



Trabajo Fin de Máster

Régimen jurídico de la adopción en España y Colombia

Autora

Eliana del Pilar Rodríguez Morales

Directora

María Victoria Mayor del Hoyo

Facultad de Derecho

2013

CONTENIDO

	Pág.
Introducción.	5
1. Ordenamiento español sobre adopción	10
1.1 Breve reseña histórica de la adopción en España	11
1.1.1 Época codificadora	11
1.1.2 Siglo XX	12
1.2 Características de la adopción en España	19
1.3 Régimen jurídico de la adopción en España	22
1.3.1 Adopción unipersonal y adopción dual	22
1.3.2 Requisitos y prohibiciones	24
1.3.3 Constitución de la adopción	26
1.3.3.1 La propuesta previa de la entidad pública	26
1.3.3.2 El consentimiento	27
1.3.3.3 El asentimiento	28
1.3.3.4 El trámite de audiencia	30
1.3.3.5 Asentimiento y audiencia	32
1.3.3.6 La resolución judicial	34
1.3.4 Efectos de la adopción en España	34
2. Ordenamiento colombiano sobre adopción.	38
2.1 Breve reseña histórica	38
2.2 Normas contemporáneas	39
2.2.1 Código de la infancia y la adolescencia	39
2.2.2 La adopción y la filiación	39
2.2.3 Concepto de filiación	40
2.2.4 Tipos de filiación	42
2.3 Filiación adoptiva en Colombia	44
2.3.1 Definición en el Código civil colombiano	45
2.3.2 Medidas de restablecimiento de derechos	47
2.4 Naturaleza jurídica de la adopción	50
2.4.1 La adopción como medida de protección	51
2.4.2 Clases de adopción	52
2.4.3 Finalidad de la adopción	53
2.4.4 Sujetos de la adopción	56
2.4.5 Quienes no pueden ser adoptados	61
2.5 Procedencia de la adopción	62
2.5.1 Por consentimiento de los padres	62
2.5.2 Por declaración de adoptabilidad	65
2.5.3 Por adoptabilidad declarada por el Juez de Familia	69
2.5.4 Por autorización del Defensor de Familia	69
2.6 Requisitos de la adopción	70
2.6.1 La edad	71

2.6.2	La idoneidad	73
2.7	Efectos jurídicos	79
2.7.1	Parentesco civil	82
2.7.2	El nombre	86
2.7.3	Extinción de los lazos de sangre	86
2.7.4	Conservación excepcional de los vínculos consanguíneos	88
2.8	Procedimiento de adopción	89
2.8.1	Procedimiento administrativo	90
2.8.1.1	Autoridad central	90
2.8.1.2	Entidades autorizadas	91
2.8.2	Trámite administrativo	93
2.8.3	Suspensión del trámite	95
2.8.4	Costos del proceso	96
2.8.5	Juez competente	97
2.8.6	Legitimación	97
2.8.7	Anexos de la demanda	97
2.8.8	Requisitos para adoptantes extranjeros	98
2.8.9	Reglas especiales y términos legales	99
2.8.10	Irrevocabilidad de la adopción	100
2.8.11	Reserva	101
2.8.12	Salidas del país	102
2.8.13	Acciones de reclamación	103
3.	Comparación derecho español y colombiano	105
3.1	Conceptos generales	105
3.1.1	Evolución de la norma	106
3.1.2	Tipos de adopción	110
3.1.2.1	En España	110
3.1.2.2	En Colombia	112
3.2	Requisitos y prohibiciones	114
3.2.1	Edad	114
3.2.2	Idoneidad	116
3.2.3	Consentimiento	117
3.2.4	Asentimiento en España	119
3.2.5	Prohibiciones para adoptar	122
3.3	Efectos de la adopción	123
3.4	Trámite de audiencia	129
3.5	Constitución de la adopción	139
3.5.1	Competencia	144
3.5.2	Quiénes pueden demandar	145
3.5.3	Pasos y términos especiales	146
3.5.4	Terminación del trámite judicial	147
4.	Adopción internacional	151
5.	Referencias	153
5.1	Jurisprudencia citada	153
5.2	Bibliografía	155

INTRODUCCIÓN

Los conceptos de paternidad y filiación deben ser examinados desde dos diferentes puntos de vista: en primer lugar, desde la perspectiva biológica, es decir, tomando en consideración el aspecto orgánico de la procreación, el hecho biológico de engendrar un hijo. En este sentido específico, la paternidad representa, entonces, un vínculo de sangre con el hijo o la hija.

En segundo lugar, y desde el punto de vista psicológico, los conceptos de paternidad y filiación están también referidos a los sentimientos, emociones y aspiraciones que permiten acoger como hijo a quien biológicamente no lo es, para criarlo, educarlo, formarlo moralmente y satisfacer así, concomitantemente, el anhelo de ser padre o madre.

Lo anterior permite afirmar que los vínculos de la paternidad pueden acrecentarse y cobrar vida autónoma y plena, entre personas que biológicamente no se encuentran en una relación de engendrados y engendrados entre sí. Quien toma a otro como su hijo, lo educa y le suministra un patrimonio cultural, jamás tolerará que se destruya ese nexo. La paternidad y la filiación son, en última instancia, una cuestión emocional antes que de consanguinidad.

La filiación adoptiva ha sido considerada como una ficción legal, por medio de la cual se logra crear un vínculo jurídico entre un niño o una niña y un padre o una madre que no han engendrado a ninguno de dichos menores. En este mismo sentido, algunos autores, por ejemplo Cardozo, han definido la filiación adoptiva como “una creación artificial, resultado de la adopción, mediante una sentencia judicial”¹. Igualmente, Belluscio la define como “La que no corresponde a la realidad biológica sino a un vínculo paterno-filial creado por el Derecho”².

Pues bien. Dicho lo anterior, opinemos con Polaino, Sobrino y Rodríguez³, que el hecho de la adopción no es nuevo. Pero en

¹ CARDOZO Munevar Nelcy Edith. La filiación adoptiva en Colombia. Enfoque jurisprudencial. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C. 2011.

² BELLUSCIO Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo II, 7ª Edición, 1ª reimpresión. Editorial Astrea, Buenos Aires. 2004.

³ POLAINO, Aquilino. SOBRINO MORRÁS, Ángel. RODRÍGUEZ SEDANO, Alfredo (Eds). Adopción, aspectos psicopedagógicos y marco jurídico. Editorial Ariel, Barcelona. 2001. 280 Págs.

cambio sí es nueva la cantidad enorme de adopciones que se están llevando a cabo en el mundo entero, incluido, por supuesto, el continente europeo. Dentro de éste, España es uno de los países que se encuentran a la cabeza en número de adopciones en la región.

Como consecuencia de este aumento en la frecuencia cada día creciente de adopciones en los diferentes países del mundo, la adopción ha tenido un enorme impacto social en cada uno de estos países.

En la actualidad el fenómeno de la adopción es tan común y frecuente, que está modificando sensiblemente, junto con algunos otros factores, la representación mental que las personas tienen acerca de la familia.

Lo que acaba de decirse no significa, sin embargo, que en la actualidad se haya trivializado la estructura o el concepto ontológico tradicional de la familia. Pero, no obstante esto, en el continente europeo resulta ya familiar la anécdota de algunos niños que de manera nostálgica y un tanto envidiosa, suelen preguntarse “¿Por qué razón yo no habré sido adoptado?”.

Obviamente esta anécdota no debe constituir una nueva categoría, aunque es, de suyo, bastante significativa. En cierto modo, es muy conveniente que sea así, puesto que tras de la adopción no existe ninguna diferencia significativa entre padres adoptantes y padres biológicos. Tal modo de vivir la paternidad y la filiación es bueno y mejor que lo contrario. Pero de ahí a sobrestimar la adopción con respecto a la paternidad natural, existe y continuará existiendo un abismo muy justificable, que siempre será conveniente tener en cuenta.

Dada la confusión reinante en la sociedad, en el ahora de este cambio de siglo, nada de particular tendría que padres fértiles, con capacidad para engendrar hijos, renunciaran a su natural potencialidad generativa al mismo tiempo que se postularan como padres adoptantes. De darse esta situación, lo que resultaría manifiesto, una vez más, sería la enorme posibilidad que tenemos todos para contravenir la propia naturaleza, para actuar en su contra, para optar y decidimos por un comportamiento que desde cierto punto de vista podría parecer no natural y, hasta de pronto, “antinatural”.

Importa mucho que no se confundan términos como generación y adopción, paternidad biológica y paternidad adoptiva, filiación natural y filiación adoptiva, procreación y adopción. Y esto con independencia del hecho de que las leyes “igualen” las condiciones y el entramado estructural de las relaciones entre padres e hijos naturales o adoptados, una vez que la adopción haya sido sustanciada.

Algo parecido sucede con respecto a otra paradoja (que al parecer es muy frecuente en la actual sociedad española), consistente en la escasez de niños españoles candidatos a la adopción, al mismo tiempo que aumenta sin cesar el número de parejas deseosas de adoptar un hijo. El balance que resulta entre esta curiosa “demanda” y la escasez de la “oferta”, exigiría una reflexión en profundidad no sólo acerca de la persona y la familia, sino también de la política familiar y de la sociedad entera.

Conviene recordar que la pareja o la persona, por sí mismas, no tienen “derecho” a tener un hijo. Por el contrario, cualquier hijo sí que tiene derecho a tener unos padres. Y no podría ser de otra manera, por cuanto no es posible ser hijo sin tener padres, de la misma manera que tampoco se puede ser padres sin tener un hijo.

Es el ser del hijo (desde que es engendrado y con su alumbramiento), el que configura a las personas (sus progenitores) como padres. Es el hijo el que hace a la persona madre o padre, de la misma forma que las personas que engendran a un hijo son las que se autoconstituyen, respectivamente, en virtud de ese engendramiento, en padre y madre de ese hijo.

Ciertamente, pueden ser muy variadas las diversas intenciones con las que un hombre o una mujer, o ambos, deciden, a partir de un determinado momento, constituirse como padres o madres, sean biológicos o adoptantes. Pero esas intenciones debieran ser depuradas, a fin de que la banalidad no sustituya ni empobrezca el fecundo y trascendente hecho de la paternidad y la filiación. Se trata, en otras palabras, de no trivializar lo que no es trivial.

La filosofía del Derecho, en este punto, tiene todavía mucho que hacer y decir. Pero ni lo hará ni lo dirá si no se atiende a la necesaria e insustituible reflexión antropológica acerca de estos temas.

Una vez dicho todo lo anterior, digamos ahora en qué consistirá el presente trabajo. Pues luego de la presente introducción –en la que se han deslizado algunas ideas del libro de Aquilino Polaino “Adopción, aspectos psicopedagógicos y marco jurídico”⁴-, el cual será utilizado más adelante como material bibliográfico, será dividido el tema en cinco capítulos, con los cuales se espera poder abarcar el asunto de que trata este trabajo monográfico.

La primera de estas divisiones, denominada “Ordenamiento español sobre adopción”, recoge algunos aspectos contenidos en la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, además de citar las principales normas que rigen la adopción en España. Como nota al margen, debo confesar que no resultó fácil para una extranjera como yo recopilar la normativa española sobre adopción. Esto, porque dicha normativa se halla dispersa en un enorme conjunto de preceptos, bastante difíciles de localizar en un solo sitio.

En la segunda división, llamada “Ordenamiento colombiano sobre adopción”, se repite el ejercicio que se acaba de describir, pero esta vez centrando nuestra atención en el entorno, tanto histórico como jurídico y sociológico, de la adopción en Colombia.

Con la exposición de estos dos marcos teóricos, conceptuales y jurídicos, seguramente ya estaremos listos para, en una tercera división del trabajo, denominada “Comparación normatividad española y colombiana sobre adopción”, establecer los puntos en que concuerdan y aquellos en que existen discrepancias al comparar los dos firmamentos legislativos –concentrándonos, sobre todo, en los componentes del régimen jurídico en materia de adopción. Es decir, haciendo comparación de los requisitos, las prohibiciones y los efectos de la adopción en los dos cuerpos legislativos. Por supuesto, esta tercera parte vendrá a ser, con mucho, la más importante de este trabajo monográfico, el cual tiene como temática central precisamente la comparación de las normas sobre adopción en los dos Estados mencionados.

Para finalizar, existe en este trabajo una cuarta parte, de muy corta extensión, que está dedicada a los aspectos que tienen que ver con la

⁴ *Ibidem*.

adopción internacional. Este tema no está propiamente vinculado con la materia principal de este trabajo. No obstante, se refiere a una problemática tan importante y contemporánea, que de ninguna manera podría dejar de mencionarse en el presente trabajo.

1. ORDENAMIENTO ESPAÑOL SOBRE ADOPCIÓN

Por medio de las correspondientes disposiciones legales, el Estado puede posibilitar que un menor pase a ser hijo de quienes no son sus padres por naturaleza. En esto consiste la adopción, institución jurídica que pretende reproducir la relación materno y paterno filial de base biológica que une a los hijos con sus progenitores –madre y padre-. El profesor español Miguel Ángel Pérez, refiriéndose concretamente a la experiencia española aunque su opinión bien pudiera aplicarse también a la historia de la adopción en la mayoría de países occidentales, expresa las siguientes apreciaciones a este respecto⁵:

La evolución que ha seguido la adopción se caracteriza por un continuo avance legislativo que ha ido llevando su régimen jurídico –requisitos, prohibiciones y efectos- hasta el cumplimiento del principio conforme al cual la adopción imita a la naturaleza –adoptio imitatur naturam-. Junto con lo anterior, la evolución de la adopción también se caracteriza por la paulatina reconducción de la institución, desde un régimen jurídico pensado inicialmente para satisfacer los deseos de paternidad de quienes no tienen hijos, hasta otro que tiene al adoptado como referente primordial –primacía del interés del menor-, y que conlleva la atribución de la patria potestad a los adoptantes más idóneos. Con tales presupuestos, el régimen vigente de la adopción es el resultado de sucesivas reformas tendientes a un doble fin: uno, fortalecer los efectos de la constitución del vínculo adoptivo, asimilándolos de modo progresivo a los derivados de la filiación por naturaleza; el otro, dotar a la adopción de un régimen jurídico que responda cada vez con mayor intensidad al interés del menor, antes que al de los adoptantes. Sin darles plena satisfacción, a los fines expuestos obedecieron las reformas de los artículos del Código civil que, referentes a la adopción, se llevaron a cabo en los años 1958, 1970 y 1981.

⁵ PÉREZ Álvarez, Miguel Ángel. La adopción. En: Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia. 2ª Edición. Ed. Constitución y Leyes, S.A. (Colex). Madrid. 2008. Pág. 421.

En un trabajo anterior al citado, el profesor Miguel Á. Pérez⁶ enseña que en España la adopción ha dejado de ser una institución independiente para pasar a ser, fundamentalmente, uno de los cauces posibles a través de los cuales se pretende atender a las situaciones de desamparo del menor. Esto es así porque en la actualidad, no sólo en España sino en la totalidad del mundo civilizado, la adopción encuentra su propio acomodo en el ámbito de un sistema administrativo de protección de menores.

1.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA

El Código civil español, promulgado en 1889, es la norma jurídica que contiene el fundamento del derecho civil de carácter común. Este Código civil de 1889 sigue aún vigente, aunque durante el transcurso del tiempo ha experimentado hasta hoy numerosas reformas. Paulatinamente, dichas reformas fueron transformando la primera normativa hasta dar por resultado el Código civil que rige en la actualidad en España. En los siguientes párrafos se hará un recuento sucinto de las principales reformas mencionadas.

1.1.1 Época codificadora. La invasión napoleónica y la posterior pugna entre el absolutismo de Fernando VII y los partidarios de un régimen constitucional, impidieron que la aspiración codificadora en España tuviera grandes resultados hasta la llamada Edad Moderna, época en la que se creó una Comisión General de Códigos que terminó en 1846 el proyecto más importante de todos los que precedieron al Código civil actual.

En 1851 se remitió al Gobierno dicho Proyecto Codificador, realizado principalmente por Florencio García Goyena y basado en el Código napoleónico pero manteniendo la tradición y la esencia española en cuanto a instituciones, principios y fundamentos. Sin embargo, dicho proyecto no prosperó porque se le consideró excesivamente radical en materias sociales y religiosas.

El fracaso de este intento llevó a la publicación de leyes especiales, hasta 1880, año en que renació la aspiración codificadora. A la

⁶ PÉREZ Álvarez, Miguel Ángel. La adopción en el sistema vigente de protección de menores. En POLAINO Aquilino et aliter (Editores). Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico. Editorial Ariel. Madrid. 2001.

Comisión de Códigos se añadieron representantes de las regiones forales, pero no se llegó a ningún resultado práctico.

De acuerdo con el profesor Pérez Álvarez⁷, la adopción fue en España “una institución en desuso” durante la época codificadora. Hasta tal punto lo fue, que como pone de relieve García Goyena⁸ con referencia al proyecto de 1851, “Hubo en la Comisión de Codificación una práctica unanimidad para “pasar en silencio la discusión sobre adopción”. Con estos antecedentes, no puede extrañar la regulación que ofrece de la adopción la versión originaria del Código civil español. En concreto, la adopción sólo ocasionaba la atribución de la patria potestad al adoptante y el deber de alimentos entre éste y el adoptado.

En una segunda época se buscó la publicación de un Código civil general sobre la base del Derecho castellano. En este período hubo dos Leyes de Bases por las que se ordenó la redacción de un Código civil: el Proyecto de 1881, que no tuvo aceptación, y el Proyecto de 1889 que fue más respetuoso que el anterior con los derechos forales.

Cumpliendo el mandato de la Ley de Bases de 1888, obra de Silvela, se inició la redacción del Código civil bajo la dirección de Manuel Antonio Martínez, primer jurista de la época. Pero, al presentarse a las Cortes el texto definitivo, éste fue objeto de mucha oposición. Las aportaciones de los debates fueron recogidas en una segunda edición del Código civil, mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889.

1.1.2 Siglo XX. Las insuficiencias de este régimen, junto con el vigor que cobra la adopción frente al desuso anterior, son lo que motiva las reformas del Código civil llevadas a cabo en 1958, 1970 y 1981. De forma abreviada y generalizando, cabe decir que dichas reformas supusieron, entre otras cosas, lo siguiente:

En primer lugar, una regulación de la adopción que, de forma paulatina, se va centrando en el interés del menor antes que en el de los adoptantes. En segundo lugar, la atribución a la autoridad judicial de mayores prerrogativas en orden a la constitución del vínculo

⁷ Ibídem.

⁸ GARCÍA Goyena, Florencio. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, t. 1. Madrid, 1852 p. 148. (Citado por Pérez Álvarez, Miguel Ángel. La adopción en el sistema vigente de adopción de menores, P. 155).

adoptivo. Y en tercer lugar, las citadas reformas supusieron una progresiva atribución de derechos al adoptado y, como reverso, una paulatina atenuación de las relaciones de éste con su familia de origen.

Según enseña el profesor Pérez Álvarez, a partir de 1981 el régimen jurídico de la adopción ya no tenía carácter homogéneo. Antes por el contrario, estaba integrado por normas en ocasiones contradictorias y de origen diverso, que hicieron forzosa una reforma de la institución. A tal fin se promulgó la Ley de 11 de noviembre de 1987, de la cual hace causa sustancial el régimen vigente del Código civil sobre la desprotección social de los menores⁹.

