORANDO

PARA: Subdirector de Adopciones

ASUNTO: Solicitud de concepto sobre requisito para la adopción de menores de edad para las parejas en unión marital de hecho.

De manera atenta, la Oficina Asesora Jurídica en ejercicio de la función consignada en el Decreto 987 de 2012, artículo 6, numeral 6 “Asistir a las demás dependencias del Instituto en el trámite y solución de los asuntos de carácter legal que se presenten en su gestión”, conforme con la solicitud con Rad. No. 1-2015-044372-0101 de fecha 18 de junio de 2015, se permite presentar concepto correspondiente sobre el tema referido en el asunto, en los términos que siguen.

I. SOBRE LA SOLICITUD

En primer lugar manifiesta que la sentencia SU-617 de 2014[1] proferida por la H. Corte Constitucional, señaló que cuando una pareja pretenda probar el tiempo de convivencia para efectos de poder adoptar con base en una declaración formal notarial de convivencia, el tiempo empieza a contar desde la fecha en que se expidió tal declaración, y no desde la fecha declarada, así lo indicó la referida sentencia:

“Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 124 del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene una regla especial en materia de adopción, pues para este efecto la fecha referencial para la contabilización de los dos años de convivencia ininterrumpida entre los compañeros no es la fecha por ellos declarada en el instrumento, sino aquella en que se suscribe el instrumento jurídico. En este sentido, el referido precepto establece que “para los fines de la adopción, la convivencia extramatrimonial podrá probarse por cualquiera de los medios siguientes (...) 2. Inscripción de la declaración de convivencia que haga la pareja, en la Notaría del lugar del domicilio de la misma, con antelación no menor de dos años”. (...)

De las consideraciones anteriores, la Corte concluye que en materia de adopción, el tiempo de convivencia entre compañeros permanentes se calcula a partir del día en que se suscribe la escritura pública que declara la unión.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así mismo, se indica en la solicitud que el artículo 4 de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005, se establece lo siguiente:

“Artículo 4o. La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.
2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.

3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.

Por su parte, el párrafo del artículo 124 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia establece:

PARÁGRAFO. Para los fines de la adopción, la convivencia extramatrimonial podrá probarse por cualquiera de los medios siguientes:

1. Inscripción del compañero o compañera permanente en los registros de las Cajas de Compensación Familiar o de las instituciones de seguridad o previsión social.

2. Inscripción de la declaración da convivencia que haga la pareja, en la Notaría del lugar del domicilio de la misma, con antelación no menor de dos años.

3. El Registro Civil de Nacimiento de los hijos habidos por la pareja.

Cuando se trate de compañeros permanentes residentes en el exterior, la convivencia extramatrimonial se probará de conformidad con la legislación del país de residencia de los solicitantes. (Subrayas fuera del texto)

Finalmente, se hace referencia a lo establecido en el paso 5, página 16 del Lineamiento Técnico del Programa de Adopciones, radicación de documentos ante el ICBF o la IAPA: "(...) Para cónyuges/compañeros permanentes (además de lo anterior anexar):

1. Registro Civil de matrimonio o

2. Prueba de convivencia extramatrimonial por más de dos años mediante:

a). Inscripción del compañero/a en Caja de Compensación o EPS

b). Declaración de convivencia hecha ante notario

c) Registro Civil de nacimiento de los hijos habidos por la pareja.

Conforme con lo anterior, se requiere establecer si la familia solicitante de adopción al momento de radicar los documentos, debe dar cumplimiento a la inscripción de la unión marital de hecho, donde el tiempo transcurrido debe ser más de dos años a partir de la fecha de la declaración, como lo contempla la Sentencia SU-617 de 2014 precitada.

Así mismo, se solicita dilucidar si las pruebas señaladas en el artículo 124 de la Ley 1098 de 2006 son las únicas pruebas admisibles para iniciar el trámite de adopción, o si se trata de una relación enunciativa y en consecuencia son admisibles las establecidas en el artículo 2 de la Ley 979 de 2005.

II. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme con los antecedentes consignados en la solicitud de concepto y por petición expresa del mismo, se emitirá respuesta respecto de los siguientes cuestionamientos:

¿Teniendo en cuenta que los requisitos establecidos por el lineamiento señalan entre otros “la prueba de convivencia extramatrimonial por más de dos años (...)”, la familia solicitante de adopción al momento de radicar los documentos, debe dar cumplimiento a la declaración o inscripción de la unión marital de hecho, donde el tiempo transcurrido debe ser por más de dos años a partir de la fecha de la declaración?

