



**CONCEPTO 92 DE 2016**

**(agosto 12)**

**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

10400 /345932

Bogotá, D.C.

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Derecho de Petición radicado bajo el No.345932 del 21/07/2016.

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 60, numeral 4, del

Decreto 987 de 2012, se responde la consulta, sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

## **1. PROBLEMA JURÍDICO**

¿Cómo debe interpretarse el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, respecto a la excepción de la edad como requisito para adoptar tratándose de hijo de cónyuge?

## **2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Se abordara el tema analizando: 2.1. La adopción en Colombia; 2.2. Quiénes pueden adoptar en Colombia; 2.3. Los requisitos para adoptar; 2.4. Caso 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 con sus derechos vulnerados, 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 1, 2, 6, 8, 9, 20-1, 22, 53-5, 61 a 78, 107, 108 y 123 a 127 del Código de la Infancia y la Adolescencia, regulan lo relacionado con la institución jurídica de la adopción y el programa de adopciones.[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. La misma norma establece que los niños, niñas y adolescentes se encuentran en situación de adoptabilidad. cuando: (i) Son declarados en situación de adoptabilidad por el Defensor de Familia o por el Juez de Familia cuando el primero pierde competencia, (li) La adopción haya sido consentida previamente por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia y queda en firme una vez ha transcurrido el término ordenado en la ley: (lii) La adopción es autorizada por el Defensor de Familia en los casos previstos en la ley (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).

A su vez, los artículos 53-5 y 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia señalan que la adopción es principalmente y por excelencia una medida de protección integral y de restablecimiento de derechos a través de la cual se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Esta medida, la toma el Defensor de Familia dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Ejecutar esta medida implica el cumplimiento de la normatividad jurídica y técnica del programa de adopción, que corresponde al ICBF y a las Instituciones autorizadas por éste, una vez cumplido el trámite administrativo que se complementa con el trámite judicial en el cual se profiere una sentencia que decreta la adopción, todo con el propósito de garantizar al niño, niña o adolescente el derecho fundamental y prevalente a tener una familia.

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. La adopción es "principalmente y por excelencia, una medida de protección" (artículo 61) cuyos sujetos principales son los niños, niñas y adolescentes.

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 padres adoptantes.

De esta forma, aunque con la adopción surge parentesco civil y se ejercen algunos derechos fundamentales en la nueva familia: padres e hijos, 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 Quiénes pueden adoptar en Colombia - Requisitos.**

Acorde con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006 y la Ley 265 de 1996 mediante la cual el Estado Colombiano aprobó el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, del 29 de mayo de 1993; el artículo 68 de la primera norma señala:

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 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 Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.

2. Los cónyuges conjuntamente.

3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren un 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.

4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.

5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Parágrafo 1o La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

Parágrafo 2o Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.

Esta norma, se proyecta a otorgar seguridad y certeza jurídica a los derechos, intereses y prerrogativas propios de los niños, las niñas y los adolescentes en las etapas administrativa y judicial de la adopción. Establece los requisitos generales que deben cumplir los adoptantes, entre otros, la idoneidad que se determina del estudio y análisis de los componentes morales, sociales, mentales y físicos de los solicitantes (Situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción, etc.) para garantizar y restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia que le brinde una adecuada calidad de vida y un desarrollo y bienestar integral que les asegure su bienestar, un ambiente de felicidad, amor y comprensión de acuerdo a los principios de protección integral, interés superior, prevalencia de los derechos y corresponsabilidad consagrados en la Carta Política y en los artículos 7, 8, 9, 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Los factores previstos en el artículo 68, deben concurrir para que analizados de manera integral se concluya que hay factores que permiten o que también pueden afectar, el desarrollo integral de un niño y la garantía plena de sus derechos dentro de la familia.

Las normas vigentes en materia de adopción y el lineamiento técnico del programa de adopción, determinan la ruta jurídica y técnica que se aplica rigurosamente por los profesionales que intervienen en el proceso de adopción nacional (ICBF e Instituciones Autorizadas) o internacional (Organismos Acreditados y autorizados y Autoridades Centrales), frente a las solicitudes que presentan las personas que desean ser padres a través de la adopción, todo, con el propósito de garantizar la protección y los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes adoptables.

La adopción determinada precisamente se encuentra prevista en esta norma al establecer que podrán adoptar el cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años, o a un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Adicional a lo anterior resaltamos que el artículo 66 de la Ley 1098 de 2016, dispone que solo tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción 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.

### **2.3 El requisito de la edad para adoptar**

El artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 también dispone: "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.

En efecto la ley exige estas condiciones especiales de idoneidad física, mental, moral y social a los posibles adoptantes los cuales apuntan a proteger a los niños, niñas y adolescentes de sufrir descuido, abandono, violencia física y moral, abuso sexual o la explotación económica y laboral, de ahí que las normas internacionales,[4] así como las normas de derecho interno reconocen la importancia del proceso de adopción en el que debe propenderse por la defensa pronta y efectiva de los derechos del menor de edad, en especial al de tener una familia por carecer de ella.