Pero también la citada disposición legal de 1987 supuso algo más que una reforma de la adopción. Ello, por cuanto lo que caracteriza a dicha ley es que a partir de ella se instaura en España un régimen jurídico aplicable a la protección de menores en el ámbito civil, del cual se hace participar a la Administración. En concepto del autor citado,¹⁰

“Sin ánimo de exhaustividad, cabría resumir la reforma de 1987 en cinco consideraciones, todas ellas referibles también a las normas que están en vigor:

La primera consideración es que por ley se atribuye a las entidades públicas la tutela de los menores en desamparo (art. 172.1 Cc). Se entiende por desamparo la situación que se produce cuando los padres, guardadores o tutores incumplen o ejercitan inadecuadamente los deberes de guarda, ocasionando que el menor se encuentre, material o moralmente, desasistido (artículo 172.1 Cc.).

La segunda consideración es que, desde 1987, se trae al régimen del Código civil la figura del acogimiento familiar, antes regulada por normas administrativas dispersas –Orden de 30 de diciembre de 1936, Orden de 1 de abril de 1937 y Decreto de 11 de junio de 1948- (artículos 173 y 173 bis Cc.).

⁹ Ibídem. Pág. 156.

¹⁰ Ibídem. Págs.. 156 – 157.

La tercera consideración es que se insta un sistema de control administrativo de las actuaciones que preceden a la adopción. Como consecuencia de dicho control, son las entidades públicas quienes tienen competencia para decidir sobre la constitución de todo acogimiento familiar (artículo 173.2 Cc.), así como, en general, para presentar al juez las propuestas con las que se debe iniciar el expediente de adopción (artículo 175.2 Cc.).

La cuarta consideración es que desde entonces se establece una nueva regulación de las prohibiciones y requisitos para adoptar (artículo 175 Cc.) y se reordena la cuestión referente a los consentimientos exigibles para constituir la adopción (artículo 177 Cc.).

Finalmente, y como quinta consideración, se suprime la figura de la adopción simple, con la consiguiente regulación de la adopción como categoría unitaria. Así mismo, se establece la equiparación de efectos entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción (artículo 108 Cc., en relación con el artículo 3 de la Ley de 11 de noviembre de 1987)".

En principio se ha de advertir que entre todas las leyes civiles que se han promulgado a partir de 1981, la reforma de 1987 fue la que planteó mayores problemas en su aplicación. Estas dificultades obedecieron, entre otras cosas, a que la reforma de 1987 recogió sustancialmente las propuestas formuladas en su día por las entidades e instituciones que venían actuando en la protección de menores.

Ahora bien. Siendo loable esta pretensión de ajustar la ley a la realidad social, sucede que el de 1987 es el primer texto legal de importancia que no pasó por la Comisión de Codificación. Esto, pero también la improvisación, motivó que lo que eran unas propuestas idóneas no se hubieran desarrollado a través de una técnica jurídica correcta.

Según lo expresa el profesor Miguel Ángel Pérez Álvarez¹¹, acaso es ello también lo que motivó que, a partir de 1987 y respecto de la

¹¹ *Ibidem*. Pág. 158.

adopción, el Código civil presentara contradicciones insalvables, adoleciera de indeterminación normativa en relación con gran parte de las figuras asumidas y, en fin, contuviera incorrecciones técnicas notables. Pero, sobre todo, resultaba difícil de encajar con ciertos aspectos de la patria potestad y de la tutela que, expresa o tácitamente, resultaron afectados por la reforma de 1987.

Un poco más adelante, el autor citado dice:

Si se la compara con las anteriores, la reforma de 1987 tuvo un carácter peculiar. Y es que las modificaciones sucesivas de que fue objeto la adopción tuvieron como punto de referencia el régimen jurídico de esta institución, caracterizándose por conllevar una progresiva atribución de derechos al hijo adoptivo. De esta manera, según el citado profesor, la reforma de 1987 supuso, antes que una modificación de la adopción, una innovación en el régimen jurídico de la protección de menores en general.

Es cierto que la reforma incide desde luego en la normativa aplicable a la adopción. Pero, aun siendo así, lo que ante todo caracteriza a la reforma de 1987 es la instauración de un régimen jurídico referente a la protección de menores y del cual se hace partícipe a la Administración. Dicho régimen tenía -y aún tiene-, como punto de partida, la existencia de una situación de desamparo, correspondiendo a las entidades públicas la apreciación de la citada situación.

Pues bien, la falta de una determinación expresa y tajante al respecto, motivó que algunos autores defendieran que era al juez a quien correspondía apreciar la situación de desamparo¹². Ello, cuando buena parte de la discusión parlamentaria que precedió a la reforma de 1987 tuvo como punto de referencia la negativa del grupo socialista a hacer participar a la autoridad judicial en la apreciación inicial del desamparo¹³.

¹² RUIZ-Rico, Ruiz. La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores. En AC, 1988. Págs. 64 – 71.

¹³ PÉREZ Álvarez, Miguel Ángel. La adopción en el sistema vigente de protección de menores. En POLAINO Aquilino et aliter (Editores). Op. Cit. Pág. 158.

Siguiendo siempre la línea de pensamiento del profesor Pérez Álvarez¹⁴, la reforma de 1987, a pesar de haber instaurado una tutela que trae causa de una previa situación de desamparo del menor, no previó las consecuencias que la apreciación de dicho desamparo ocasiona (o puede ocasionar) en la patria potestad o en la tutela a que se encontraba sometido el menor. Esta circunstancia constituye para el profesor Pérez un segundo ejemplo de indeterminación normativa que acarrea consigo la reforma de 1987.

Esta circunstancia hizo que algunos autores consideraran que la asunción por la Administración de la tutela administrativa conllevaba el decaimiento de la patria potestad o de la tutela ordinaria a que estaba sometido el menor. Por su parte, muchos otros civilistas¹⁵ opinaron que el desamparo y la tutela administrativa no afectaban a la patria potestad ni a la tutela ordinaria. Expresa lo siguiente el profesor Pérez Álvarez:

Sea como fuere, la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obedece a resolver este estado de cosas. Ya desde ahora debe afirmarse la opinión de que con respecto al Código civil, la citada Ley no es propiamente una disposición legal que haya instaurado en sede civil un nuevo régimen en materia de protección de menores.

En realidad la Ley de 15 de enero de 1996 constituye una disposición legal que, asumiendo los principios de la reforma de 1987, los lleva más allá dándoles contenido explícito y desarrollándolos. Junto con lo anterior, la Ley de 1996 corrige ciertos defectos o insuficiencias del régimen que deroga y además resuelve ciertas contradicciones que tenían su origen en la reforma de 1987. Con este presupuesto, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, puede sintetizarse del siguiente modo:

En primer lugar se instaura, ya sin ambages, como principio de carácter general a tenerse en cuenta con respecto a la infancia,

¹⁴ *Ibidem*. Pág. 158.

¹⁵ Según refiere el profesor Miguel Ángel Pérez Álvarez. *Op. Cit.* Págs. 155 – 175.

el de la primacía del interés del menor (artículos 2 LO. -“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”- y 11.2ª, LO.).

En segundo lugar, se formula ahora con alcance global para toda acción administrativa el principio del mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, -“salvo que no sea conveniente para su interés”- (artículo 11.2b LO.).

En tercer lugar, se amplía el ámbito objetivo de actuación de la Administración al hacerla referible no sólo a los supuestos de desamparo (artículos 12 y 18 LO.), sino también a los casos de mero riesgo para el menor. (artículos 12 y 17 LO.).

En cuarto lugar, se extiende el ámbito subjetivo de actuación de la Administración al hacer de modo expreso referibles todas las medidas que la Ley prevé a los menores extranjeros que se encuentren en España (artículos 1º -“La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español”- y 10.3 LO.).

En quinto lugar, se ofrece una nueva articulación del acogimiento familiar, que pasa de ser una figura unitaria a un medio de integración familiar plural con distintas variantes reguladas ahora de forma expresa –acogimiento familiar simple, permanente y preadoptivo- (artículo 173 bis Cc.).

En sexto lugar, se clarifican las consecuencias de la situación de desamparo en relación con la patria potestad y la tutela. Sobre este particular y frente a las dudas que suscitaba la regulación anterior, el artículo 172 Cc. dispone que la asunción de la tutela por la entidad pública trae consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

En séptimo lugar se determina el ámbito de la tutela administrativa, dándole en principio un contenido simplemente personal. A este respecto, el artículo 172 Cc. considera válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o

tutores en representación del menor, siempre que sean beneficiosos para él.

En octavo lugar, se pretende la clarificación y agilización de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor. A tal fin obedece la reforma de ciertos aspectos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil (disposición adicional primera, disposición final quinta y disposición final decimonovena, LO.).

En noveno lugar, se refuerza la intervención del Ministerio Fiscal –facultades y obligaciones- en el ámbito de la protección de los menores (Exposición de motivos de la Ley 1/1996, de 15 de enero, apartado número 1, párrafo noveno).

Y en décimo lugar, se da regulación a la adopción internacional y se reforma el artículo 9.5 del Código civil –modificado, a su vez, por la Ley 18/1999 de 18 de mayo, que añade un último párrafo al citado apartado 5 del artículo 9 Cc-¹⁶.

Pues bien. Una vez expuesto todo lo anterior, está suficientemente claro que el régimen otorgado por el Código civil español a los casos de desprotección social de los menores queda configurado a la vista de ciertos principios previos, que menciona Pérez Álvarez y que permiten interpretar, no sólo el Código civil, sino también una buena parte de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en relación con la materia. A este respecto, el pensamiento del autor citado discurre de la siguiente manera:

El primer principio que caracteriza al tratamiento otorgado en sede civil a los casos de desprotección social es el de la sujeción a un estricto control administrativo de todas las actuaciones que pueden preceder a la constitución de la adopción. “Se trata por este medio de evitar”, declaraba el Preámbulo de la Ley 1987, que lo instauró, “el tráfico de niños y la inadecuada selección de los adoptantes”.

¹⁶ PÉREZ, Álvarez, Miguel Ángel. La adopción en el sistema vigente de protección de menores. Op. Cit. Págs. 159 - 160

El cauce que propicia dicho control administrativo lo constituye el contenido asignado al artículo 239 del Código civil –“La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172”. En virtud de este contenido, a las entidades públicas les corresponde la tutela de los menores desamparados”. Esta atribución automática de la tutela de los menores desamparados a las entidades públicas, se complementa con la competencia ulterior que también tienen dichas entidades en orden a la formalización del acogimiento familiar (artículo 173 Cc.).

No obstante, la manifestación más relevante del control administrativo está representada por la redacción otorgada al artículo 176 del Código civil -“Para iniciar el expediente de adopción, es necesaria la propuesta previa de la entidad pública”-. Como consecuencia de esta redacción, la constitución de la adopción habrá de pasar, salvo en ciertos casos, por una necesaria propuesta previa de las entidades públicas a quienes, por esta vía, compete la selección de los posibles adoptantes.

Así pues, están establecidos en España el control administrativo de las actuaciones que preceden a la adopción, y, en particular, la tutela por las entidades públicas de los menores desamparados. Pero también la tutela que en orden a su titularidad tiene carácter exclusivamente público; ésta es, en orden a su ejercicio, una tutela delegable. Ello, por cuanto que la ley autoriza a que la guarda sobre el menor, inherente a dicha tutela, sea ejercitada por particulares en régimen de acogimiento, o por el director del centro donde estuviera acogido el menor (artículo 172 Cc.)¹⁷.

1.2 CARACTERÍSTICAS DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA

Tal como quedó dicho, el régimen vigente de la adopción que se contiene en el Código civil español responde, de modo básico, a la reforma llevada a cabo por la Ley 21 de 1987, de 11 de noviembre. En lo que aquí interesa, a partir de la reforma de 1987 el régimen del

¹⁷ *Ibidem*. Págs. 161 – 175.

Código civil relativo a la adopción se conforma en atención a las pautas siguientes:

Con el fin de evitar el tráfico de niños, garantizar la idoneidad de los adoptantes y asegurar que la adopción sea beneficiosa para el menor, se instaura un principio de control administrativo de las adopciones. Desde entonces, para poder iniciar los expedientes de adopción se precisa, como regla general, de una propuesta previa de la entidad pública –con independencia de si la adopción que se pretende constituir se refiere o no a menores en situación de desamparo. (Artículo 176.2 Cc.). Según escribe Martínez de Aguirre¹⁸, la adopción se constituye mediante resolución judicial, pero previamente, como regla, ha debido superar un contrato administrativo: para iniciar el expediente de adopción que finaliza con la resolución judicial, ha sido necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que la propia entidad haya declarado idóneos –la declaración de idoneidad puede ser previa a la propuesta-. Esto es, los adoptantes son considerados idóneos para el ejercicio de la patria potestad y se les propone como adoptantes en la adopción específica que se trata de constituir. Por este cauce se pretende garantizar que la adopción sea beneficiosa para el menor, y que la familia en la que va a ser recibido reúne las condiciones necesarias para proporcionarle el entorno que necesita.

Mediante la asimilación de los efectos de la adopción a los derivados de la filiación por naturaleza (artículo 108 Cc.), se asienta de modo pleno el principio *adoptio imitatur naturam*. En consecuencia, la adopción no va a generar una simple relación de filiación entre el adoptante y el adoptado –*status filii*- sino que también da lugar a una relación plena de parentesco entre el adoptado y los parientes de quien lo adoptó –*status familiae*-.

Se erige el principio de primacía del interés del menor como pauta básica de la ordenación legal de la adopción. Entre otras cosas, el interés del menor pasa a ser criterio básico y condicionante de la resolución judicial constitutiva del vínculo adoptivo (artículo 176.1 Cc.).

¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Aldaz, Carlos. Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia. editorial Colex. Madrid 2008. Pág. 422.

En el régimen del Código civil, el interés del menor se sobrepone en ciertos casos al de sus padres, si se aprecia la amplitud con que se regulan los supuestos en que la voluntad de los progenitores no es obstativa a los efectos de constituir el vínculo adoptivo (artículos 177.2 y 3 Cc.). El interés del menor se sobrepone también al de los adoptantes. Ello, porque la constitución de la adopción ha de pasar por el consentimiento del adoptando mayor de doce años (artículo 177.1), y precisa de una valoración judicial en orden al interés del menor y a la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad (artículo 176.1). El interés del menor se sobrepone también al de quienes detentan la tutela o guarda de hecho sobre el adoptando. Al respecto, ocurre que ni la voluntad del tutor ni la del guardador son decisorias a efectos de impedir la constitución del vínculo adoptivo (artículo 177.3). Finalmente, el interés del menor se sobrepone siempre al interés de las demás personas a quienes afecta la adopción.

La adopción derivada de la Ley de 11 de noviembre de 1987 ha sido objeto de tres reformas parciales que han terminado por conformar el régimen jurídico vigente que se contiene en el Código civil. La primera modificación afecta a aspectos sectoriales del articulado de la adopción y tiene lugar por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. La segunda reforma se lleva a cabo por medio de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta reforma, refiriendo el matrimonio a las personas del mismo sexo, posibilita la adopción dual por homosexuales.

Según la opinión de Miguel Ángel Pérez, y con el precedente de cierta legislación autonómica, por medio de la Ley 13/2005 de 1 de julio el legislador ha hecho primar un supuesto derecho a adoptar de las personas del mismo sexo sobre el principio del interés del menor. Esto, porque la regulación de 2005 produce una quiebra del principio *adoptio imitatur naturam*, privando en su caso al menor de ver reproducidos a su favor los efectos derivados de la filiación por naturaleza: una madre y un padre. A propósito, conviene hacer notar que está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 13/2005 de 1 de julio.

Y la tercera reforma procede de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, que regula la adopción internacional pero incide en la normativa del Código Civil al reconocer el derecho de toda persona adoptada a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos (artículo 180.5 Cc.).

En consecuencia, la adopción internacional está dotada de una regulación autónoma al margen del Código Civil y guarda relación con las adopciones en las que el vínculo jurídico de filiación presenta “un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos” (artículo 1.2 Ley 54/2007, de 28 de diciembre).

1.3 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA.

1.3.1 Adopción unipersonal y adopción dual. Una persona puede ser adoptada por otra –adopción unipersonal-. Pero lo común es que, reproduciendo la filiación por naturaleza, sean dos las personas adoptantes –adopción dual-. La adopción dual es referible a los cónyuges, de manera que, como regla general, una persona sólo puede ser adoptada por quienes estuvieran casados entre sí. A este respecto, el artículo 175.4 Cc. establece lo siguiente: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice por ambos cónyuges”.

No obstante lo anterior, la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, asimila la pareja estable heterosexual al matrimonio, estableciendo lo siguiente: “Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”. Por otra parte, debe apreciarse que no existe una asimilación necesaria entre adopción dual y matrimonio –o pareja estable-. Lo anterior en el sentido de que, con fundamento en el artículo 177.2 Cc., es posible que, mediando matrimonio, sólo adopte uno de los cónyuges; eso sí, siempre que medie el asentimiento a la adopción por parte del cónyuge que no será adoptante en el vínculo adoptivo que se trata de constituir (artículo 177.2.1º cc.). Por lo tanto, la existencia de matrimonio –o pareja estable- se hace precisa para la adopción dual, pero el matrimonio no excluye la adopción unipersonal por uno de los cónyuges.

La adopción dual puede ser llevada a cabo por los cónyuges de modo conjunto o sucesivamente, (artículo 175.4). Nada impide, en consecuencia, que la adopción unipersonal por uno de los cónyuges sea seguida de la adopción llevada a cabo por el otro (artículo 176.1.2ª). Y además, el matrimonio ulterior abre la vía a la adopción dual sucesiva. A este respecto, el artículo 175.4 Cc. establece: “El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte”.

Con ciertas limitaciones, el Código Civil también permite la adopción, unipersonal o dual, *post mortem*. En concreto, el artículo 176.3 Cc. autoriza la constitución de la adopción “aunque el adoptante hubiere fallecido”. Ahora bien. Respecto de la admisibilidad de la adopción *post mortem* se habrá de tener presente lo que a continuación se expone.

En primer lugar, que conforme al artículo 177.1 Cc., el consentimiento a la adopción habrá de prestarse en presencia del juez y es por ello por lo que el artículo 176.3 Cc. sólo admite la adopción *post mortem* cuando el adoptante “hubiese prestado ya ante el juez su consentimiento”.

En segundo lugar, la adopción *post mortem* sólo se permite si el consentimiento prestado ante el juez se refiriese a alguno de los supuestos siguientes: a la adopción de un huérfano que fuera pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; a la adopción del hijo del cónyuge del adoptante; o a la adopción de quien llevara más de un año acogido legalmente en régimen de acogimiento preadoptivo o hubiere estado bajo la tutela del adoptante (artículo 176.3 en relación con el artículo 176.2 Cc.). Eso sí: la constitución de la adopción *post mortem* no tiene carácter automático, ya que, como cualquier otra adopción, queda sometida al arbitrio judicial (artículo 176.3: “Podrá constituirse la adopción”).

Constituida la adopción, con el fin de que el adoptado pueda resultar favorecido en la sucesión del adoptante fallecido, dispone el artículo 176.3 *in fine* que, en este caso, los efectos de la resolución judicial que constituye la adopción “se retrotraerán a la fecha de prestación del consentimiento”.

Al margen de los casos expuestos de adopción dual, rige un principio de incompatibilidad de adopciones en cuya virtud se impide que alguien pueda ser adoptado por más de una persona (artículo 175.4 Cc.).

1.3.2 Requisitos y prohibiciones. a) En relación con el adoptante. En lo que respecta a los requisitos para poder adoptar, el artículo 175.1 Cc. exige que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Mas, tratándose de adopción dual, basta con que uno solo de los cónyuges hubiera alcanzado la citada edad -25 años-. Asimismo, se impone un requisito de diferencia de edad entre el adoptante y el adoptando que el propio artículo 175.1 Cc. cifra en catorce años.