¿Las pruebas que señala el artículo 124 de la Ley 1098 de 2006 son las únicas pruebas admisibles para iniciar el trámite de la solicitud de adopción, o esta relación es apenas enunciativa y en consecuencia son admisibles las pruebas contempladas en el artículo 2 de la Ley 979 de 2005?

III. ANALISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se abordarán los siguientes temas: (1) Alcance de las sentencias de unificación de tutela la Corte Constitucional; (2) Análisis de los problemas jurídicos; (3) Conclusiones.

Cuando la Corte Constitucional se pronuncia sobre una materia respecto de la cual debe unificar jurisprudencia y obrar como cabeza de la jurisdicción constitucional, sus decisiones tienen un alcance mayor, a las que adopta generalmente en salas de revisión de tutela. Así lo expresó este alto tribunal en la Sentencia SU-1219 de 2005,[2] al señalar lo siguiente:

“El papel que cumple la Corte Constitucional cuando aborda la revisión eventual consagrada en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Carta Política no es otro que el de unificar a nivel nacional los criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, precisando el alcance de los derechos fundamentales, trazando pautas acerca de la procedencia y desarrollo del amparo como mecanismo de protección y efectividad de los mismos y estableciendo la doctrina constitucional, que, según el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, declarado exequible por Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995, es obligatoria para los jueces en todos los casos en que no haya normas legales exactamente aplicables al asunto controvertido.”

“Cuando la Corte Constitucional se pronuncia sobre una materia respecto de la cual debe unificar jurisprudencia y obrar como cabeza de la jurisdicción constitucional, sus decisiones tienen un alcance mayor a las que adopta generalmente en salas de revisión de tutela. El sistema de control constitucional adaptado en Colombia es mixto en la medida en que combina elementos del sistema difuso y del sistema concentrado. No es necesario abundar en los elementos concentrados del sistema colombiano. Es suficiente con subrayar que la opción del constituyente de 1991 de crear una Corte Constitucional fortaleció en forma significativa esta dimensión concentrada de nuestro sistema. Al haberle atribuido a ese órgano de cierre de las controversias relativas a la interpretación de la Constitución la facultad de conocer cualquier acción de tutela no sólo reafirmó este elemento de concentración en materia de derechos constitucionales fundamentales, sino que le confirió una trascendencia especial a la unificación de jurisprudencia en estos asuntos. Cuando la Corte Constitucional decide en Sala Plena sobre estas materias desarrolla su misión constitucional y por lo tanto está obligada a asumir su responsabilidad como órgano unificador de la jurisprudencia.

Así mismo, las razones de lo anterior, tienen fundamento en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que: “La Corte Constitucional designará los tres magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia

deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente”.

Al respecto, refiriéndose a la importancia de las sentencias de unificación en materia de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia C-018 de 1993,[3] señaló lo siguiente:

“Con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 se busca específicamente unificar las sentencias de revisión de tutela de la Corporación.

Ello por cuanto la jurisprudencia de la Corte debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material (art. 13 de la carta), en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en el tráfico jurídico.”

(...) Tales atributos de la jurisprudencia constitucional requieren de la existencia de un mecanismo de unificación. La revisión de sentencias de tutela por parte de la Corporación es eventual, esto es, no se revisan todas las sentencias sino tan solo aquellas que sean seleccionadas por tener un carácter paradigmático. Tal carácter tiene dos implicaciones; es obligatorio y es didáctico. Mal haría la Corte en contribuir a la didáctica constitucional mediante sentencias contradictorias, que antes que educar desorientan y crean confusión. Para ello entonces se creó el mecanismo unificador regulado en la norma acusada.

De la misma manera, en la referida sentencia, este alto tribunal establece los efectos de los fallos que se dictan en sede de revisión de tutela, de la siguiente manera:

“Ahora bien, la fuerza jurídica de las sentencias de revisión de tutela de la Corte está relacionada con la función que cumple la jurisdicción constitucional en materia de defensa y protección de los derechos fundamentales.

La competencia de revisión eventual y autónoma (CP art. 241.9) depositada en la Corte Constitucional -como cabeza de la jurisdicción constitucional, supremo guardián y máximo intérprete de la Carta-, hace que el interés principal de las sentencias de revisión no sea resolver el caso específico sino sentar una doctrina cuyo destinatario es el país entero, de forma que la sujeción a ésta por parte de las autoridades y los particulares vaya forjando una cultura de respeto de los derechos fundamentales.

Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la Ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución.