El ICBF como Institución autorizada para desarrollar el Programa de adopción, garantiza los derechos de las personas de menores de 18 años de edad y susceptibles de ser adoptados, quienes no podrán ser adoptados por personas que no cumplan los presupuestos de carácter ineludible y de tipo imperativo señalados en el artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia norma que persigue brindar protección integral a través de la seguridad, certeza y legitimidad jurídica que brinda dicho precepto.

Con el fin de dar cumplimiento al programa de adopción, el equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia interviene necesaria e ineludiblemente y sus conceptos tienen el carácter pericial, los cuales se dirigen justamente a garantizar el desarrollo de los requisitos de la adopción evitando que las decisiones referentes a ésta puedan resultar caprichosas, arbitrarias discrecionales y menos aún, discriminatorias en lo relativo a la idoneidad física, mental, moral y social.

Así, la valoración de los requisitos efectuada por los profesionales del equipo interdisciplinario de las Defensorías de Familia que prevé la ley se adelanta con el fin de

designar padres idóneos íntegramente que garanticen el desarrollo y crecimiento emocional e intelectual de los niños, niñas y adolescentes que carecen de una familia.

Particularmente el artículo 68 dispone que no se aplicará en cuanto al requisito de la edad en los casos de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad (Adopciones determinadas), esto es, que quienes deseen ser padres a través de la adopción tengan 25 años de edad y tengan al menos 15 años más de edad que el adoptable.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda claro que en el ordenamiento jurídico Colombiano, los requisitos para la adopción estipulados por el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia salvo las estipulaciones previstas como excepción son los mismos para todas las personas que desean ser padres a través de la adopción.

## **2.4 Del Caso Concreto**

1. Teniendo en cuenta que el inciso 2o del numeral 5 transcrito, solamente y de manera expresa, hace referencia a la edad como requisito para adoptar, debe entenderse que la excepción frente a esa exigencia, solo aplica cuando quien pretende adoptar es el cónyuge o compañero permanente del otro padre del menor, para exonerarlo del requisito de los 25 años como edad mínima: pero esa circunstancia no exime al presunto adoptante de que tenga la diferencia de 15 años frente al menor adoptable. O si, por el contrario la salvedad del inciso referido, cubija ambas situaciones, es decir en el caso concreto del cónyuge o compañero permanente, éste podría adoptar al hijo de su pareja sentimental, aun cuando no tenga la edad de 25 años, ni tampoco exista una diferencia de 15 años entre él y el adoptable.

El inciso segundo del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 es particularmente expreso al señalar que "la norma no se aplicará en cuando a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad", subrayado fuera de texto, excepción que se refiere a la edad para adoptar y a la diferencia de edad que debe haber entre el adoptante y el adoptivo, pero únicamente en los casos mencionados en el referido inciso (adopciones determinadas).

En conclusión para que una persona pueda iniciar un proceso de adopción del hijo de su cónyuge o su compañera permanente debe cumplir con los requisitos estipulados en la Ley, sin embargo, si quien desea adoptar no ha cumplido los 25 años y la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado es menor a 15 años, podría acogerse a la excepción genérica sobre la edad mencionada en dicho artículo, siempre y cuando cumpla con todos los demás requisitos entre los cuales se encuentran la idoneidad física, mental, moral y social determinados en la Ley y en los Lineamientos Técnicos del Programa de Adopción aprobados por el ICBF y claro está, que se haya definido la situación jurídica del niño, niña o adolescente en relación con el otro padre biológico.

El presente concepto[5] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para 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 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,

## **MARIA TERESA SALAMANCA ACOSTA**

### **Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)**

\* \* \*

1. Convención sobre los Derechos del Niño Artículos 3.1, 20 y 21

2. Normas vigentes que regulan la institución jurídica de la adopción Constitución Política de Colombia (Preámbulo, Arts. 5, 15, 28, 42, 44 y 45). La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 12 de 1991. El Convenio relativo a la Protección del Niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional acogido en La Haya durante la 17a sesión de la Conferencia de Derecho Internacional privado, el 29 de mayo de 1993, fue adoptado como legislación interna entre otros países por Colombia mediante la Ley 265 de 1996, Convenio de la Haya suscrito el 5 de octubre de 1961, aprobado mediante la Ley 455 del 4 de agosto de 1998, al cual se adhirió Colombia el 31 de enero de 2001 en materia de "Apostille", Los artículos 1, 2, 8, 9, 20-1, 22, 53-5, 61 a 78, 107, 108, 123 a 127 del Código de Infancia y Adolescencia, regulan lo relacionado con el programa de adopciones. El ICBF como autoridad central en la materia de adopción es la entidad autorizada por la ley para adelantar el Programa, dictar su lineamiento técnico y autorizar a las instituciones para que lo desarrollen, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo del artículo 1 y en el artículo 62 de la ley 1098 de 2006.

3. Sentencia C-804 de 2009

4. Convención Sobre los Derechos del niño. Artículo 21. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la

consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario: b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen, c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen. d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella: e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la condenación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

5. "Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art. 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia eficiencia e

imparcialidad (...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio "Corte Constitucional Sentencia C - 877 de 2000 M P Antonio Barrera Carbonell.

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