Los requisitos expuestos responden a diferentes razones. En concreto: la exigencia de una determinada edad para adoptar obedece a la finalidad de ofrecer al adoptando una situación consolidada; y por su parte, el requisito de la diferencia de edad entre adoptante y adoptando tiene su razón de ser en el principio de regulación de la adopción imitando a la naturaleza. También por lo que respecta a los requisitos, resulta evidente que quien se proponga adoptar habrá de tener capacidad para prestar el necesario consentimiento que, a los efectos de constituir el vínculo adoptivo, exige el artículo 171.1 Cc. La omisión de la referencia a la necesaria capacidad de obrar del adoptante, responde al hecho de haberse considerado innecesario especificar en sede de adopción algo que no es exclusivo de la misma.

También por lo que respecta al adoptante, el Código Civil español sanciona tres prohibiciones para adoptar. En particular, el artículo 175.3 Cc. dispone que no puede adoptarse:

- A un descendiente.
- A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.
- A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Cabe apreciar que las prohibiciones tienen carácter relativo: impiden la adopción entre determinadas personas, pero sin ocasionar la exclusión absoluta como adoptantes de aquellos a quienes afectan. E incluso, la prohibición que concierne al tutor es meramente relativa y

circunstancial –hasta la aprobación definitiva de la cuenta general justificada de la tutela-.

La que afecta al tutor, es una prohibición tradicional en el Derecho español, en virtud de la cual se pretende evitar que por medio de la adopción se eluda la responsabilidad derivada de una deficiente administración de los bienes del pupilo. Y la prohibición impuesta a los ascendientes y a los parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, responde al propósito de excluir la adopción en los casos en que media una relación de parentesco que la hace innecesaria.

En suma, de lo hasta aquí expuesto en orden a los requisitos y prohibiciones que afectan a los adoptantes, se deduce, a modo de regla general, lo siguiente: pueden adoptar quienes, sin incurrir en prohibición alguna y gozando de capacidad para prestar el consentimiento necesario para constituir el vínculo adoptivo, hubieran cumplido veinticinco años y tuvieran catorce más que el adoptando. Mas, por lo que hace referencia a la edad, tratándose de adopción dual es suficiente con que uno de los cónyuges o de quienes forman pareja estable hubiera cumplido veinticinco años.

b) En relación con el adoptando. La adopción sólo es referible, como regla general, a los menores no emancipados (artículo 175.2 Cc.). Sin embargo, a título de excepción, se permite la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando entre el adoptante y el adoptando hubiera mediado una situación de acogimiento o convivencia. Ello, siempre que dicho acogimiento o convivencia: se hubiere iniciado antes que el adoptando hubiera cumplido catorce años; continuara desde entonces sin interrupción; y subsistiera antes de la emancipación (artículo 175.2 Cc.).

Textualmente, el artículo 175.2 del Código Civil español establece que:

Será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida

de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años¹⁹.

Así las cosas, la regla general de reconducción de la adopción a los menores no emancipados encuentra su fundamento en el hecho de que sólo en tales casos existe verdadera necesidad de propiciar las consecuencias de índole personal y patrimonial que el vínculo adoptivo conlleva.

1.3.3 Constitución de la adopción. Preliminar. El vínculo adoptivo se constituye por resolución judicial (artículo 176.1 Cc.). Pero, para iniciar el correspondiente expediente de adopción, se exige propuesta previa de la entidad pública (artículo 176.2 Cc.). Además, ciertas personas habrán de prestar su consentimiento a la adopción (artículo 177.1 Cc.). Otras, tienen que asentir (artículo 177.2 Cc.) y algunas habrán de ser oídas (artículo 177.3 Cc.).

1.3.3.1 La propuesta previa de la entidad pública. Con el fin de hacer efectivo el control administrativo en la tramitación de las adopciones que evite el tráfico de menores y la inadecuada selección de los adoptantes, el artículo 176.2 del Código Civil español establece que “para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad”. La declaración de idoneidad también puede ser previa a la propuesta (artículo 176.2 Cc.). De lo que dice el artículo 176.2 se deduce que la competencia atribuida a las entidades públicas en relación con la promoción del expediente de adopción es exclusiva y tiene carácter objetivo. Exclusiva en el sentido de que, salvo los casos en que no se requiere propuesta previa de la entidad, la Administración es la única que podrá promover la adopción. Y tiene carácter objetivo en el sentido de que la propuesta administrativa se precisa para promover el expediente con independencia de si la adopción se refiere o no a un menor desamparado. Sin embargo, se dispensa en ciertos supuestos la exigencia de propuesta previa de la entidad, a los efectos de promover el expediente de adopción. En particular, el artículo 176.2 Cc. establece que “no se requiere propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las

¹⁹ Código Civil español. Artículo 175.2.

circunstancias siguientes: 1ª. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado de consanguinidad o afinidad; 2ª. Ser hijo del consorte del adoptante; 3ª. Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo; 4ª. Ser mayor de edad o menor emancipado”.

1.3.3.2 El consentimiento. Para constituir el vínculo adoptivo se requiere que el adoptante y el adoptando mayor de doce años hubieran consentido la adopción. A este respecto el artículo 177.1 Cc. dispone: “Habrá de consentir la adopción, en presencia del juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años”. De lo dispuesto en el citado precepto se aprecia que, en cuanto se le permite prestar el consentimiento a partir de los doce años, la adopción supone para el menor una excepción a la capacidad de obrar general. Lo anterior obedece a que, al tener carácter personalísimo dicho consentimiento, se quiere propiciar la decisión del menor antes de constituir un vínculo que debe responder a su propio interés (artículo 176.1) y que es irrevocable (artículo 180.1). En orden a su configuración, el consentimiento a que hace referencia el artículo 177.1 del Código civil precisa de la declaración de voluntad del adoptante o adoptantes y, en su caso, del adoptando. Respecto del adoptante, el consentimiento supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de adoptar a alguien en particular; y respecto del adoptando, el consentimiento supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de querer ser adoptado por alguien en concreto. Y si el consentimiento es referible a una adopción en particular, también habrá de serlo en su momento la resolución judicial que constituya la adopción. Es decir, el auto que ponga fin al expediente de adopción habrá de pasar por una previa valoración judicial referente, no sólo a la conveniencia de la adopción como medida a procurar para el menor, sino también a la idoneidad de la adopción concreta cuya constitución se propone al juez (artículo 176.1: “interés del adoptando”). Por ello, respecto de la forma en que habrán de emitirse las declaraciones de voluntad que conforman el consentimiento para adoptar –o en su caso el disenso-, el artículo 171.1 del Cc. preceptúa que el consentimiento a la adopción se preste “en presencia del juez”. En todo caso, el consentimiento se hace referible a las personas que van a ser sujetos del vínculo a constituir – adoptante o adoptantes y adoptando-. Por consiguiente, el juez no

podrá aprobar la adopción si no media el consentimiento del adoptante y el del menor cuando éste sea preceptivo. Y consiguientemente, tampoco podrá el juez aprobar una adopción a la que ha prestado su disconformidad el adoptando mayor de doce años.

1.3.3.3 El asentimiento. El Código civil exige que el cónyuge del adoptante y los padres del menor asientan a la adopción. A este respecto, el artículo 177.2 del Cc. establece que “Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1º El cónyuge del adoptante... 2º Los padres del adoptando que no se hallare emancipado...”. Es decir, se hace partícipes del asentimiento a ciertas personas que, sin ser sujetos del vínculo adoptivo, resultarán afectadas por la adopción a constituir.

Por lo que a la forma se refiere, el artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 dispone que el asentimiento “habrá de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el juez”.

Más en concreto, se exige el asentimiento del cónyuge del adoptante debido a las consecuencias de tipo personal y patrimonial que la adopción ocasionará en los intereses familiares comunes a ambos cónyuges. Por esta razón, se excluye el asentimiento cuando, entre el adoptante y su cónyuge, “medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. (artículo 177.1.1º Cc). Y se exige el asentimiento de los padres del adoptando que no se hallare emancipado en cuanto titulares de la patria potestad sobre el menor, la cual se extinguirá por virtud de la adopción (artículo 169.3 Cc.). Por esta razón, el asentimiento de los padres no es exigible en los casos en que hubiera decaído la patria potestad. A este respecto, el artículo 177.2.2º Cc. excluye del asentimiento a los padres del adoptando “que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme...”.

Pero, respecto de los padres, sucede que el artículo 177.2.2º Cc., excluye también del asentimiento a los progenitores que se encuentran “incursos en causa legal” para ser privados de la patria potestad. Por este cauce, se quiere favorecer la constitución de la adopción en los casos de desamparo motivados porque los padres

han incumplido los deberes inherentes a la patria potestad. A fin de que ello sea posible, es a lo que obedece lo dispuesto en los artículos 177.3.1º Cc., 781 Lec. (de 2000) y 1.831 Lec de 1881. En virtud de los citados preceptos, el juez podrá citar a los padres para el trámite de audiencia comunicándoles la circunstancia por la que basta su simple audiencia (artículo 1.831 Lec. de 1881). Si ello sucede y los padres pretenden que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, “podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días”.

Presentada la demanda, se encauzará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 753 Lec., por los trámites del juicio verbal y dando traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Mas, si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el tribunal, se dictará auto dando por finalizado el trámite y sin que se admita reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de su asentimiento para constituir la adopción de que se trata. (artículo 781.2 Lec.).

El régimen del asentimiento se complementa con otras dos normas. La primera de ellas, respondiendo a la finalidad de evitar decisiones precipitadas y dado el carácter irrevocable de la adopción una vez constituida, fija un plazo para que la madre del adoptando pueda prestar el asentimiento. En particular, conforme al artículo 177.2 Cc.: “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”. Por medio de la otra norma se excluye el asentimiento en determinadas circunstancias. Al respecto, de conformidad con el artículo 177.2 Cc.: “No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente, en la resolución judicial que constituya la adopción”. Por medio del precepto transcrito, se permite obviar el trámite del asentimiento en los casos de fallecimiento, ausencia o incapacidad y falta de juicio suficiente por parte de quien habría de asentir a la adopción”.

Estimando como radicalmente nulo el asentimiento prestado por la madre antes del transcurso de los treinta días desde el parto, el Tribunal Supremo afirma que las razones de la cautela legal (artículo 177.2 Cc.), “se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño”²⁰.

Por lo tanto, asentimiento de los padres del menor, así como del cónyuge del adoptante en los términos expuestos. Y asentimiento que cabe configurar como acto jurídico que cuando es preceptivo actúa a modo de *conditio iuris* (STS. 20 de abril de 1987). Ello porque, aunque nada se diga expresamente, el juez no podrá aprobar la adopción si media la voluntad disconforme de quienes han de asentir a la misma. Esto es así debido a que el asentimiento no es un consentimiento rebajado, sino un consentimiento-aprobación, cualificado por proceder de quien no es parte en la relación a constituir.

1.3.3.4 El trámite de audiencia. Junto con el consentimiento y el asentimiento, el Código civil regula el trámite de audiencia. En particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 177.3 Cc., habrán de ser oídos por el juez: Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción –esto es, los padres del adoptando emancipado o incursos en causa legal de privación de la patria potestad en los términos expuestos con anterioridad. El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores. El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio –es decir, cuando su asentimiento no fuera preceptivo por no ser mayor de doce años. La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél –con el fin de que, se requiera o no, propuesta previa de la Administración para iniciar el expediente de adopción, pueda la entidad pública declarar sobre la idoneidad del adoptante o adoptantes. No resulta fácil justificar la simple inclusión del tutor en el trámite de audiencia y su exclusión a efectos del asentimiento. A lo que parece, las razones del trato asignado al tutor radican en el

²⁰ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sentencia de 21 de septiembre de 1999.

sistema de tutela instaurado en España desde la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Y es que la consecuencia que se sigue de un sistema de tutela que se ejerce bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (artículo 216 Cc.), es la simple inclusión del tutor en el trámite de audiencia. Sólo por este cauce se puede conseguir que sea el juez quien, en definitiva, valore si la adopción es o no conveniente para el sometido a tutela. En otro caso, es decir, si se hubiese hecho referible el asentimiento al tutor, las decisiones judiciales relativas a la adopción del pupilo resultarían condicionadas por la propia voluntad del tutor al respecto. Lo anterior, junto con la consideración implícita de que para el menor puede ser más conveniente la adopción que la tutela, ha motivado que la voluntad del tutor no sea decisiva a efectos de constituir la adopción. Así pues, habrán de ser oídos el tutor y el guardador o guardadores y, mediando determinadas circunstancias, los padres del adoptando, el propio menor y la entidad pública. Y audiencia a la que, con fundamento en el artículo 24.1 CE, debe atribuírsele carácter necesario, en los supuestos en que fuera preceptiva. La audiencia responde al fin de propiciar una adecuada valoración judicial del interés del adoptante. En cuanto dicha valoración tiene carácter discrecional, no será vinculante para el juez la opinión de quienes son partícipes del trámite. Mas ello no significa que pueda obviarse el trámite de la audiencia del expediente de adopción. En contra de lo anterior, no cabe argumentar con lo preceptuado en el artículo 1.831 Lec. de 1881, que, según se verá más adelante, autoriza en ciertos casos a prescindir del trámite de audiencia. Y es que por medio de la norma anterior, de lo que se trata es de impedir que la adopción deje de constituirse por incomparecencia de quienes han de ser oídos, o por imposibilidad de hacerles comparecer a causa de ser desconocido su domicilio o paradero.

En suma: existe la obligatoriedad del trámite de audiencia y, por consiguiente, la posibilidad de impugnar la adopción que por la omisión de dicho trámite estuviera afectada de invalidez. O, como declara el Tribunal Supremo: “Cuando es preceptivo, la omisión del trámite de audiencia en la adopción constituye un defecto esencial que afecta a la validez de la adopción que se hubiera constituido” (STS 27 de febrero de 1985).

En relación con lo expuesto, también declara el Tribunal Supremo que:

La falta de un trámite legal, como es la audiencia de la madre, sin culpa de ella, produce la nulidad de la adopción, porque esa infracción adquiere dimensión constitucional al producir indefensión y constituir, en consecuencia, una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución.²¹

1.3.3.5 Asentimiento y audiencia: exclusión. La extinción de la adopción. El artículo 1.831 de la española Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, regula un supuesto de exclusión de trámites que es referible tanto al asentimiento como al trámite de audiencia. En particular, el párrafo 3º del artículo 1.831 Lec. de 1881 dispone: “Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado, o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el artículo 180 del Código Civil”.

En consecuencia, cabe obviar el asentimiento o el trámite de audiencia en dos casos. El primero, cuando por desconocerse su domicilio o paradero no pudieran ser citados quienes han de asentir a la adopción o ser oídos; mas, para que pueda ser así, es preciso que el juez hubiera practicado previamente las diligencias oportunas a los efectos de averiguar el domicilio de quienes han de ser partícipes del asentimiento o del trámite de audiencia. El segundo, cuando previa citación se produjera incomparecencia de quienes han de asentir o ser oídos; sin embargo, para que se ocasione la exclusión de trámites por incomparecencia, es preciso que ésta obedezca a una segunda citación que habrá de hacerse una vez transcurridos quince días desde la fecha en que debería de haberse presentado en el juzgado quien debiera asentir o ser oído (artículo 1.831 párrafo 2º, Lec. de 1881).

No obstante la validez de la adopción constituida por el cauce anterior, la omisión del trámite de asentimiento o del de audiencia por incomparecencia o por imposibilidad de llevar a cabo la citación puede repercutir ulteriormente en el vínculo adoptivo. Y ello porque, en relación con los casos expuestos, el artículo 180 Cc., otorga relevancia

²¹ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sentencia de 9 de julio de 2001.

a la no intervención de los padres en el expediente de adopción, facultándoles para pedir la extinción de la adopción que hubiera sido constituida sin su participación.

En particular, el artículo 180.2 del Cc. establece lo siguiente:

El juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor²².

De lo dispuesto en el artículo 180.2 del Cc. resulta que la viabilidad de la solicitud de extinción de la adopción que el precepto contempla, se condiciona a la concurrencia de determinadas circunstancias: en primer lugar, se circunscribe exclusivamente a los padres la legitimación para solicitar la extinción de la adopción; en segundo lugar, para que prospere la solicitud se requiere ausencia de culpa por parte de los progenitores en su exclusión en el expediente de adopción; en tercer lugar, se somete el ejercicio de la acción correspondiente al plazo de caducidad de dos años a contar desde la adopción cuya extinción se solicita; y además de lo anterior, para que el juez acceda a la solicitud de extinción es preciso que ésta no perjudique gravemente al menor.

En todo caso, si prosperase la solicitud, la extinción de la adopción no trascendería a los efectos patrimoniales consumados con anterioridad, ni tampoco ocasionaría por sí misma la pérdida de la nacionalidad o de la vecindad civil que se hubieran adquirido a causa de la adopción que se declara extinguida. A este respecto, el artículo 180.3 Cc., dispone: “La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos”.

Conviene resaltar que la solicitud de invalidez de la adopción, contemplada en los artículos anteriores, especialmente en el artículo 180.2 Cc., no excluye que pueda ser solicitada la invalidez de una

²² CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA. Artículo 180.2

adopción mediante el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad.

1.3.3.6 La resolución judicial. Conforme al artículo 176.1 del Cc., “La adopción se constituye por resolución judicial...”, que revestirá la forma de auto, será susceptible de apelación en ambos efectos (artículo 1.831 Lec de 1881) y se inscribirá en el Registro civil al margen de la inscripción del nacimiento del adoptado (artículo 46 LRC).

Pero se debe hacer notar que la resolución registral constitutiva de la adopción no responde al fin de constatar el cumplimiento de los requisitos legales exigibles en toda adopción. En efecto, según establece el propio artículo 176.1 Cc., la resolución judicial “tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”.

Por tanto, la resolución judicial precisa del previo cumplimiento de los trámites necesarios para constituir el vínculo adoptivo y de la constatación judicial en orden a la concurrencia de las circunstancias legales requeridas para la adopción. Pero lo que fundamenta la resolución constitutiva de la adopción es la valoración discrecional del juez respecto del interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para asumir el ejercicio de la patria potestad que la adopción conlleva.

Una vez constituida, “La adopción es irrevocable”, (artículo 180.1 Cc.), sin que el vínculo adoptivo resulte afectado por “la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado” (artículo 180.4 Cc.).

1.3.4 Efectos de la adopción en España. El efecto básico de la adopción resulta del principio de equiparación de filiaciones sancionado por el artículo 108, párrafo 2º, del Código Civil: “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos...”. Así pues, la filiación derivada de la constitución del vínculo adoptivo se equipara a la filiación por naturaleza. En este sentido resulta muy clara la Sentencia de junio de 2002 del Tribunal Supremo Español, que expresa de la siguiente manera esta idea:

En virtud del principio de equiparación: con fundamento en el artículo 154 Cc., y dejando a salvo los supuestos en que se adopte a un mayor de edad o a un emancipado, la constitución del vínculo adoptivo conlleva la atribución al adoptante de la patria potestad y la consiguiente aplicación de los artículos 154 y ss. Cc.; según resulta del artículo 109 Cc., la filiación adoptiva determina los apellidos del adoptado; en los términos de los artículos 915 y ss. Cc., la adopción ocasiona el parentesco, no sólo entre adoptante y adoptado, sino además ente el adoptado y quienes son parientes del adoptante; asimismo, en dicho ámbito de parentesco y si procediera, será exigible la obligación de alimentos con los presupuestos y límites de los artículos 142 y ss. Cc.; e igualmente, la adopción determinará los derechos sucesorios *ex arts. 930 y ss.*, así como en su caso los derechos legitimarios *ex arts. 807 y ss.* del Código civil. En suma: la adopción da lugar, no a un simple *status filii* entre adoptante o adoptantes y adoptado, sino a un propio *status familiae*, que liga jurídicamente al adoptado con los adoptantes y los familiares de éstos. Además, suprimida la antigua figura de la adopción simple, a la que se dotaba de efectos atenuados, el principio de equiparación de filiaciones ya no presenta excepción alguna en el régimen del Código civil²³.