La Corte Constitucional ejerce una función democrática primordial al revisar las sentencias de tutela y al fijar con su doctrina los valores políticos acogidos por el constituyente, de forma que los derechos fundamentales sean actualizados constantemente y se racionalice la solución de los conflictos sociales.

La jurisdicción constitucional, por medio de su jurisprudencia y su doctrina, es un importante mecanismo de integración política y social. Las decisiones de tutela de la Corte Constitucional, se reitera, no se limitan a resolver el conflicto particular sino que tienen un efecto pedagógico que afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social y la regulación de la vida en comunidad. La jurisprudencia constitucional de derechos fundamentales cumple así una triple función legitimadora: es marco de referencia para las autoridades y los particulares, asegura la efectividad de los derechos, principios y deberes consagrados en la Constitución y general el consenso social indispensable para la convivencia pacífica. En este contexto y no en otro es que debe entenderse la fuerza jurídica de las sentencias de revisión que profiere la Corte Constitucional.” (Negrillas fuera de texto).

En ese sentido, se puede concluir que, las sentencias de revisión de tutela y las de unificación dictadas por la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias, si bien en la parte resolutive sólo obliga a las partes, frente a la parte dogmática como estudio, análisis e interpretación de derechos fundamentales, trasciende a situaciones similares que requieran igual tratamiento.

2. Análisis de los problemas jurídicos

La Ley 54 de 1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”,[4] establece en su artículo 1o que: “(...) para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

Es así como, el artículo 4o de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2o de la Ley 979 de 2005,[5] consagra que la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos: (1) Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes; (2) Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido; (3) Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia. No obstante estos instrumentos jurídicos, indica la Corte Constitucional, son de carácter declarativo más no constitutivo, ya que por propia definición legal, “la unión marital de hecho se perfecciona cuando las personas hacen comunidad de vida permanente y singular, y no cuando tal situación es declarada mediante alguno de los tres mecanismos, consagrados en la ley”. [6]

Ahora bien, en materia de adopción, el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia, establece los requisitos para adoptar, determinando, entre otros, que podrán adoptar: 3. 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 o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior, (...), 5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Conforme con lo anterior, la ley establece que los compañeros permanentes que quieren adoptar, deben demostrar una convivencia de por lo menos dos años. Al respecto, la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-840 de 2010,[7] indicó lo siguiente:

“(…) Además de las condiciones de idoneidad física, mental, moral y social que deben acreditar los adoptantes, la estabilidad en todos los órdenes, que deben mostrar los aspirantes a adoptar constituye un presupuesto esencial en la valoración de la mejor alternativa familiar para un menor que se encuentra bajo la protección del Estado y en proceso de ser entregado en adopción. Aunque pueden existir múltiples parámetros para medir el nivel de estabilidad de un individuo o de una pareja que aspire a conformar una familia por la vía de la adopción, el legislador optó por considerar que en relación con los cónyuges la existencia de un compromiso solemne materializado a través del vínculo matrimonial podría ser expresión de una relación estable, y que a su vez la comunidad de vida ininterrumpida entre compañeros permanentes, que se prolongue por más de dos años, podría así mismo acreditar una vocación de permanencia en la pareja que garantice la estabilidad deseable para la entrega de un menor en situación de adoptabilidad. (...) El ánimo de permanencia como pareja, cuando los candidatos a adoptar acuden en esta condición, constituye sin duda un factor demostrativo de estabilidad, que el legislador debe contemplar y las autoridades administrativas corroborar”.

(...) En un ejercicio razonable de su potestad de configuración, el legislador estableció un parámetro probatorio consistente en la acreditación de por lo menos dos años de convivencia ininterrumpida para que los compañeros permanentes se postulen conjuntamente como

adoptantes. (...) Se trata de un criterio objetivo y razonable que cumple el específico propósito de suministrar una evidencia de estabilidad, vocación de permanencia o conocimiento previo (...)

Es así que, el párrafo del artículo 124 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia, establece una regla especial que determina que la contabilización de los dos años de convivencia ininterrumpida entre compañeros permanentes, es la fecha de suscripción del instrumento jurídico, y no la fecha declarada por los compañeros, en dicho instrumento. Al respecto establece: “Para los fines de la adopción, la convivencia extramatrimonial podrá probarse por cualquiera de los medios siguientes: (...) 2. Inscripción de la declaración de convivencia que haga la pareja, en la Notaría del lugar del domicilio de la misma, con antelación no menor de dos años.”