Correlativamente al nuevo *status familiae* de carácter pleno que la adopción conlleva, el Código civil sanciona la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. A este respecto, el artículo 178.1 establece; “La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior”.

Por lo que al ámbito jurídico se refiere, la extinción sancionada por el artículo 178.1 Cc., tiene carácter total –*v.gr.* derecho de alimentos, derechos sucesorios e incluso recae el derecho de reversión *ex art. 812 Cc-*. Tan sólo se tiene en cuenta la relación entre el adoptado y su familia de origen a los efectos de hacer jugar, en su caso, los impedimentos matrimoniales (artículo 178.3 Cc.). Mas la extinción *ex art. 178.1 Cc.*, no excluye el derecho de la persona adoptada a conocer sus orígenes. A este respecto, el artículo 180.5 Cc.,

²³ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sentencia de 28 de junio de 2002.

establece: “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad, representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las entidades públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán, a través de sus servicios especializados, el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”²⁴.

No obstante lo anterior, la regla general de extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen presenta dos excepciones. De conformidad con el artículo 178.2 Cc., “subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: 1. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2. Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir”²⁵.

Por medio de la norma del artículo 178.2.1º se trata de eludir la regla general de extinción de los vínculos jurídicos ex art. 178.1 en los supuestos en que uno de los cónyuges adoptase al hijo del otro. Y la norma del artículo 178.2.2º permite, entre otras cosas, eludir la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia de origen en los casos de adopción por la persona que conforma pareja estable con la madre o el padre por naturaleza de quien se trata de adoptar. En los casos expuestos, los vínculos jurídicos entre el adoptado, por una parte, y el adoptante y la familia de éste, por otra, no supondrían el decaimiento del derecho a los alimentos o de los derechos sucesorios que pudieran corresponder recíprocamente al adoptado, su progenitor y sus parientes por naturaleza.

Por último, al igual que sucede en el ámbito de la filiación por naturaleza, el adoptante podrá ser excluido de sus funciones y privado de los derechos derivados de la constitución de la adopción. A este respecto, el Código Civil español singulariza para la adopción lo establecido por el artículo 170 con alcance general, y por medio del artículo 179.1 dispone lo siguiente:

²⁴ CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA. Artículo 180.5.

²⁵ CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA. Artículo 178.2.

El juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias²⁶.

Mas, para los casos en que el adoptado hubiera alcanzado la plena capacidad, la legitimación para pedir la exclusión se atribuye con carácter exclusivo, y sólo dentro de los dos años siguientes, al propio adoptado. (Artículo 179.2 Cc.).

Si prospera la petición, se privará al adoptante de la patria potestad y de las funciones inherentes a la misma, previstas por los artículos 154 y ss. Cc.; respecto de la sucesión hereditaria del adoptado, el adoptante no tendrá la condición de heredero forzoso, ni tendrá derecho a heredar *ab intestato*; y de la interpretación conjunta de los artículos 152.4º y 855.2º Cc., cabe colegir que la exclusión afectará también al derecho a los alimentos. Pero cabe apreciar que la exclusión de efectos únicamente concierne al adoptante y no tiene carácter correlativo, de modo que para el adoptado no decaen las consecuencias derivadas del vínculo adoptivo. Con todo, las restricciones dejarán de producir efecto por voluntad manifestada por el propio hijo, una vez haya alcanzado éste la plena capacidad. – artículo 179.3Cc-.

²⁶ CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. Artículo 179.1.

2. ORDENAMIENTO COLOMBIANO SOBRE ADOPCIÓN

2.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA

En Colombia, anteriormente la filiación estaba sujeta a condiciones relacionadas con el nacimiento y el estado civil de los padres, condiciones que desaparecieron tras el surgimiento del concepto de igualdad de derechos de todos los hijos, sin tener en cuenta el origen de su filiación. Las normas de la filiación, como todas las de carácter familiar, son de orden público y por tanto no pueden ser variadas por la voluntad de las partes.

En sus inicios, la ley colombiana estableció diferencias en los derechos de los hijos, dependiendo de si nacían dentro del matrimonio o por fuera de éste. El Código de Andrés Bello, con clara tendencia francesa, incorporó la primera distinción entre hijos o hijas “legítimos” e “ilegítimos”, pero fue reacio a incluir la adopción como fuente de parentesco. Esta iniciativa se debió a una proposición del legislador de Cundinamarca²⁷, y fue adoptada por el Código de la Unión²⁸ en 1873²⁹.

En este Código de 1873, los hijos o hijas “ilegítimos” se subdividían en tres categorías diferentes: en primer lugar, estaban los denominados “hijos naturales” o hijos de padres que se podían casar en el momento de la concepción; en segundo término, los llamados “hijos de dañado y punible ayuntamiento”, los cuales, a su vez, se dividían en las dos clases “adulterinos” e “incestuosos”; finalmente, el Código mencionaba los “hijos simplemente ilegítimos”, los cuales no habían sido reconocidos por sus padres. La Ley 45 de 1936 acabó con esta clasificación de los llamados “hijos ilegítimos”, considerando únicamente a los “hijos naturales” y los “legítimos”.

²⁷ Cundinamarca es uno de los 32 departamentos en que se encuentra dividida políticamente la República de Colombia. La ciudad de Bogotá, D.C., es al mismo tiempo capital de este departamento y del país.

²⁸ Colombia, durante su época histórica federal (1857 – 1886), estaba dividida en Estados que conformaban los Estados Unidos de Colombia. En 1886 la república fue dividida en Departamentos.

²⁹ ABELLO, Julieta. La filiación en el derecho de familia. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Programa de Formación Judicial “Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, D.C., 2007.

Posteriormente, el Decreto 2820 de 1974 cambió la denominación de hijos e hijas naturales por la de hijos o hijas extramatrimoniales, denominación que hasta hoy se encuentra vigente.

La Ley 29 de 1982 clasifica los hijos en legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, y les otorga igualdad de derechos a todos ellos, sin considerar ninguna diferencia.

El Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, en el artículo 5, estableció que todo menor tiene derecho a que se le defina su filiación. Igualmente, este código reguló todo lo referente a la adopción, al derogar la legislación anterior sobre la materia y unificarla en su texto. En este punto, tal vez lo más relevante es que este decreto terminó con la llamada adopción simple.

2.2 NORMAS CONTEMPORÁNEAS

En el sistema jurídico colombiano la adopción fue incorporada desde el comienzo en el Código civil. Estas normas fueron derogadas y reemplazadas, primero, por la Ley 140 de 1960 y luego por la Ley 5ª de 1975, para posteriormente ser derogadas por el Decreto 2737 de 1989, o Código del Menor, que a su vez fue subrogado por la Ley 1098 de 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia.

2.2.1 Código de la infancia y la adolescencia. El Código de la Infancia y la Adolescencia define la filiación adoptiva 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. Su finalidad es proteger al niño, la niña o el adolescente, enfocando la adopción como una solución a la necesidad del menor de pertenecer a una familia.

En la definición se establece que la adopción se dará bajo la suprema vigilancia del Estado, concepto este que responde a la concepción de un Estado intervencionista, el cual se ocupa y participa en la vida de los particulares en procura de garantizar los derechos de éstos.

2.2.2 La adopción y la filiación. Al igual que en casi todas las legislaciones modernas, en Colombia la filiación tiene, como una de sus fuentes, la adopción. Por este motivo, se hará aquí un breve repaso sobre los conceptos principales de la filiación.

2.2.3 Concepto de filiación. La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre y con su madre. Tiene como fuentes, en primer lugar, un hecho natural que es la procreación; en segundo término, la adopción; finalmente, la reproducción asistida.

La Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia T-488 de 1999, con ponencia de la doctora Martha Sáchica, define la filiación como la relación que se genera entre procreante y procreado o procreada, y entre adoptante y adoptado o adoptada.

La filiación estructura un estado civil porque implica la relación jurídica entre un hijo o hija, con su padre y su madre, lo cual determina que dicho hijo o hija puedan ser titulares de derechos y obligaciones con respecto a su padre y su madre.

La filiación está regulada por la ley, la cual se encarga de dar efectos a la relación que nace entre esos miembros de la familia. La filiación es el grado de parentesco o relación de descendencia existente entre dos personas, una de las cuales es madre o padre de la otra.

La filiación corresponde al concepto de atributo de la personalidad, proporciona una identidad a toda persona y, además, implica derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijos o hijas.

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia consagra, puntualmente: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable”. Este precepto eleva a rango constitucional la igualdad de derechos y obligaciones que tienen los hijos, independientemente del origen de su filiación y contempla las clases de filiación: matrimonial, extramatrimonial, adoptiva y por generación asistida.

El Código del Menor fue derogado por la Ley 1098 de 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia, que empezó a regir el 8 de mayo de 2007, salvo algunos aspectos de responsabilidad penal que se fueron implementando gradualmente. Contiene toda la normatividad en materia de infancia y señala la igualdad de los niños, niñas y adolescentes, independientemente del origen de su filiación. Actualmente siguen vigentes los artículos 320 a 325, sobre

prohibiciones especiales para menores de edad y el juicio especial de alimentos.

La Ley 1060 de 2006 admite la filiación como un derecho fundamental, recoge los pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia y establece que siempre existe la posibilidad de establecer la filiación, concretamente la del hijo o hija de la mujer casada.

Jurisprudencialmente, la filiación se considera como parte del derecho fundamental de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, entendido éste como la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones. Comprende además la posibilidad de que todo ser humano posea, por el solo hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. En otras palabras, es el conjunto de atributos de la personalidad³⁰. Según la profesora Nelcy Cardozo,

A lo largo del desarrollo jurisprudencial, a la filiación se le han otorgado ciertas características. Entre otras, las siguientes:

La filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. Así lo establece el artículo 14 de la Constitución Política, el cual señala: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Con ello, el ordenamiento reconoce en la persona humana, por el solo hecho de existir, ciertos atributos jurídicos que se estiman inseparables de ella. Uno de tales atributos es, precisamente, el estado civil de la persona, pues de todo ser humano puede decirse si es mayor o menor de edad, soltero o casado, hijo legítimo o extramatrimonial, por ejemplo.

El nacimiento, y en especial la condición de hijo, es la fuente principal del estado civil. Éste determina la situación de una persona en la familia y en la sociedad, y trae consigo una serie

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 109 de 1995.

de derechos y obligaciones, como la herencia, los alimentos, el ejercicio de tutelas y curadurías, entre otros.

La filiación constituye un derecho innominado a la luz del artículo 94 de la Carta superior³¹.

La filiación constituye un derecho fundamental prevalente. Esta característica se reconoció jurisprudencialmente sólo hasta la Ley 1060 de 2006, la cual le otorga expresamente el rango de derecho fundamental.

Al ser la filiación una relación que se genera entre procreantes y procreado y entre adoptantes y adoptado, constituye un atributo de la personalidad jurídica en cuanto elemento esencial del estado civil de las personas. Además, como un derecho innominado que viene aparejado, adicionalmente, con el ejercicio de otros derechos que comparten idéntica jerarquía normativa superior, como sucede con el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia y la dignidad humana³².

2.2.4 Tipos de filiación. En la legislación colombiana se establecen los siguientes tipos de filiación, descritos de la siguiente manera por la profesora Cardozo Munévar:

La filiación matrimonial, que es el resultado de dos elementos: uno natural, que es el nacimiento y otro que descansa en la ley, que es el matrimonio. La filiación matrimonial es también llamada filiación legítima y su fuente es el matrimonio. Está soportada por cuatro elementos fundamentales:

En primer lugar, la maternidad, que está considerada como el vínculo jurídico que existe entre un hijo o una hija con su madre. Esta es la base de la filiación legítima. La maternidad es tangible y susceptible de prueba directa, supone que hubo un parto y que de ese parto nació un hijo o una hija que se separó completamente de su madre y que por tanto se trata de una persona (Artículo 90 del Código civil colombiano). Un

³¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-488 de 1999.

³² CARDOZO Munévar, Nelcy Edith. La filiación adoptiva en Colombia. Enfoque jurisprudencial. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C. 2011.

segundo elemento es el matrimonio, el cual en Colombia puede ser civil o católico, o haber sido celebrado dentro de los ritos de alguna religión aceptada y reconocida por el Estado colombiano. Se prueba con el Registro Civil de Matrimonio, único medio de prueba admisible desde el Decreto 1260 de 1970. Es importante hacer notar que se debe demostrar la existencia del matrimonio en la época de la concepción, y no en la del nacimiento. El tercer elemento es, precisamente, la concepción dentro del matrimonio, aunque este elemento no es exigible para efectos de la legitimación. Finalmente, el cuarto elemento es la paternidad, considerada como el vínculo jurídico que existe entre un hijo o una hija con su padre. La paternidad, a diferencia de la maternidad, se determina por la época de la concepción, que no es un hecho cierto y tangible, y por este motivo es un hecho que debe ser presumido.

la filiación extramatrimonial, que tiene su origen solamente en la naturaleza. Por este motivo, en Colombia durante mucho tiempo se le llamó filiación natural. Es la filiación que surge de padres que al momento de la concepción no se hallaban casados entre sí. La filiación matrimonial debe determinarse para ambos padres; por su parte, la extramatrimonial puede ser determinada sólo respecto a uno de ellos. Los derechos y los deberes de los padres y de los hijos o hijas extramatrimoniales son iguales a los de los padres y los hijos o las hijas matrimoniales.

La filiación asistida, que es la filiación de hijos e hijas concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. Corresponde a una nueva forma de filiación que también ha sido llamada filiación tecnificada o no biológica. En España se le denomina filiación biológica.

Entre las técnicas de reproducción asistida más conocidas están la inseminación artificial, la llamada “fecundación *in vitro*” y la maternidad subrogada, en algunos países también denominada “alquiler de vientre”³³.

³³ *Ibidem*. Págs. 59 – 62.

Las técnicas de reproducción asistida no son un fenómeno nuevo³⁴. Sin embargo, a pesar de que han sido utilizadas desde hace ya varias décadas, en la mayoría de los países todavía no están reguladas de una forma clara. Esto es debido principalmente, por una parte, a la complejidad médica y ética que es inherente a dichas prácticas científicas; por otra, a la evolución constante de las mismas.

Al respecto, en la legislación colombiana el Artículo 42 constitucional reconoce la igualdad de derechos de todos los hijos, incluyendo los procreados mediante asistencia científica. No obstante esto, en Colombia no existe regulación sobre esta materia. Las normas sólo hablan de la protección del que está por nacer, de la protección especial a las madres gestantes y de la igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales, los habidos fuera del matrimonio y los adoptivos. Tampoco hay precedentes jurisprudenciales que resuelvan sobre algún caso en el que el tema de litigio sea el incumplimiento de un contrato de alquiler de vientre o fecundación *in vitro*, o cualquiera de las diversas formas de procreación a través de métodos y técnicas científicos.

2.3 FILIACIÓN ADOPTIVA EN COLOMBIA.

En el derecho romano la adopción servía para dar sucesor a quien no lo había podido tener por sangre. El sucesor continuaba la personalidad del muerto, dentro de la cual se encontraban, no sólo el apellido y el patrimonio, sino también el culto doméstico. En esta forma se pretendía vincular a la familia con lo eterno, por mérito y gracia de la herencia.

En la actualidad existen normas específicas en todos los países, las cuales reglamentan la adopción tomando en consideración aspectos tales como la protección de los menores, la satisfacción de sus necesidades y su crecimiento en el interior de una familia, así como su interés superior y el cumplimiento y garantía de todos sus derechos.

Adoptar viene del latín *adoptare*, vocablo asociado a *optare*, cuyo significado es escoger, ahijar, prohijar o tomar algo como propio y, por extensión, adquirir, afectar y coger.

³⁴ En efecto. La primera “bebé probeta”, Louise Brown, nació el 25 de julio de 1977 en la localidad de Oldham, en Lancashire (norte de Inglaterra).

El término adoptar tiene también una clara referencia a la transacción, lo cual significa que es también intercambio, tanto a nivel individual como social, por lo que está también íntimamente ligado a desplazar y transformar. Por ejemplo, adoptar una idea de otro implica una interiorización, trasladar lo que estaba afuera hacia el interior, transformarlo para volverlo algo propio y ese movimiento lógicamente implica un proceso de cambio. Así, adoptar constituye la esencia de toda relación en la que dar y recibir conforman los vectores principales de intercambio. Adoptar, entonces, define la integración de niños en una familia ajena a la suya, hecho que genera una gran cantidad de relaciones complejas: entre los padres adoptivos y las instituciones que rigen las adopciones; entre éstas y los países de adopción; entre éstos y los padres biológicos; además, entre los padres adoptivos y los hijos adoptados. Entonces, al acoger a un niño como miembro de la familia, adopción mediante, se realiza un proceso de interiorización y de intercambio psicosocial.

Según la profesora Nelcy Cardozo,

Jurídicamente, la adopción se define como el establecimiento legal de la relación de parentesco paterno o materno entre personas que biológicamente no la tienen, asimilándose en todos sus efectos a la relación filial consanguínea. En Colombia, la adopción resulta de la suma de dos procedimientos, uno de carácter administrativo ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otro ante la autoridad judicial competente. Se caracteriza la adopción por ser irrevocable, por llevar el adoptado los apellidos de los adoptantes, por dejar de pertenecer el adoptado a su familia biológica y por extinguir para éste todo parentesco de consanguinidad con la misma³⁵.

2.3.1 Definición en el Código civil colombiano. El Código civil colombiano, en el Título 13, Artículo 269, que trataba sobre la adopción, la definió así:

Artículo 269. La adopción es el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar del hijo, del que no lo es por naturaleza.

³⁵ CARDOZO Munévar, Nelcy Edith. Op. Cit. Pág. 64.

El que hace la adopción se llama padre o madre adoptante, o simplemente adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, hijo adoptivo o simplemente adoptivo o adoptado.

Al igual que en el anterior Código del Menor o Decreto 2737 de 1989, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 61 define esta institución jurídica como una medida de protección por excelencia, 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 artículo 53 de la colombiana Ley 1098 de 2006 categoriza la adopción como una de las medidas de restablecimiento de derechos, al siguiente tenor:

Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas: 1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico. 2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado. 3. Ubicación inmediata en medio familiar. En este evento la ubicación puede efectuarse en hogar gestor, hogar amigo, hogar de paso y organización de redes o en un hogar sustituto. 4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso. 5. La adopción. 6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. 7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.

En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección de sus derechos.

2.3.2 Medidas de restablecimiento de derechos. De acuerdo con la profesora Cardozo,

Las medidas de restablecimiento de derechos tienen la característica de ser transitorias, pues la misma ley establece que en caso de cambiar las circunstancias pueden ser revocadas o modificadas. Sin embargo, la medida de adopción es la única que tiene el carácter de definitiva. A esta medida le antecede la declaratoria de adoptabilidad, de competencia exclusiva del defensor de familia, salvo si éste no decide el caso por pérdida de competencia atribuida al transcurso del tiempo, que se ha señalado en seis meses. En esta eventualidad, dicha competencia se traslada al juez de familia.

Esta medida opera cuando, a criterio de la autoridad competente, previamente agotado el respectivo proceso de restablecimiento de derechos de que habla la Ley 1098 de 2006, un niño, niña o adolescente haya quedado sin su familia de origen, o abandonado, o entregado por el consentimiento de la madre, o haya sido objeto de vulneración de sus derechos, de tal manera que se pueda concluir que la familia no puede garantizarlos y por ende se hace necesaria la intervención del Estado, imponiendo la medida de declaratoria de adoptabilidad que abre paso a la adopción.

En la anterior normatividad colombiana, esto es, bajo los mandatos del Decreto Especial 2737 de 1989, la adopción se disponía después de declarar el abandono del menor que se encontrara en alguno de los eventos denominados por dicha norma como de situación irregular.

Cuando la medida que se dispone es la iniciación de los trámites de adopción del niño, niña o adolescente, se da por

terminada la patria potestad de los padres sobre el menor adoptable y la resolución debe inscribirse en el libro de “varios” de la notaría o en la oficina de registro respectiva (Artículos 60 y 62 de la norma citada).

Esta medida requiere ser homologada por el juez competente cuando la persona a cuyo cargo estuviere el cuidado, crianza y educación del menor se hubiere opuesto a ella dentro del trámite administrativo o en los veinte días siguientes a la fecha en que quedó en firme (Artículo 61)³⁶.

En Colombia, de acuerdo con tratados internacionales suscritos por el país, el proceso de adopción está orientado a la búsqueda del interés superior del menor. Inclusive, antes de la Ley 1098 de 2006, el fin de la medida era la protección preferente a los niños, niñas y adolescentes, así como también el reconocimiento de los derechos fundamentales de éstos con miras a hacerlos efectivos, radicar responsabilidades en la familia del menor y, de manera subsidiaria, en la sociedad y en el Estado. De allí que cuando un menor se hallaba en situación irregular, como por ejemplo en estado de abandono o de peligro, debía promoverse un movimiento tendiente a brindarle las medidas de protección que requiriera, tales como la adopción, con el propósito de lograr su desarrollo físico, mental, moral y social.

A través de la figura de la adopción se pretende garantizar que un menor declarado en situación de adoptabilidad tenga un hogar estable en el que se desarrolle de manera armónica e integral, de tal forma que pueda gozar finalmente de una verdadera familia, tal como la que surge de los lazos de sangre.

Una reiterada jurisprudencia colombiana ha conceptualizado la institución jurídica de la adopción de la siguiente manera:

Las referencias precedentes a la institución de la adopción, y el estudio de su evolución histórica, permiten concluir que ante todo ella es, hoy en día, una institución concebida en beneficio del menor adoptable y para su protección. Dicha historia evidencia cómo, en sus orígenes, la institución buscó

³⁶ Ibídem. Pág. 66.

garantizar la continuidad del culto a los antepasados en las sociedades primitivas; posteriormente se usó para dotar de heredero al padre adoptante, como sucedía en la legislación española inspiradora del sistema de nuestro Código Civil, en donde se la llamó prohijamiento. Pero en la concepción actual, se entiende que la adopción es, primordialmente, una medida de protección del menor que no puede ser atendido por sus padres³⁷.

La Corte Constitucional ha destacado que la adopción constituye la forma jurídica a través de la cual los menores que no tienen familia pueden llegar a tenerla. Así por ejemplo, en la Sentencia T-587 de 1998, indicó: “Tal vez la institución más importante dentro de las que pueden ser diseñadas para hacer efectivo el derecho de los menores abandonados o expósitos a tener una familia, es la adopción. En efecto, esta alternativa es la única dentro de las existentes que persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a manera permanente e irreversible, un núcleo familiar”.

En el mismo sentido, en la Sentencia C-562 de 1995, la misma Corte dijo: “La finalidad de la adopción es la de crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por los lazos de la sangre”.

También dice la corporación que las consecuencias inmediatas de la adopción consisten en establecer la relación de padre o madre a hijo. Pero más allá de ello, es también una forma de incorporar al adoptivo a la familia del adoptante. En efecto, el adoptado entra a formar parte de tal familia, en cuanto la adopción establece el llamado parentesco civil, que se da no sólo en relación con quien adopta, sino también respecto de los parientes consanguíneos y adoptivos suyos. Desde este punto de vista, es decir, en cuanto el adoptivo entra a formar parte de la familia del adoptante, la adopción satisface el derecho

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-814 de 2001. Referencia expediente D-3387. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 (parciales) del Decreto Ley 2737 de 1989. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

constitucional reconocido a todos los niños -en el artículo 44 superior-, de tener una familia y de no ser separado de ella, en aquellos casos en los cuales sus padres biológicos no pueden hacerse cargo de ellos. Y a través de la incorporación del adoptado a la familia del adoptante, se garantiza también todo el plexo de derechos reconocidos al menor, de cuya eficacia el primer responsable es el padre. Por eso, la ley define la adopción como una “medida de protección” que se establece en favor del menor.

La adopción, entonces, si bien permite que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, no persigue prioritariamente este objetivo sino el de proteger al menor de la manera que mejor convenga a sus intereses, aplicando para ello el Artículo 44 de la Carta.

La adopción encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger a los niños, las niñas y los adolescentes que por diversas circunstancias han perdido su hogar, razón por la cual el Estado, a través de sus instituciones, interviene aplicando esta medida a fin de procurarle al adoptivo su pleno desarrollo en el seno de una familia que con el lleno de los requisitos legales esté dispuesta a brindar y garantizar la satisfacción de todos sus derechos, los cuales se ven afectados por el solo hecho de la situación particular que da origen a la declaración de adoptabilidad.

2.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN.

En otras legislaciones, como por ejemplo en el Derecho español³⁸, la adopción se ha definido como aquel acto o negocio del derecho privado por virtud del cual entre adoptante o adoptantes y adoptado surgen vínculos jurídicos idénticos o, al menos, análogos a los que resultan de la procreación natural entre padres e hijos. Está basado en la idea de dar un hogar a los menores que carecen de él, mientras que se cumple un deseo de paternidad de los matrimonios o uniones infértiles, constituyéndose como un instrumento de integración familiar.

³⁸ Fundación Tomás Moro. Diccionario Jurídico. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2001.

En la legislación española prima el interés del menor para lograr la ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, creándose por ley una relación de filiación.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la adopción, es posible considerar por lo menos tres posturas diferentes, las cuales serán reseñadas brevemente a continuación.

Teoría contractual. Dejaba a la voluntad de las partes su formulación. Esta teoría se mantuvo vigente en el mundo, durante todo el siglo XIX y una buena parte del XX. La adopción se entendía como un contrato solemne y bilateral, celebrado entre el adoptante y el adoptado. Generalmente se plasmaba en documento público y estaba sujeto a la homologación por parte de un juez.

Teoría del acto condición. Según esta teoría, la adopción era considerada como un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento la figura de la adopción en su favor.

Teoría de la constitución jurídica. En la opinión de algunos autores, la adopción es una institución de derecho privado; para otros, lo es del derecho de familia; y finalmente, para otros se trata de una institución propia del derecho de menores.

Los primeros afirman que la adopción está fundada en un acto de la voluntad del adoptante, nacida en una sentencia judicial en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación paterno-filial similar a la filiación "legítima" pero con algunas características singulares. Por su parte, quienes abogan por la adopción como una institución del derecho de familia se basan en el carácter de normas de derecho público que tiene el derecho de familia. Por su lado, quienes defienden el punto de vista de la adopción como parte del derecho de menores argumentan que el fin de esta institución consiste en la protección y defensa de los menores, enmarcada en la solemnidad que finalmente crea la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

2.4.1 La adopción como medida de protección. La colombiana Ley 1098 de 2006, en su artículo 61, establece 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.

En Colombia la adopción no tiene otra finalidad jurídica que la de ser una medida de protección, como el contexto del Código de la Infancia y la Adolescencia lo indica. Consiste en todo un conjunto de normas especialmente expedidas para proteger a los niños mediante preceptos de orden público de regulación especial. Tanto es así, que se extrajo toda su normatividad del Código civil para concentrarse en una norma específica de legislación para la niñez, que dio origen al Decreto 2737 de 1989, en la actualidad derogado, y posteriormente a la Ley 1098 de 2006, vigente hoy. En otras legislaciones, por ejemplo las de Chile y Argentina, la normatividad sobre infancia se encuentra incluida todavía en los respectivos códigos civiles de estos países.

2.4.2 Clases de adopción. La primera norma que clasificó la adopción en Colombia fue la Ley 5ª de 1975, que modificó la Ley 140 de 1960. Estableció dos clases de adopción:

Adopción simple. Por este tipo de adopción, el adoptivo continuaba formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones. Contemplaba entre sus efectos el parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de éste. En materia de sucesión, el adoptado heredaba en la misma cuota que el hijo biológico. La adopción simple podía convertirse en adopción plena a solicitud del adoptante.

Adopción plena. En esta clase de adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia de sangre, con reserva del impedimento matrimonial. La ruptura del vínculo de consanguinidad con la familia de origen implica que los padres biológicos y demás parientes de sangre no tienen ningún derecho respecto de la persona del adoptado y tampoco respecto de sus bienes.

Nadie puede ejercer la acción de impugnación de la maternidad, ni la de reclamación de estado, ni reconocimiento ni acción alguna encaminada a establecer la filiación de sangre del adoptivo. Cualquier declaración o fallo a este respecto carece de valor. Por otra parte, la

adopción plena establece relaciones de parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de éste.

El derecho comparado muestra cómo en la generalidad de los países existe la adopción con carácter de plena, pues uno de los efectos de ésta consiste en establecer una desvinculación total del adoptivo con respecto a su familia de origen, dando firmeza a la institución y creando una verdadera relación paterno-filial, tal como si se tratara de la relación surgida de los lazos de sangre.

En Colombia, como una parte importante de la evolución de la legislación sobre la institución de la adopción, se expidió la Ley 29 de 1982, que equiparó los derechos de los hijos nacidos en el matrimonio con los de los hijos extramatrimoniales y los adoptivos. Con este nuevo enfoque jurídico, el Decreto 2737 de 1989, que derogó la legislación anterior, eliminó la adopción simple y señaló que a partir de la entrada en vigencia del Decreto todas las adopciones son plenas. En el actual Código de la Infancia y la Adolescencia se mantiene esta concepción.

2.4.3 Finalidad de la adopción. Belluscio, al definir la finalidad de la adopción, señala:

En el derecho moderno, la adopción tiene una doble finalidad: por una parte, dar hijos a quien no los tiene por naturaleza, con lo que le permite cumplir su vocación maternal o paternal; por otra, la de dar padres a quien no los tiene, sea por haberlos perdido, por no haber sido reconocido por ellos, o por haberse desentendido de su atención y educación, para lo que se crea un vínculo legal con quienes realmente se ocupan de su cuidado. Paulatinamente, el derecho se va orientando a reconocer que la finalidad esencial es la segunda, lo que se trasunta en el principio de que el interés del menor es superior al de los demás interesados, sean los padres de sangre o los que pretenden la adopción. Sin embargo, no eran esas sus finalidades en la Antigüedad. Por lo pronto, en nada jugaba el interés del adoptado. En cuanto al adoptante, no era su objeto colmar sus ansias paternas sino uno de carácter religioso, el

de asegurar la continuación del culto familiar, que se habría visto interrumpido por la falta de descendientes³⁹.

Con base en los referentes históricos, la jurisprudencia colombiana, al definir la finalidad de la figura de la adopción, plantea que tras el pasar del tiempo y de los avances legislativos, se ha presentado un cambio en la filosofía inspiradora de la adopción, pues tal como ocurre con la institución de la familia, al unísono la adopción ha experimentado importantes transformaciones. Dice la Corte Constitucional:

Así, inicialmente, dentro de una concepción que favorecía el interés del adoptante, la adopción tuvo como propósito dotar de un hijo a quien no lo había querido o no lo había podido engendrar y también brindar consuelo a los ancianos. Con posterioridad, la intención que guió el mantenimiento de la figura fue la de ofrecer protección al adoptado y, entonces, la adopción persigue proporcionarle una familia al menor que carece de ella⁴⁰.

La finalidad de la adopción siempre se ha visto en torno a crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos unidos por los lazos de la consanguinidad, junto con todos los efectos jurídicos que se derivan. Además de este fin, debe observarse que por la adopción lo que busca la ley es integrar al niño, niña o adolescente a una familia que lo acoja como si fuera de su sangre, luego se puede ver como finalidad primordial la garantía del derecho fundamental del niño a tener una familia que le garantice el goce y el ejercicio efectivo de todos sus derechos reconocidos por la Constitución, la Ley y los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

Si el niño carece de una familia que lo asista y lo proteja, porque ha sido abandonado por sus padres por cualquier causa, o carece de ellos y los demás parientes no cumplen con el deber de brindarle asistencia y protección, es el Estado quien debe ejercer la defensa de

³⁹ BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo II 7ª Edición, 1ª reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-831 del 11 de octubre de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1040, 1046 y 1240 (parciales) del Código civil. Referencia Expediente D-6218.

sus derechos al igual que su cuidado y protección. De ahí que la adopción constituya una de las medidas establecidas por el legislador para asegurar la protección de los niños que se encuentren en tal situación⁴¹. Dentro del contexto de los fines que persigue la adopción, se ha considerado como un mecanismo de protección socio - legal del niño abandonado, se constituye en un acto de intervención estatal con miras a proteger el interés superior del menor⁴².

Al ser concebida la figura como una institución de beneficio para el menor adoptable y surtir el efecto jurídico contemplado en el texto legal, que es la creación de la relación paterno – filial, concomitantemente conlleva el ejercicio de varios derechos, tales como el de conformar una familia, el del libre desarrollo de la personalidad, los derechos sucesorales, entre otros, y como objetivo prioritario la protección integral del menor, tal como lo señala el artículo 44 constitucional con especial énfasis en la aplicación del principio de interés superior y la prevalencia.

La finalidad de la adopción, ha dicho la jurisprudencia, consiste entonces en “crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta, ya que en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo, y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

El propósito enmarcado dentro del principio del interés superior del menor, consiste en protegerlo, garantizándole un hogar adecuado y estable en el que pueda desarrollarse de manera armónica e integral, no sólo en su aspecto físico e intelectual, sino también en el emocional, espiritual y social.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Finalidad de la adopción. Sentencia C-477 de 1999. Expediente D-2280. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-412 de 1995. Expediente T-69568 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

El actual Código de la Infancia y la Adolescencia señala, en el artículo 61, 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”. Pero además del efecto creador de una forma de filiación, la adopción también está encaminada a la protección integral de los derechos de los niños y las niñas bajo el imperativo de la prevalencia y el interés superior.

2.4.4 Sujetos de la adopción.

- Los adoptantes. Los adoptantes son las personas que, cumpliendo los requisitos de la edad, capacidad e idoneidad, pueden ser padres o madres adoptantes. El artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 establece, en los siguientes términos, quiénes pueden adoptar en Colombia:
- Las personas solteras. En cuanto a las personas solteras, además del examen de idoneidad y los demás requisitos exigidos para los que adoptan conjuntamente, hay lugar a la verificación de la Red de Apoyo Familiar.
- Los cónyuges conjuntamente. La Ley 5 de 1975 señalaba que podía adoptar un cónyuge con el simple consentimiento del otro, posibilidad que no contempla la Ley de Infancia y Adolescencia, pues al señalar que podrán adoptar conjuntamente los cónyuges, obliga a que para efectos de la adopción, el adoptante debe definir su estado civil de casado o soltero.
- Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos 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. Aquí, la Ley 1098 de 2006 introdujo una modificación al disminuir el término de convivencia, de tres a dos años y cambió igualmente los medios de prueba de la convivencia marital, de acuerdo con las modificaciones introducidas por la Ley 979 de 2005.
- El guardador al pupilo o ex pupilo, una vez aprobadas las cuentas de su administración. La aprobación de cuentas se exige para proteger al pupilo de posibles abusos del guardador.

- El cónyuge o compañero permanente al hijo del cónyuge o compañero que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años.

El requisito exigido para los compañeros permanentes, consistente en demostrar una convivencia de por lo menos dos años, contenido en los numerales 3º y 5º de este artículo, fue objeto de demanda de constitucionalidad, asunto que se resolvió mediante la Sentencia C-840 de 2010⁴³. Respecto del numeral 5º, la Corte se declaró inhibida para decidir de fondo, tras considerar que hay ineptitud sustantiva de la demanda, debido a una escasa argumentación. Dice la Corte que las razones que aduce el demandante no son claras, ni específicas, no resultan pertinentes, ni suficientes, lo que impide tener certeza sobre los cargos formulados contra la expresión demandada.

En cuanto a la frase demandada del numeral 3º, la Corte declaró su exequibilidad. Sobre esta exigencia de una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años para los compañeros permanentes que deseen adoptar conjuntamente, considera la Corte que lo que busca la norma es la satisfacción del interés superior del menor que se encuentra en situación de adoptabilidad y se orienta a proveer a las autoridades de un criterio objetivo que, junto con otros elementos, le permita valorar el grado de estabilidad o de conocimiento de la pareja que aspira a adoptar. Señala la Corte:

El término de convivencia establecido en el numeral 3º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, es objetivo, razonable y no discriminatorio. Contrario a lo que perciben los demandantes, el criterio temporal al que acudió el legislador está fundado en la constatación de situaciones objetivas que guardan una clara relación con la finalidad de asegurar unas condiciones fundamentales de estabilidad que permitan realizar los fines de protección y restablecimiento que subyacen en el instituto de la adopción y la satisfacción del interés superior del menor en el marco de una situación en la que este dictado cobra particular relevancia. Afirma que en efecto, la mencionada guía hermenéutica aconseja que durante el trámite de la adopción

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-840 de 2010. Expediente 8080. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

se deban tener las máximas precauciones en orden a asegurar las condiciones propicias para que el hijo adoptivo se inserte en una nueva familia capaz de ofrecerle el cuidado y amor indispensables para su desarrollo armónico e integral. Concluye que el ánimo de permanencia como pareja, cuando los candidatos a adoptar acuden a esta condición, constituye sin duda un factor demostrativo de estabilidad, que el legislador debe contemplar y las autoridades administrativas corroborar.

Frente a este tema que estamos tratando, la Corte Constitucional continúa argumentando que

La propia Constitución legitima ciertos efectos a regulaciones diferentes para las uniones matrimoniales y las que se originan únicamente en la voluntad libre y responsable de conformarla, lo cual obedece a su naturaleza fáctica y jurídica diversa, no obstante una y otra convocan indiscutiblemente el reconocimiento y la legitimidad constitucional, como fuentes de la institución familiar. La demanda se fundamenta así en un erróneo entendimiento del concepto de igualdad familiar previsto en la Constitución y desarrollado por la jurisprudencia. En el presente caso, en un ejercicio razonable de su potestad de configuración, el legislador tomó en cuenta las especificidades de una y otra unión para prodigar un trato acorde con esa caracterización. Para tal efecto, 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. Este requisito no entraña un trato discriminatorio en contra de las personas que cohabitan en unión marital de hecho y que aspiran a conformar una familia por la vía de la adopción, como quiera que se trata de un presupuesto probatorio, que en esta materia se exige también en relación con otra clase de aspirantes a adoptar, como es el caso de los cónyuges que desean adoptar al hijo o hija de su pareja (art. 68 núm. 5) o del adoptante que concurre a adoptar a una persona mayor de edad (art. 69).

Por otra parte, los sujetos adoptables son los niños, niñas o adolescentes respecto de quienes se declaró su situación de adoptabilidad, ya sea como resultado de una medida de restablecimiento de derechos o como resultado del consentimiento debidamente informado de la madre. En Colombia pueden ser adoptados:

- Los menores de 18 años. El artículo 63 del Código de la Infancia y la Adolescencia autoriza la adopción de los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres.

La Resolución de Declaratoria de Adoptabilidad es expedida por el Defensor de Familia, es una competencia exclusiva que le ha asignado la Ley de Infancia y Adolescencia en el numeral 14 del artículo 82 y artículo 98, es decir, que no podrá darse tal declaratoria por otra autoridad administrativa como los comisarios de familia o los inspectores de policía a quienes la misma ley les otorga competencia subsidiaria en las funciones del defensor de familia en los municipios donde no existan tales defensorías.