Frente a este aspecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU-617 de 2014 reiteró las razones que justifican dicho precepto normativo:

“Esta regla especial prevista en el Código de la Infancia y la Adolescencia obedece a la necesidad de asegurar la estabilidad de las parejas que pretenden la adopción conjunta o por consentimiento de un menor, evitando que dos personas declaren un tiempo de convivencia inferior al real; frente a este riesgo real, razonablemente el legislador ha limitado el alcance de la presunción de buena fe, para garantizar el interés superior del niño. Por otro lado, el legislador ha considerado que para determinar la estabilidad de la pareja que pretende la adopción, resulta de especial importancia la expresión formal del compromiso entre sus miembros, y no la mera convivencia entre ellos, que bien podría denotar únicamente la intención de compartir de manera temporal y esporádica algunas facetas de la vida personal; por el contrario, la manifestación formal, oficial y pública de la voluntad da conformar una pareja, es para el derecho positivo un acto de compromiso análogo al que se establece en el matrimonio, y por ello, la fecha referencial para el cálculo”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que conforme con lo establecido por la Corte Constitucional y en concordancia con el Código de la infancia y la Adolescencia, cuando el medio de prueba presentado es la inscripción de la declaración de convivencia ante Notaría, dicha inscripción debe haberse realizado con antelación no menor a dos años a la presentación de la solicitud de adopción; en otras palabras, para efectos de la adopción, la fecha que se tiene en cuenta para iniciar a contar los dos años, es el momento en que se realiza dicha inscripción ante notaría, así pues, no tiene validez, para fines de adopción, la fecha de convivencia declarada por la pareja en tal declaración.

Ahora bien, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece además de la declaración notarial, otros dos medios probatorios que pueden presentar los compañeros permanentes, residentes en Colombia, como requisito para la adopción, estos son: 1. Inscripción del compañero o compañera permanente en los registros de las Cajas de Compensación Familiar o de las instituciones de

seguridad o previsión social; (...) 3. El Registro Civil de Nacimiento de los hijos habidos por la pareja;[8] en la misma lógica, y teniendo en cuenta que el artículo 68 exige la convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, independientemente del medio probatorio del que se trate, el mismo, debe demostrar los dos años de convivencia al momento de presentada la solicitud de adopción.

Al respecto y con el fin de resolver el segundo problema jurídico planteado, consistente en determinar si los anteriores son los únicos medios de prueba admisibles para iniciar el trámite de adopción, es necesario señalar que la Ley 1098 de 2006 en su artículo 5o establece la naturaleza de las normas contenidas en dicho Código, señalando que: “Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”.

En ese sentido, la Corte Constitucional precisó frente al Código de la Infancia y la Adolescencia que: “El propio ordenamiento establece que sus normas son de orden público, de carácter irrenunciable y preferente, las cuales a su vez deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial por la Convención sobre los Derechos del Niño, ordenamientos que se entienden además integrados al citado código (arts. 5 y 6”).[9]

De acuerdo con lo anterior, el Código de la Infancia y la Adolescencia es norma especial y preferente, por lo tanto sus disposiciones deben ser de aplicación inmediata prevaleciendo sobre normas de carácter general.

Por lo tanto, se puede concluir que en atención a la naturaleza preferente establecida por el legislador para la Ley 1098 de 2006 y en atención a que en ella se reglamenta el procedimiento de adopción, los medios probatorios que se deben tener en cuenta para demostrar el requisito de convivencia extramatrimonial, son los establecidos en el parágrafo del artículo 124 de la mencionada ley.

3. Conclusiones.

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal y constitucional anteriormente expuestas se puede concluir lo siguiente.

1. Para efectos de la adopción, la fecha para determinar los dos años de convivencia de los compañeros permanentes, cuando el medio de prueba presentado sea la inscripción de la declaración de convivencia ante Notaría, es la fecha de dicha inscripción, y no la declarada por la pareja en tal declaración.
2. Para efectos de la adopción, los medios probatorios que se deben tener en cuenta para demostrar el requisito de convivencia extramatrimonial, son los establecidos en el parágrafo del artículo 124 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia.
3. En todo caso, deberá acreditarse los dos años de convivencia, con cualquiera de los medios probatorios establecidos en el parágrafo del mencionado artículo 124.
4. El Lineamiento Técnico para Adopciones deberá entenderse conforme con la jurisprudencia constitucional y la ley.

El presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, 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 ICBF, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

1. M P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

2. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

3. M.P. Alejandro Martínez Caballero

4. Esta ley tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-075 de 2007, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

5. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la Unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

6. Corte Constitucional. Sentencia SU-617 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

7. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

8. Artículo 124 de la Ley 1098 de 2006.

9. Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2009. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.