En la Resolución que declare la situación de adoptabilidad o de vulneración de derechos del niño, se ordenarán las medidas de restablecimiento correspondientes y las obligaciones alimentarias mientras el niño o niña se encuentre bajo dicha medida.

Dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa.

Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente, habiendo existido oposición en la actuación administrativa y cuando la oposición se presente dentro de los veinte días siguientes a la declaratoria de adoptabilidad, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al juez de familia para su homologación.

La sentencia de homologación de la declaratoria de adoptabilidad se dictará de plano; producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el Libro de Varios de la Notaría o de la Oficina de Registro del Estado Civil.

Si el juez advierte la omisión de alguno de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane. Así lo establecen los artículos 108 y 123 de la Ley 1098 de 2006.

- Los mayores de edad. El artículo 69 de la Ley 1098 de 2006 establece que podrá adoptarse al mayor de edad cuando el adoptante hubiere tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que éste cumpliera dieciocho años. En este caso, la adopción procede por el solo consentimiento entre el adoptante y el adoptivo y será competente para conocer del proceso el Juez de Familia.
- Los niños, niñas y adolescentes indígenas. El Decreto 2737 de 1989 señaló en su artículo 93 la procedencia de la adopción de menores indígenas en dos eventos: cuando éstos se encontraran abandonados por fuera de su comunidad con la obligación de solicitar consulta a la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno o el organismo o entidad que hiciera sus veces. Dijo la norma que, sin embargo, debía procurarse su reincorporación a la comunidad, siempre y cuando se le brindara la debida protección. Un segundo evento era cuando el menor se encontraba en situación de abandono dentro de la comunidad a la cual pertenecía. En tal caso, se respetaban los usos y costumbres de la comunidad, siempre que no perjudicaran el interés superior del menor.

Con la Ley 1098 de 2006 se hizo más clara la normatividad colombiana en esta última materia, consagrando dos situaciones:

- a) Que el adoptante o adoptantes pertenezcan a la misma comunidad indígena del niño, niña o adolescente. En este caso, se deberá atender a las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas de acuerdo a sus usos y costumbres.

- b) Que el adoptante o los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad del niño, niña o adolescente indígena. En este evento se requiere consulta previa y concepto favorable de las autoridades de la comunidad de origen y el proceso se registrará por las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En cuanto a la adopción de niños o niñas indígenas, deben tenerse en cuenta los convenios y tratados internacionales, especialmente la Convención de los Derechos del Niño, respecto de la cual las Naciones Unidas expidieron la Observación General número 11, del 12 de febrero de 2009, sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. En dicho documento se señala la obligación de los Estados del cumplimiento y garantía de los derechos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño.

2.4.5 Quienes no pueden ser adoptados. La Ley 1098 señala quiénes pueden ser adoptados pero igualmente establece quiénes no pueden serlo. Es el caso de los niños o niñas determinados. La norma dice que no es válida la adopción de adoptados determinados, salvo la de parientes o la de hijo o hija del cónyuge o compañero permanente. Esta prohibición, se ha dicho, es relativa, si se tiene en cuenta que el mismo Código de la Infancia y Adolescencia, en su artículo 67, le da piso jurídico a la familia de crianza, avalando así diferentes jurisprudencias de la Corte Constitucional y dando la posibilidad a estas familias para que adopten a los menores con derechos prevalentes sobre los demás⁴⁴.

En España, mediante la Ley 21 de 1987, que estableció normas sobre la adopción, se permite la adopción para menores no emancipados. Excepcionalmente puede adoptarse un mayor de edad o un menor emancipado, cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

⁴⁴ ABELLO, Julieta. La filiación en el Derecho de Familia. Módulo del Plan de Formación de la Rama Judicial. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. 2007.

La ley española prohíbe la adopción a un descendiente; a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad o a un pupilo por su tutor, hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

2.5 PROCEDENCIA DE LA ADOPCIÓN

El artículo 63 del Código de la Infancia y la Adolescencia define en qué casos procede la adopción, de la siguiente manera:

Artículo 63. Procedencia de la Adopción. Sólo podrán adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres.

Si el menor tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en los Lineamientos Técnicos del Programa de Adopciones, señala que procede la adopción en los siguientes casos:

2.5.1 Por consentimiento de los padres. Los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años cuya adopción ha sido previamente consentida por sus padres. El consentimiento es revocable hasta el mes siguiente a su otorgamiento. Luego se hace irrevocable.

En cuanto al plazo dentro del cual es posible revocar el consentimiento, contado a partir de la fecha en la que el mismo fue otorgado, la Corte Constitucional en la Sentencia T-510 de 2003 refirió que en otras legislaciones el término varía. Menciona que, por ejemplo, en Francia es de tres meses; en Suiza, de seis semanas; en el Estado de California, en los Estados Unidos, es de un mes, en el Estado de New South Wales, en Australia es, igual que en Colombia, de un mes; en algunos otros países este plazo no está determinado pero sí es determinable, pues la legislación indica cuál es el momento específico del trámite de adopción, a partir del cual ya no es posible revocar el consentimiento, como ocurre, por ejemplo, en Suecia.

En Colombia, el consentimiento está definido por la misma Ley 1098 de 2006 como “La manifestación informada, libre y voluntaria de dar

en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad. Se expresa ante el Defensor de Familia, quien los informa ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para su validez se requiere:

- Que esté exento de error, fuerza y dolo; y tener causa y objeto lícitos. Cuando una madre soltera da en adopción, su consentimiento debe ser fruto de una decisión libre y autónoma, no puede ser producto de presiones indebidas, de amenazas o engaños. Se trata, pues, de las condiciones generales que toda manifestación de voluntad debe respetar según la ley civil.
- Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficiente sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión. Se refiere a la idoneidad constitucional, cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Dicha aptitud se adquiere un mes después del día del parto.

La Corte Constitucional en sede de tutela, ha señalado frente a la idoneidad constitucional del consentimiento, que la persona que expresa tal consentimiento debe ser amplia y debidamente informada por lo menos en los siguientes aspectos:

- a) Que su consentimiento debe ser otorgado libremente, sin estar bajo ningún tipo de fuerza, coacción, engaño o presión indebida.
- b) Que existe la posibilidad de que el menor se dé en adopción internacional.
- c) Que todo tipo de relación o vínculo legal y familiar con la familia biológica, o con quienes ejercen la patria potestad desaparecerá irrevocablemente.
- d) Que el menor o la menor adquirirá una relación legal y familiar de manera permanente e irrevocable con su familia adoptiva.
- e) Que la familia adoptiva decidirá la suerte del menor de ahora en adelante, independientemente de lo que consideren los padres biológicos, aún si los padres adoptivos se separan.
- f) Las consecuencias afectivas, emocionales y psicológicas para ella y para el menor.

- g) Cuáles son los plazos y los términos dentro de los que se puede revocar el consentimiento, dentro del término legal de un mes y la irrevocabilidad del consentimiento de la adopción misma.
- h) Que todas las dudas e inquietudes que tenga puede formularlas y todas deben ser claramente absueltas.
- i) Que la decisión de considerar que la adopción es lo mejor para el interés superior del menor, debe tomarse una vez se hayan ofrecido planes y programas que representen una alternativa de solución.
- j) Que tiene derecho a recibir el consejo y guía adecuados, en especial en el aspecto psicológico, para tomar la decisión, así como también que puede seguir teniendo acceso a dicha guía.
- k) Que no existe la obligación de dar en adopción al menor.
- l) La información debe suministrarse en un lenguaje y de una forma que sea inteligible para quien está considerando la posibilidad de dar en adopción.

A este respecto opina la Corte Constitucional:

El consentimiento se tiene por válido sólo si se cumple con ciertos requisitos. Son situaciones en las que (i) se requiere que una persona tome una decisión, manifestando libre y autónomamente su voluntad, (ii) se encuentran en juego valores, principios o derechos constitucionales de gran importancia, (iii) no es posible comprender adecuadamente las dimensiones, alcances, riesgos y consecuencias de la decisión y sus alternativas, sin contar con información específica (en muchas ocasiones técnica) y (iv) la capacidad emocional, física o psicológica de la persona que va a decidir, puede verse afectada y llevarla a tomar decisiones que, por fuera de ese estado anímico y físico, nunca adoptaría⁴⁵.

En Colombia no tiene 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 del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La condición de irrevocabilidad tiene su asidero en la finalidad de la adopción, que no es otra que “crear entre el adoptante y el adoptivo, una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por los lazos de sangre⁴⁶”.

Igualmente debe considerarse en este apartado la situación del estado civil contemplado en el inciso final del artículo 42 de la Carta Política, donde dice: “La Ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

La adopción por consentimiento de los padres se da en los siguientes casos:

Adopción por cónyuges. Cuando uno de los padres ha sido el cuidador y permite que su nuevo cónyuge o compañero permanente adopte al niño. Para lo cual, si el niño está reconocido por los dos padres, deberá tener el consentimiento de ambos. En este caso con la adopción no se extinguen los vínculos de consanguinidad con la familia del adoptivo, pues permanecen porque quien solicita la adopción es el cónyuge, compañero o compañera permanente del padre o la madre biológica del niño adoptable.

Adopción por consanguíneos. Cuando uno o los dos padres permiten que un familiar consanguíneo dentro del tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad adopte al niño, niña o adolescente.

Madres lactantes. Es el caso de la madre que, después de nacer su hijo, decide dar su consentimiento para que sea adoptado. En todo caso, la madre no puede tomar esta decisión sino hasta después de un mes de vida del hijo o hija. El consentimiento en todos los casos de adopción debe reunir los requisitos legales de idoneidad constitucional y que sea exento de vicios.

2.5.2 Por declaración de adoptabilidad. El anterior Código del Menor se refería a la declaratoria de abandono cuando el niño se encontraba en situación irregular. La nueva normativa hace alusión a la

⁴⁶ *Ibíd.*,

declaratoria de adoptabilidad por parte de un Defensor de Familia. Esto, por el cambio de contexto de los derechos de los niños, según el cual los niños, niñas y adolescentes no son objeto de protección sino sujetos titulares de derechos, lo que obliga a la familia, la sociedad y el Estado, a garantizar su protección especial.

En este orden de ideas y para efectos de esta clase de adopción, ha de tenerse en cuenta tres aspectos del Código de la Infancia y la Adolescencia, en la aplicación de sus normas:

La parte dogmática, en donde se encuentran los principios rectores y los derechos y libertades fundamentales de los niños y niñas.

La parte orgánica o sistema de garantías de derechos y mecanismos de restablecimiento de derechos.

La adopción como medida de protección de carácter definitivo, que busca el restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente.

El Estado a través de ICBF -autoridad central en materia de adopción- y el Defensor de Familia, son competentes para dictar una resolución en la cual se declara si se dan los requerimientos para declarar la situación de adoptabilidad.

Este proceso se inicia con el ingreso del niño, niña o adolescente al Sistema de Protección del ICBF en un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos. Generalmente se trata de casos de niños abandonados, maltratados, abusados o explotados, entre otros. Para estos efectos, el maltrato infantil se define como toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación, y, en general, toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona (Artículo 18 de la Ley 1098 de 2006).

El Defensor de Familia adelanta el proceso, que implica decretar y practicar pruebas y citar a los padres o cuidadores para determinar su capacidad de garantes de los derechos de los niños. Los padres o

cuidadores tendrán derecho a oponerse a la decisión, con todos los recursos previstos en la ley.

El proceso de adopción como institución jurídica es la cristalización de la intervención del Estado cuando en aras de garantizar los derechos de los niños y su interés superior, se ve abocado a adoptar las medidas de protección necesarias para el cumplimiento de sus fines. La jurisprudencia⁴⁷ ha reiterado que dicha intervención se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección, por lo que le compete al Estado prestar la protección y el cuidado que las niñas y los niños necesitan. La ley señala que los padres y demás familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento, pero el Estado deberá intervenir cuando quiera que ese cuidado y protección no sea suficiente. Así, en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad pueden cumplir con la debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo.

Pero la adopción debe atender a múltiples criterios que viabilicen las medidas de intervención que le permitan al niño mejorar su calidad de vida, y deben obedecer a razones suficientes para privarlos de la compañía de sus familiares biológicos. Ha dicho la Corte en sede de tutela que “lo contrario, equivaldría a imponer una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas o educativas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia. Lo que es más, se terminaría por restringir el derecho a gozar de la compañía y el amor de la propia familia a aquellos niños cuyos padres no estén en condiciones económicas o educativas adecuadas –un trato a todas luces discriminatorio-“.

En el proceso de restablecimiento el Defensor de Familia puede aplicar una de las medidas señaladas en el artículo 53 del Código de la Infancia, por ejemplo la ubicación inmediata del niño en medio familiar, como medida para que la familia entre a cumplir con su obligación como corresponsable de la protección y garantía de los

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-887 de 1 de diciembre de 2009. Expediente T-2.161.446 M.P. Mauricio González Cuervo.

derechos del niño o la niña. Frente a la ubicación familiar de un niño como medida de protección, se deben acoger los criterios expresados por la jurisprudencia, que son entre otros los siguientes:

La existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños o de las niñas.

Los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia.

Todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución Política ordena proteger a la niñez: “Toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

Si no aparecen los padres, o los parientes o las personas encargadas de su cuidado, el niño o la niña es ubicado en un hogar de paso o en un hogar sustituto. En el hogar sustituto no podrá permanecer más de seis meses, tiempo en el cual el defensor de familia debe adoptar las medidas necesarias para que se le restablezcan sus derechos.

Si hay lugar, se procede a disponer la medida de restablecimiento consistente en adopción. Únicamente puede aplicarse ésta cuando en el proceso administrativo que tiene por finalidad imponerla, resulta probado claramente que el niño o la niña de que se trate carece, en definitiva, de personas que por ley deben satisfacer sus necesidades básicas, esto es, que el niño o la niña ha sido, en efecto, abandonado a su propia suerte.

De manera muy excepcional, procede declarar la situación de adoptabilidad cuando se verifica contundentemente que los padres biológicos no están en situación de garantizar los intereses prevalentes de su hijo o hija, o que permanecer en la familia biológica conlleva para el niño o para la niña un riesgo insuperable y que la red familiar tampoco puede satisfacer tales derechos o porque no existe familia extensa. De todos modos, en el trámite que conduce a la declaratoria de situación de adoptabilidad deben los funcionarios administrativos que lo adelantan observar estrictamente la Constitución y en especial el Derecho Constitucional fundamental al debido proceso y el interés superior del niño, niña o adolescente.

Precisa la Corte que la adopción –cuando se realiza observando todas las exigencias constitucionales, legales y reglamentarias- constituye una alternativa muy positiva para los niños y niñas que han sido abandonados e incluso para las mujeres que voluntariamente quieren dar a sus hijos o hijas en adopción sin que existan motivos para reprocharles tal actitud, dadas las condiciones adversas que deben soportar. En este sentido se expresa la Sentencia T-510 de 2003:

Muchas madres solteras y jóvenes, a lo largo del continente, enfrentan embarazos no deseados o no consentidos, en condiciones de precariedad económica. El reproche social constante al que muchas mujeres desafortunadamente aún tienen que enfrentarse, por su condición de madres solteras, la angustia, producto de sentirse incapaces de salir adelante en su nueva situación, y las duras limitaciones económicas y materiales que la realidad les impone, son factores que motivan a muchas mujeres a considerar como única alternativa posible dar en adopción.

Afirma la corporación que la declaratoria de situación de abandono de un niño o una niña debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no puede ser el resultado de procedimientos apresurados, excesivos o arbitrarios. Debe darse con el respeto a las formas propias de cada juicio, el derecho de defensa y de contradicción, en cuanto componente primordial del derecho constitucional fundamental al debido proceso. Si existen motivos que justifican la intervención del Estado en las relaciones materno o paterno filiales, debe ser por motivos debidamente fundados y suficientes.

2.5.3 Por adoptabilidad declarada por el Juez de Familia. En los casos en que el Defensor de Familia deje vencer los términos de ley establecidos para definir la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente, aquél perderá competencia. En este caso, la asumirá el Juez de Familia, quien podrá definir la situación jurídica declarando la adoptabilidad.

2.5.4 Por autorización del Defensor de Familia. La autorización para la adopción emitida por el Defensor de familia que reemplaza el consentimiento de los padres, se presenta en los casos dentro del

proceso de restablecimiento de derechos, en los cuales el Instituto de Medicina Legal certifique que el padre o la madre padece una enfermedad mental grave que le impide tener a su hijo y que, además, no puede dar su consentimiento para la adopción.

Se entiende que falta el padre o la madre no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando está aquejado por una enfermedad mental, certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal. En tal caso, el Defensor de Familia autorizará la adopción, al tenor del artículo 82 numeral 15, que le atribuye tal competencia con carácter exclusivo.

2.6 REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN.

El Decreto Especial 2737 de 1989, en su artículo 89, establece que puede 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 hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigen a quienes adopten conjuntamente. Pero cuando el adoptante es persona casada y no separada de cuerpos, se exige el consentimiento de su cónyuge.

Además, señala que la restricción en cuanto a la edad no se aplica en los casos en que la adopción se realice por parte del cónyuge o compañero permanente, respecto de los hijos del otro.

Esta norma también autoriza la adopción conjunta por parte de los cónyuges, o por la pareja formada por un hombre y una mujer que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres años, y no se opone a la adopción que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener otros hijos, ya sean legítimos, extramatrimoniales o también adoptivos. Sólo pueden adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de abandono o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres o autorizada por el Defensor de Familia cuando el menor no se encuentre en situación de abandono y carezca de representante legal. Pero pueden adoptarse personas mayores de 18 años cuando el adoptante hubiere tenido el cuidado personal del adoptable antes de que éste cumpliera dicha

edad. En este último caso, el decreto no especifica el tiempo mínimo del cuidado.

El artículo 68 de la Ley de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, derogatoria del Decreto 2737 de 1989, señala que 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.

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

La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores. Para adoptar en Colombia se requiere, entonces:

2.6.1 La edad. Como se ha dicho varias veces, el adoptante, o los adoptantes, deben ser mayores de 25 años y tener, al menos, 15 años más que el adoptable.

Esta condición está regulada por la Ley de acuerdo a la clasificación hecha por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, que se enfoca en la promoción de la adopción de niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales.

Sobre este requisito, la jurisprudencia, en su tarea de interpretación, ha dicho que

El requisito según el cual sólo pueden adoptar personas mayores de 25 años tiene un fin legítimo: garantizar al menor ciertas condiciones favorables para asegurar una formación plena e integral en el seno de una nueva familia. el objetivo propuesto armoniza con los principios y valores constitucionales, no sólo en cuanto pregonan el interés superior del niño, sino porque también el Estado asume el papel que le

corresponde en los términos previstos en los artículos 2, 42 y 44 de la Constitución Política⁴⁸.

En esta providencia, la Corte resalta como aspectos preponderantes del requisito de la edad para adoptar:

La edad de una persona constituye un factor relevante para garantizar la adecuada relación paterno filial.

No es aconsejable que una persona muy joven adopte a un menor, por cuanto las posibilidades de realización, tanto del hijo adoptivo como de la pareja, resultan disminuidas.

Fijar una edad mínima de 25 años para adoptar, asegura mejores condiciones y una mayor madurez para la paternidad y a su vez minimiza los riesgos de inestabilidad para la nueva familia.

La exigencia de una edad mínima para adoptar, dice la Corte, asegura el cumplimiento de un fin propuesto: asegurar la formación integral del menor y de los padres adoptantes, y la avanzada edad que separa a quien pretende adoptar del adoptable, puede constituirse en criterio válido para negar la solicitud de adopción.

Frente a los diferentes conceptos de lo que constituye la “madurez”, afirma la Corte que quienes aducen que la edad no es determinante, pues existen menores de 25 años que pueden cumplir de una mejor manera tales responsabilidades, la Corte recuerda que:

La ley utilizó una pauta de diferenciación que no es problemática ni prohibida, por la cual el trato diferente no debe ser estrictamente indispensable, como sucedería en un juicio de igualdad estricto, sino que basta que este no sea groseramente innecesario, como sucede en el presente caso, porque el ámbito de apreciación reservado al legislador es amplio y le permite adoptar, dentro de las múltiples opciones con que cuenta, esta clase de medidas. Así, la medida se basa en la razonable presunción de que la edad es un indicador de madurez y el término establecido (25 años) se ajusta a análisis

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-804 de 2009. Expediente D-7719. M.P. María Victoria Calle Correa.

psicológicos contemporáneos sobre el desarrollo emocional de las personas⁴⁹.

2.6.2 La idoneidad. Este requisito es de carácter subjetivo, y su examen incluye cuatro diferentes aspectos: físico, mental, moral y social. Se busca identificar si los solicitantes de la adopción cuentan con la capacidad de proveer amor, principios, valores y todo aquello que redunde en el bienestar del niño, niña o adolescente que sea adoptado. Para el estudio de este requisito se deben tener en cuenta los siguientes conceptos:

Idoneidad física. Consiste en demostrar que se poseen las condiciones físicas para el establecimiento de una buena y estable relación afectiva padre – hijo o madre – hijo. El estado de salud debe corresponder a una situación aceptable, que no conlleve discapacidad seria, supervivencia corta o cualquier otro obstáculo serio para la relación padre o madre – hijo. Para certificar esta idoneidad se tendrán en cuenta los formatos preestablecidos que para el efecto tiene diseñados el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en los lineamientos técnicos vigentes.

El requisito de idoneidad física fue objeto de demanda de constitucionalidad por considerarse como una exigencia discriminatoria. Así, en la Sentencia C-804 de 2009, con ponencia de la doctora María Victoria Calle Correa, la Corte hace un amplio estudio del requisito de idoneidad física exigido para adoptar y entra a analizar si lo que se establece en la norma es un criterio de selección que excluye de antemano a las personas con discapacidad o que limita sus posibilidades de convertirse en padre o madre adoptantes.

Sobre el tema de decisión, la Corte advierte que no hay en la norma acusada, ni en ninguna otra asociada con el proceso de adopción, una definición sobre qué se debe entender por idoneidad física, pero que la ausencia de dicho concepto no conlleva automáticamente a la inconstitucionalidad de la expresión demandada. La honorable corporación se remite a fallos anteriores explicando que cuando existen dudas sobre el contenido o sentido de una disposición, el juez constitucional debe analizar el contexto en el que la norma se aplica,

⁴⁹ Ibídem.

pues en buena parte su sentido estará medido por su ámbito de aplicación.

Luego de precisar que:

A lo largo de la historia la comprensión de la discapacidad se ha enmarcado en cuatro modelos, tres de ellos (el de la prescindencia, el de la marginación y el de la rehabilitación) que se han venido superando al recoger la tendencia mundial de reconocer a las personas con discapacidad como sujetos de derechos, y que hay un cuarto modelo (el modelo social) que recoge los prejuicios contra este grupo poblacional conlleva a demostrar que la idoneidad física puede ser evaluada de diferentes maneras: el concepto médico de discapacidad que se concluye con determinar sobre la calificación de validez o invalidez que haga un médico sobre una persona, para determinar si es apta o no para ser padre o madre adoptante. Otra manera es la perspectiva social de la discapacidad, según la cual su evaluación no sólo tendrá en cuenta la calificación médica de validez o invalidez sino el entorno del sujeto, sus diferentes capacidades y las ayudas con que cuenta la persona para desempeñarse en funciones sociales y, en este contexto, para proveer al menor de la protección y cuidado que requiere⁵⁰.

Se remite la Corte al trabajo de dos investigadores ingleses en relación con los imaginarios en torno al rol parental de las personas con discapacidad frente a la figura de la adopción. En este sentido dice la Corte:

Según esa investigación, las tradicionales concepciones de discapacidad, consistentes en asociar a las personas con discapacidad como personas inválidas, minusválidas, dependientes, etc., lleva a que en el imaginario de los funcionarios la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan ejercer el rol de padres sea casi siempre negativo. Es decir, el común denominador es el de invisibilización del rol parental de las personas con

⁵⁰ Ibídem.

discapacidad. En segundo lugar, insisten, cuando de hecho se analiza la función parental de personas con discapacidad, se indaga más sobre si éstas pueden realizar una serie de tareas cotidianas, más que sobre el rol de éstos como padres⁵¹.

Idoneidad mental. La idoneidad mental es entendida como los rasgos de personalidad que indiquen funcionamiento adaptativo, salud mental, estabilidad emocional y afectiva, capacidad para establecer y mantener vínculos, para relacionarse adecuadamente consigo mismo, con los otros y con el entorno, para ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite al niño un desarrollo equilibrado.

La idoneidad mental se verifica a través de entrevistas psicológicas y psiquiátricas y valoración de trabajo social. En el ámbito psicológico existen múltiples métodos para medir y evaluar la personalidad y sus variaciones de individuo a individuo, una parte de las cuales tiene como herramienta fundamental la estadística básica y algunas técnicas psicométricas especializadas. Es importante que el profesional en psicología cuente con pruebas adecuadamente adaptadas, validadas y estandarizadas que permitan unos resultados válidos y confiables.

Idoneidad moral. Está referida a la noción de moral social o moral pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética. Esta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio y es aceptada como norma ética de convivencia.

Al Estado pluralista no le son indiferentes los antecedentes de comportamiento de quien pretende hacerse cargo de un niño, una niña o un adolescente, en calidad de padre o madre del mismo. El principio del interés superior que preside todo proceso en el que estén involucrados los niños impone al legislador asumir medidas que garanticen la efectividad de dicho principio.

Su objetivo es examinar que los adoptantes presentan comportamientos acordes con la moral social, que permita garantizar

⁵¹ Ibídem.

al niño la mejor crianza y formación, para finalmente lograr su adaptabilidad al entorno social en el que se desarrolla. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar enfatiza que la adopción de un niño, niña o adolescente por quien desenvuelve su proyecto vital en condiciones morales socialmente cuestionadas, como en ambientes en donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etc., pone al niño, niña o adolescente en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica y armónica dentro del entorno sociocultural en el cual está insertado.

La evaluación sobre la idoneidad moral de quien pretende adoptar, no puede ser hecha desde la perspectiva de sus personales convicciones éticas o religiosas, sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social.

El Instituto Colombiano de Bienestar familiar considera que no son moralmente idóneas para adoptar las siguientes personas:

Los alcohólicos o drogadictos.

Los condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, tales como: acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de 14 años o incapaz.

Los condenados por delitos contra la libertad individual tales como: inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, trata de personas.

Quienes incumplan con sus obligaciones alimentarias a sus hijos, ya sea biológicos o adoptivos.

Quienes tengan antecedentes de violencia intrafamiliar.

Quienes tengan antecedentes penales y, habiendo cumplido la condena, se establezca que puedan implicar riesgo para el adoptable.

Quienes hayan incurrido en la vulneración de de los derechos de protección a los niños, niñas y adolescentes previstos en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.

La idoneidad moral se establece con el estudio de las condiciones psicosociales y el certificado de antecedentes judiciales y con otro tipo de certificaciones como historia de contravenciones o infracciones menores.

Frente al requisito de la idoneidad moral, se han presentado en Colombia grandes discusiones respecto a las solicitudes de adopción adelantadas por parejas homosexuales.

En la jurisprudencia colombiana existen numerosos fallos referentes a los requisitos para adoptar, entre ellos la Sentencia C-814 de 2001, con ponencia del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta sentencia, la Corte hace un acucioso análisis del concepto de moral, en sus enfoques de moral social y moral pública, los cuales, en el entendido de la Corte, deben ser considerados como referentes, y a los cuales debe acudir el operador jurídico:

La Constitución se refiere a la moral social en su artículo 34 y consagra la moralidad como uno de los principios fundamentales de la función administrativa, en el artículo 209. No es posible negar la relación entre la moral y el derecho, y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico⁵².

Se remite la Corte a fallos anteriores, en los cuales se definió el concepto de moral social como “la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social. Afirma la Corte que

La jurisprudencia sentada en sede de tutela, también ha convalidado los criterios morales como referentes a los cuales pueden acudir el legislador y el juez de amparo. En lo que

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-814 de 2001. Expediente D-3378. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

concierno concretamente al requisito de idoneidad moral, exigido a las personas que hacen solicitudes de adopción de menores, la Sentencia T-290 de 1995 rechazó la solicitud de amparo incoada por un homosexual, quien solicitaba autorización para adoptar a una menor abandonada a quien había cuidado personalmente, no obstante no ser su padre. Consideró entonces esta Corporación que el pretendiente adoptante no reunía el requisito de idoneidad moral mencionado. Sin embargo, en esa ocasión no fue la condición de homosexual la que llevó a esa conclusión, sino el ambiente sociocultural en que dicha persona vivía, estimado como inconveniente desde el punto de vista moral, de cara al principio del interés superior del menor. Dijo entonces la Corte: “Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, que en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos naturales o afectivos. Sin embargo, no es menos cierto que los niños tienen derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social y que a falta de los padres o de las personas legalmente obligadas a dispensarle al menor esta asistencia –como ocurre en este caso con xx- es el Estado el obligado a asumir directamente su cuidado o a confiarlo, mediante la adopción, a personas cuya idoneidad ha de calificar según criterios axiológicos ajustados al orden constitucional. Así se deduce del principio de primacía que la Carta Política dispone a favor de los derechos de los niños (Art. 44), y se ha desarrollado legalmente en materia de protección al menor (Arts. 3 y 6 del Decreto 2737 de 1989)⁵³.

Igualmente se remite la Corte Constitucional de Colombia a la Sentencia T-587 de 1998, que señaló:

⁵³ Ibídem.

Todo sistema de adopciones, tanto en su diseño como en su implementación, deberá respetar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y someterse integralmente a los principios constitucionales que defienden el interés superior del menor. En consecuencia, todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso de adopción, deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación de los menores y su desarrollo libre y armónico.

2.7 EFECTOS JURÍDICOS

El artículo 64 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia señala los efectos jurídicos de la adopción:

Por la adopción, adoptante y adoptivo adquieren los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo. En este aspecto, se hace necesario acudir a la finalidad de la figura y los derechos y obligaciones que ella conlleva. Así, la jurisprudencia en este sentido ha dicho que “en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

Los derechos y obligaciones personales entre padres e hijos o hijas están cimentados en la autoridad paterna. Esta figura ha sufrido cambios, pues partió de la figura romana del *pater familias*, con plenos poderes sobre todos los miembros de la familia, incluidos los hijos o hijas, sin tener en cuenta el sujeto a quien iba dirigida, hasta llegar a lo que se tiene hoy, es decir, un sistema actualizado con la noción de derechos consagrada en la Ley 1098 de 2006. Así, el artículo 14 se refiere a la autoridad parental como un complemento de la patria potestad y la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que sus hijos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En la Sentencia C- 477 de 1999 señaló la Corte que:

El legislador del 2006 se preocupó por actualizar y armonizar el ordenamiento jurídico colombiano, con los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991, con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño o Niña, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia con la Ley 12 de 1991 y también con otros tratados y convenios internacionales firmados y aprobados por Colombia. Estos derechos y obligaciones son, entre otros, los siguientes:

- Los derechos derivados de la patria potestad. Que son la administración y el usufructo de los bienes del adoptivo y la representación judicial y extrajudicial del mismo. En cuanto a la administración, se estipula que si el Adoptivo tiene bienes, la adopción se hará con las formalidades de la guarda, por lo que la administración de estos bienes será diferente a los del hijo o la hija de sangre, pues debe someterse a las reglas de la guarda, en la que el padre responde hasta por la culpa leve, y debe cumplir con solemnidades, por ejemplo, realizar inventario y prestar caución, entre otras.
- El domicilio. El hijo o hija vive en el domicilio de las personas que tienen sobre él o ella la patria potestad.
- Responsabilidad parental. Por la cual, el adoptado no sólo adquiere los derechos a la educación, crianza y establecimiento, sino que va más allá, hasta la satisfacción plena de todos sus derechos.
- El derecho de alimentos correlativos, del padre o la madre adoptante hacia el hijo o la hija adoptivo, y del hijo o la hija adoptados hacia el padre o la madre, según el caso, a la luz del artículo 411 numerales 7 y 8 del Código Civil.
- Derechos sucesorales. El hijo adoptivo está en el primer orden sucesoral, y recibe igual cuota que el hijo legítimo y el extramatrimonial, al tenor de la Ley 29 de 1982. Además, el adoptivo puede ser representado por sus hijos o hijas. El padre y la madre adoptantes, por su parte, son legitimarios en la sucesión de hijo o hija adoptivos y están en el segundo

orden hereditario, excluyendo a los ascendientes de sangre⁵⁴.

En cuanto a los derechos sucesorales, la jurisprudencia colombiana ha señalado:

Los cambios operados en el ámbito de las relaciones personales del hijo adoptivo han tenido las pertinentes consecuencias en el campo patrimonial y de especial manera en lo referente al régimen legal de la sucesión. De conformidad con el sistema original del Código Civil, cuando el adoptante no tenía hijos legítimos, el adoptivo lo podía heredar por testamento; pero, si había hijos legítimos, el adoptivo sólo era beneficiario de la décima parte de los bienes.

La Ley 140 de 1960 le permitió al hijo adoptivo heredar la mitad de lo que le correspondía a un hijo legítimo. A falta de descendencia legítima, el adoptado concurría con los ascendientes del causante, con el cónyuge supérstite y con los entonces llamados “hijos naturales” por una cuota igual a la que le tocaba a éstos, y si no había ascendientes, concurría a la sucesión de la misma manera como lo hacía el “hijo natural”.

Conforme al régimen instituido por la Ley 5ª de 1975, el adoptado en forma plena heredaba al adoptante tal como lo hacía el hijo legítimo, mientras que el adoptado en forma simple concurría a la sucesión del adoptante con los derechos reconocidos a los “hijos naturales”.

La Ley 29 de 1982 reformó los artículos 1040, 1046 y 1240 del Código Civil, le concedió la calidad de herederos abintestato a los padres adoptantes, en el segundo orden sucesoral; precisó que “en la sucesión del hijo adoptivo en forma plena, los adoptantes excluyen a los descendientes de sangre”, indicó que en la sucesión del adoptivo en forma simple, “los adoptantes y los padres de sangre recibirán igual cuota” e incluyó a los padres adoptantes dentro de los legitimarios.

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-477 de julio 7 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Finalmente, el Decreto 2737 de 1989, o Código del Menor, eliminó la adopción simple y, en su artículo 97, puntualizó que “por la adopción”, el adoptante “adquiere los derechos y obligaciones de padre o madre”, continuando la misma regulación en la Ley 1098 de 2006⁵⁵.

2.7.1 Parentesco civil. Cuando el parentesco se funda en los vínculos de sangre, como el que existe entre padres e hijos, se denomina de consanguinidad; si el vínculo se establece entre cada cónyuge y los parientes del otro, es llamado de afinidad; y cuando surge entre adoptante y adoptivo, se denomina civil.

Entonces, 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. Su finalidad consiste en que la adopción se consolide.

Es un parentesco civil unilateral, no recíproco. Quiere decir que es el adoptivo quien establece relaciones jurídicas de parentesco con el adoptante y los parientes de sangre de éste. En ningún caso se crean relaciones de parentesco civil ente los parientes de sangre o afines del adoptivo y el adoptante o con los parientes del adoptante. Esto, en razón de la extinción del vínculo de consanguinidad que se genera del adoptivo respecto de su familia de origen.

El parentesco, a su vez, es fuente del estado civil de hijo o hija de ese padre o esa madre, pues el estado civil es la relación existente entre una persona con la familia de donde proviene.

El parentesco genera derechos, deberes, poderes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades; da origen a la vocación hereditaria y las obligaciones alimentarias. Al mismo tiempo, sirve para identificar a las personas y para producir determinados efectos jurídicos.

El artículo 1º del Decreto 1260 de 1970 define de la siguiente manera el estado civil: “El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad. Determina su capacidad para ejercer

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-831 de 11 de octubre de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones. Es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”.

El estado civil está determinado por hechos y actos jurídicos, tales como el nacimiento, la condición de hijo legítimo o extramatrimonial o adoptivo, el nombre, la edad, el matrimonio, la nacionalidad, el domicilio, la capacidad, entre muchos otros.

En este sentido, el artículo 5º del Decreto 1260 de 1970 señala algunos de los hechos y actos jurídicos que deben inscribirse en el Registro del Estado Civil, entre los cuales están el nacimiento, el reconocimiento de hijos naturales, las legitimaciones y adopciones. El estado civil tiene su origen en las siguientes fuentes:

- En un hecho jurídico. Es un acontecimiento que no depende de la voluntad del hombre y que ocasiona un estado civil, como el nacimiento del hijo o hija en un momento determinado.
- En un acto jurídico. Es la manifestación de la voluntad, que produce efectos y un cambio en el estado civil. Por ejemplo, el reconocimiento de un hijo o hija.
- En la ley. La ley determina que el estado civil se adquiera cuando se cumplan unos requisitos que la misma señala. Por ejemplo, la calidad de hijo o hija extramatrimonial; del hijo o hija de la mujer soltera o viuda.

Los efectos más importantes del estado civil son, en primer lugar, dar origen a derechos y obligaciones entre las personas; en segundo término, ser fuente del parentesco. De acuerdo con la importancia del estado civil, es necesario que un funcionario público se encargue de la constitución y la prueba del mismo, y por ello se lleva el registro civil tal como fue concebido por el Decreto 1260 de 1970.

En cuanto al parentesco civil, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que se equipara al que surge entre los parientes consanguíneos en un plano de igualdad como lo consagra el artículo 13 constitucional. Así lo estableció en la Sentencia C-1287 de 2001, que resolvió sobre la constitucionalidad de las expresiones “primero civil” contenidas en los artículos 283 del Decreto 2700 de 1991, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999 y 267y 337 de la Ley 600 de 2000.

La demanda consistió en que las normas acusadas indican que nadie está obligado a declarar contra sus parientes en primer grado civil, por lo que incurren en discriminación inconstitucional, porque en el caso del parentesco por consanguinidad el grado hasta el cual no existe dicha obligación es el cuarto.

Afirman los demandantes que una persona estaría obligada a declarar contra sus parientes en segundo, tercero y cuarto grado civil, pero no contra sus parientes en segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad, lo cual constituye un tratamiento discriminatorio en detrimento de los familiares constituidos como tales por virtud de la adopción, por cuanto establece diferencias de régimen jurídico derivadas del origen familiar del individuo.

Al respecto, la Corte señala:

La determinación de los casos en que se exime del deber de declarar. La Constitución ha hecho distinciones, según se trate de familiares vinculados por parentesco de consanguinidad o por parentesco civil. En el primer caso, la excepción al deber de declarar es más amplia, pues se extiende hasta el cuarto grado. En el segundo caso sólo llega hasta el primero. Es decir, el propio constituyente ha establecido una regla para la familia consanguínea y otra diferente para la familia adoptiva, a sabiendas de que el parentesco por adopción en el régimen legal vigente, no se circunscribe a la relación entre adoptante y adoptado, es decir, no se limita al primer grado, sino que se extiende a todos los parientes consanguíneos del adoptante. En efecto, de conformidad con lo prescrito por el Código del Menor, las consecuencias inmediatas de la adopción consisten en establecer la relación de padre o madre a hijo, pero más allá de ello, es también una forma de incorporar al adoptivo a la familia del adoptante, por lo cual el artículo 100 de dicho Código reza: “La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos de éste”⁵⁶.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1287 de 2001. Expediente D-3549. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Aclara la Corte que frente a esta realidad normativa, aparece de otro lado que la misma Carta en el cuarto inciso del artículo 42 expresamente prescribe que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”⁵⁷. Disposición ésta que concreta el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 superior, aplicándolo específicamente a la no discriminación por el origen familiar, y que claramente indica que no habrá diferencias jurídicas entre los hijos procreados naturalmente, con asistencia científica o adoptados.

Continúa afirmando que a pesar de la expresa prohibición constitucional de establecer diferencias jurídicas con fundamento en el origen familiar de las personas, la misma Carta lo hace en el artículo 33 cuando determina un trato jurídico diverso para los parientes adoptivos y los biológicos frente al deber de declarar en contra de sus familiares más próximos. Esta discriminación perjudica a los parientes adoptivos, respecto de quienes se dispensa un trato menos garantista en cuanto a la aplicación del principio de no incriminación de familiares.

Luego del análisis interpretativo, la Corte afirma que se está en presencia de una antinomia constitucional, es decir, de una contradicción interna de la Constitución, que impone una labor hermenéutica de las disposiciones superiores implicadas, previa a la definición de exequibilidad de los artículos acusados conforme a los conceptos de valor y principio constitucional como referente hermenéutico. Concluye la corporación que el constituyente quiso, expresamente, otorgar reconocimiento jurídico a la familia que proviene de la adopción, y ubicarla en un pie de igualdad respecto de la familia que se constituye a partir del matrimonio o de la unión libre entre compañeros permanentes, por lo cual rechazó las diferencias de trato fundadas en el origen familiar y expresó que lo que debe hacerse frente a los textos de las normas acusadas es hacer una integración normativa tanto de los valores como de las principios constitucionales. En consecuencia, declaró exequibles las expresiones “primero civil” contenidas en los artículos 283 del Decreto 2700 de 1991, 431 y 495

⁵⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 42 (fragmento).

de la Ley 522 de 1999 y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000, demandadas, en el entendido que debe interpretarse la excepción como si se tratara de parientes consanguíneos, atendiendo a los efectos que se derivan de la adopción.

2.7.2 El nombre. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. Así lo contempla el numeral 3 del artículo 64 de la Ley de Infancia y Adolescencia. Según el artículo 3 del Decreto 1260 de 1970 o Estatuto del Estado Civil de las Personas, el concepto “nombre” comprende el nombre propiamente dicho, los apellidos y en su caso el seudónimo, y que son los apellidos la forma de evidenciar el vínculo familiar derivador directamente de la filiación, como en el caso de la adopción, la filiación adoptiva.

En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres años, o consienta en ello, o el juez encontrare justificadas las razones de su cambio.

El nombre constituye uno de los elementos de la identidad, según lo preceptuado en el artículo 25 de la Ley de Infancia y Adolescencia:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el Registro del Estado Civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia⁵⁸.

2.7.3 Extinción de los lazos de sangre. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva de impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil.

El impedimento se refiere a que el adoptante y el adoptado o adoptada puedan casarse. Se trata de una causal de nulidad consagrada ven el artículo 140 numeral 11 del Código Civil. También se da el impedimento para contraer matrimonio entre el adoptivo y su familia de sangre, tal como lo señala el numeral 4º del artículo 64 del Código de

⁵⁸ Ley de Infancia y Adolescencia. Artículo 25.

la Infancia con su remisión al ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil.

El efecto de la extinción del parentesco de consanguinidad en el caso de niños, niñas o adolescentes colombianos adoptados por extranjeros que luego de finalizado el trámite legal salen del país junto con sus padres adoptivos, haría pensar que tras este hecho, además de extinguirse todo parentesco de consanguinidad, también se pierde todo vínculo con Colombia, pero no ocurre así, pues hay un aspecto que permanece y es la nacionalidad colombiana, la cual no se extingue por el hecho de la adopción de nacionales por extranjeros.

Al respecto, el Consejo de Estado, en Sala de Consulta y Servicio Civil emitió concepto al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre los efectos de la ruptura del vínculo y la nacionalidad. La consulta plantea el caso de un colombiano que a los siete años de edad fue adoptado por un matrimonio extranjero y ahora, después de pasados quince años de la adopción, demandó ante el juez del país extranjero la cesación de todo vínculo familiar con sus padres adoptantes. Como en caso de un fallo favorable a dicha demanda se producirá también, por virtud de lo dispuesto en la ley de dicho país, la pérdida de la nacionalidad adquirida por razón del vínculo de adopción, al Ministerio de Justicia de aquel país le asiste la preocupación de que el adoptado, hoy ciudadano mayor de edad, quede como apátrida, esto es, sin nacionalidad.

Dice así el Consejo de Estado:

Entendido que por razón de la adopción, adoptante y adoptivo adquieren los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo, y se establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de éste. Adoptado un menor de edad, queda sometido a la patria potestad de quien o quienes lo adoptaron y como consecuencia de los derechos que la misma patria potestad entraña, podrá tener, además de su nacionalidad de origen, la que por ser su o sus adoptantes extranjeros, le reconozcan los tratados

internacionales o las leyes del respectivo país de los adoptantes⁵⁹.

El alto tribunal afirma que la nacionalidad ha sido considerada por la doctrina como “un vínculo de doble carácter político y jurídico; el primero es la sujeción del individuo a un Estado, y el segundo el estatus que otorga tal vínculo, esto es, que lo erige en sujeto de derechos y obligaciones”. Sostiene que en el caso de la adopción de niños colombianos por extranjeros, la extinción del parentesco de consanguinidad no implica que el adoptado pierda la nacionalidad colombiana:

La sentencia que decreta la ruptura del vínculo paterno – filial, haciendo caso omiso de la irrevocabilidad que la ley colombiana establece para el vínculo surgido de la adopción, sólo producirá efectos en Colombia si respecto de ella existe reciprocidad diplomática o legislativa y se surte el trámite del exequátur. La pérdida de los vínculos de parentesco con su familia de origen, no implica para el adoptado la pérdida de nacionalidad colombiana.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 96 de la Constitución Política, “Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad”. Y, como norma aplicable a partir de la Constitución Política de 1991, “La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad”. El colombiano que hubiere sido adoptado por extranjeros conforme a la ley colombiana, y se encuentre domiciliado en el exterior, probará su nacionalidad colombiana con el acta de Registro Civil de Nacimiento asentada con base en la copia de la sentencia que decretó la adopción⁶⁰.

2.7.4 Conservación excepcional de los vínculos consanguíneos. 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 consanguínea. Al respecto, en sentencia de la Corte Constitucional de

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 11 de marzo de 1998. Radicación 1070. C.P.: César Hoyos Salazar.

⁶⁰ *Ibíd.*

octubre de 2006⁶¹, se expresa de la siguiente manera dicha corporación:

A tono con el cambio de filosofía y de régimen legal, ha variado el vínculo del adoptado con la familia del adoptante. Según la concepción que originalmente recogía el Código Civil en su artículo 50, la adopción generaba un parentesco civil entre el adoptante, el adoptivo y el cónyuge del adoptante y no pasaba “de las respectivas personas”. Más tarde, la Ley 5ª de 1975 distinguió entre la adopción simple y la adopción plena, y, dado que en virtud de la primera el adoptivo continuaba “formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones”, el parentesco se establecía “entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de éste”, mientras que, tratándose de la adopción plena, el adoptivo cesaba “de pertenecer a su familia de sangre” y, por lo tanto, establecía parentesco con el adoptante y con los parientes de sangre de éste.

El Código del Menor eliminó la adopción simple en su artículo 103 y señala en el artículo 98 que “el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil.

2.8 PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN.

En Colombia, la adopción de un niño, una niña o un adolescente conlleva dos etapas: una de carácter administrativo, que es adelantada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, a través del Defensor de Familia, quien tiene la competencia exclusiva para otorgar la autorización de la adopción en los casos que permita la ley, según lo estipulado en el artículo 82, numeral 15 y el artículo 98 inciso segundo de la Ley 1098 de 2006 al exceptuar esta competencia de aquellas otorgadas con carácter subsidiario a los comisarios de familia o inspectores de policía en los municipios donde no haya defensor de familia. Dice el referido inciso: “La declaratoria de

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-831 del 11 de octubre de 2006. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia”.

Una segunda etapa es de carácter judicial, adelantada ante el Juez de Familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentre el niño, la niña o el adolescente.

2.8.1 Procedimiento administrativo. CONCEPTO. Entendida esta etapa como el conjunto de actuaciones adelantadas ante la autoridad administrativa, que en materia de adopciones en Colombia es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Según lo preceptuado en la Sentencia T-552 de 1992, la Corte Constitucional indicó que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo para diferenciarlo del proceso judicial -en tanto este último tenía por finalidad la cosa juzgada-, comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”⁶².

2.8.1.1 Autoridad central. En Colombia, la autoridad central en materia de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Solamente pueden desarrollar programas de adopción este organismo y las entidades que se encuentran debidamente autorizadas por el ICBF.

El Instituto fue creado mediante la Ley 75 de 1968, “Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, y posteriormente reorganizado por la Ley 7 de 1979, “Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.

El ICBF es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de Salud. Su domicilio legal es la ciudad de Bogotá y tiene

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-552 de 1992.

facultad para organizar dependencias en todo el territorio nacional. Para la ejecución de sus programas y la evaluación de sus actividades, está formado por tres niveles: Nacional, Regional y Zonal (Art. 19 Ley 7 de 1979).

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través del Comité de adopciones que funciona en cada una de sus Regionales y Agencias, y las instituciones autorizadas por el ICBF para desarrollar programas de adopción, son la instancia responsable de la selección de las familias colombianas y extranjeras adoptantes, y de la asignación de los niños, niñas y adolescentes adoptables. Sobre este aspecto, la misma Ley de Infancia y Adolescencia señala la preferencia de familias colombianas adoptantes.

2.8.1.2 Entidades autorizadas. En la actualidad, están autorizadas⁶³ por el ICBF para desarrollar programas de adopción en Colombia las siguientes instituciones:

- Fundación Los Pisingos, Bogotá D.C.
- Fundación Para la Asistencia de la Niñez Abandonada, FANA, Bogotá D.C.
- Asociación Amigos del Niño, AYÚDAME, Bogotá D.C.
- Casa de la Madre y el Niño, Bogotá D.C.
- Fundación Centro de Rehabilitación para la Adopción de la Niñez Abandonada, CRAN, Bogotá D.C.
- Centro de Adopciones Corporación Casa de María y el Niño, Medellín.
- Fundación Casita de Nicolás, Medellín.
- Centro de Rehabilitación Chiquitines, Cali.

La Corte Constitucional ha precisado que en el proceso de adopción se encuentran involucrados, no sólo los derechos de los menores, sino también los derechos de los demás miembros de la familia, los cuales, empero, deben considerarse a partir de la prevalencia reconocida en la Constitución para los derechos del menor:

⁶³ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Cartilla Procedimiento para las familias colombianas y extranjeras residentes en el exterior que desean adoptar en Colombia. 2010.

En un proceso de adopción se encuentran involucrados no sólo el derecho fundamental del menor a tener una familia, sino un conjunto mucho más amplio de derechos fundamentales constitucionales, cuyo titular no es únicamente el niño sujeto de la eventual adopción. En efecto, el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella tiende a garantizar todo el plexo constitucional de los derechos del niño, así como derechos fundamentales de otros miembros de la familia. En consecuencia, todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso de adopción deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas, y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación de los menores y su desarrollo libre y armónico.

La adopción exige dos clases de trámites: el primero, de carácter administrativo, que consiste en adelantar todas las gestiones necesarias ante el ICBF para presentar la solicitud de adopción, acreditar la idoneidad de los adoptantes y calificar para que le sea asignado un menor por parte de dicho instituto, con miras a la adopción; el segundo, de tipo judicial, consistente en presentar, mediante poder otorgado a un abogado, una demanda ante el Juez de Familia, con el fin de que, surtidas unas diligencias y una vez se anexen todos los documentos exigidos por la ley (consentimiento para la adopción, registros civiles de nacimiento de los adoptantes y el del menor, registro civil de matrimonio o prueba idónea de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes, antecedentes sobre la idoneidad de éstos, certificado sobre antecedentes penales o policiales, entre otros), se dicte la sentencia que decrete la adopción, la cual debe ser notificada personalmente al menos a uno de los adoptantes. La sentencia que decrete la adopción producirá todos los derechos y obligaciones propios de la relación paterno – filial y deberá contener los datos necesarios para que su inscripción en el registro civil constituya el acta de nacimiento y reemplace la de origen, la cual se

anulará. En la sentencia se omitirá el nombre de los padres de sangre, si fueren conocidos⁶⁴

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar maneja unos lineamientos técnicos para adopciones en Colombia, que se constituyen en la herramienta clave al momento de seleccionar una familia para la asignación del niño, niña o adolescente, y a través de la cual tiene la posibilidad de garantizar un hogar estable y seguro que permita el desarrollo armónico del niño.

Debido a que Colombia es suscriptor del Convenio de La Haya sobre Adopciones Internacionales, el procedimiento para la solicitud de adopción estará determinado por el lugar de residencia de los solicitantes de la adopción. Por ello, para iniciar el trámite de adopción será necesario determinar lo siguiente: a) si los solicitantes residen en Colombia, siendo colombianos o extranjeros; b) si los solicitantes residen en el exterior, siendo colombianos o extranjeros.

2.8.2 Trámite administrativo. En Colombia la adopción puede llevarse a cabo a través del ICBF o de las Instituciones Autorizadas Para la Adopción, IAPAS. El proceso administrativo comienza con la radicación de la documentación ante el ICBF o ante la IAPA, documentación que se relaciona a continuación:

Formulario de solicitud.

Registros civiles de nacimiento de los adoptantes, con notas marginales.

Fotocopia de la cédula de ciudadanía o de extranjería.

Certificado médico.

Certificados económicos o declaración de renta.

Carta de compromiso de la familia, permitiendo el seguimiento post adopción que adelanta la autoridad competente (el ICBF).

Certificado de antecedentes penales.

Si los adoptantes son casados o compañeros permanentes, además de los anteriores documentos deben adjuntar:

Registro civil de matrimonio.

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-746 de julio de 2005. Expediente T-978553 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Prueba de convivencia extramatrimonial por más de dos años, mediante:

- a. Inscripción del compañero o compañera en una Caja de Compensación o EPS.
- b. Declaración de convivencia hecha ante Notario.
- c. Registro civil de nacimiento de los hijos habidos por la pareja.

Radicada la documentación, si reúne los requisitos, inicia la etapa de valoración de idoneidad física, social, mental y moral. En esta etapa también se dictan talleres a los adoptantes sobre la adopción como proyecto de vida, aspectos económicos, emocionales y psicológicos, adaptabilidad del adoptable y consolidación del vínculo. Además, se trata con los adoptantes una serie de temas relacionados con el restablecimiento de los derechos del adoptable. Cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge, o de pariente o de hijo de crianza, no hay lugar a estos talleres.

Se sigue con los informes psicosociales y las entrevistas individuales y en pareja, las visitas domiciliarias para valorar la idoneidad social y familiar y las recomendaciones.

Pasa entonces el Comité de Adopciones a revisar la recomendación sobre la idoneidad y la avala o la rechaza mediante un Acto Administrativo que tiene recurso de reposición ante el Comité de Adopciones que tomó la decisión y de apelación ante la Dirección General del ICBF.

En caso de aprobar la idoneidad, el Comité de Adopciones determina que el adoptante ha sido seleccionado para asignarlo a un niño, niña o adolescente de una edad y características determinadas, y expide un Certificado sobre la Idoneidad Física, Mental, Moral y Social de los adoptantes. Pasan éstos, entonces, a lista de espera para la asignación.

Si los adoptantes no son residentes en Colombia, se debe indagar si su país de residencia está suscrito al Convenio de La Haya Sobre Adopción Internacional y, en uno u otro evento, el ICBF tiene determinado un procedimiento especial. En estos casos, los servicios sociales del país respectivo son los encargados de evaluar y certificar

la idoneidad de los adoptantes, al igual que serán quienes adelanten el seguimiento post adopción.

Durante la etapa administrativa se adelantan reuniones y trabajos de integración del niño o niña con los adoptantes.

Una vez efectuada la asignación de un niño, niña o adolescente, se adelanta la formalización de la relación filial mediante Acta de Asignación para la Adopción, se hace la constancia de integración del niño con el adoptante y se entrega la documentación pertinente para proceder a la etapa judicial.

2.8.3 Suspensión del trámite. Las solicitudes de adopción se podrán suspender en cualquier etapa, por una sola vez por las siguientes razones:

- a) Situaciones de salud, ya sea de los solicitantes o de algún miembro de su red familiar que afecte directamente la estabilidad familiar de los solicitantes.
- b) Modificación drástica de las condiciones económicas.
- c) Viajes por razones de trabajo, dependiendo del tiempo de duración de estos y si los mismos afectan el proceso en cualquiera de sus etapas.
- d) Todo cambio que pueda afectar significativamente las condiciones para el acogimiento del niño, niña o adolescente.
- e) Por haber adoptado en otro país, durante el tiempo de espera en Colombia.

Trámite de la suspensión. La solicitud de suspensión será comunicada al ICBF o a la IAPA en un término máximo de un mes a partir de la ocurrencia de la causal. En el caso de solicitudes de adoptantes residentes en Colombia, compete al Secretario del Comité de Adopción, según el caso, conocer las solicitudes de suspensión y presentarlas en Comité de Adopción. Es esta instancia la que otorga o deniega la renovación de las mismas.

En el caso de solicitudes de adoptantes residentes en el extranjero, compete a la Subdirección de Adopciones del ICBF conocer y decidir sobre otorgar o denegar la idoneidad. Y al Secretario del Comité de Adopciones de la IAPA conocer de las solicitudes de suspensión e

informarlas al Comité de Adopciones para la decisión de esta instancia.

Una vez se surta el trámite, se procederá a ingresar la novedad al SIM.

Desistimiento de los trámites de adopción.

Compete a la Regional o Centro Zonal del ICBF, a la IAPA o a la Subdirección de Adopciones, conocer las solicitudes de desistimiento. Éste se da en los siguientes casos:

Por decisión voluntaria de los adoptantes.

Si transcurridos tres meses de haber solicitado documentos que ayuden a la refrendación de la idoneidad, los adoptantes no han enviado los documentos o no han solicitado prórroga para enviarlos.

Si transcurrido más de un mes de haber asignado a un niño, niña o adolescente, los adoptantes no dan respuesta sobre la asignación.

Por embarazo de la madre adoptante. En este caso podrán presentar su solicitud de adopción después de un año del nacimiento del bebé.

Por haber adoptado en otro país durante el tiempo de Lista de Espera en Colombia.

2.8.4 Costos del proceso. El proceso de adopción en Colombia es gratuito. En cuanto a la gratuidad del proceso en su etapa administrativa, debe tenerse en cuenta los siguientes parámetros:

La Ley colombiana ratificó la prohibición de pedir recursos por la adopción de un niño, niña o adolescente.

Está absolutamente prohibido que funcionarios del ICBF, de las IAPAS y de los organismos acreditados reciban, de manera directa o indirecta, retribución alguna por parte de personas naturales o jurídicas, en contraprestación a la entrega de un niño, niña o adolescente en adopción.

Tampoco se permite que los padres que otorguen su consentimiento para dar en adopción a su hijo reciban retribución alguna.

Los adoptantes deben cubrir los costos relacionados con gastos médicos, atención psicológica, gastos administrativos y judiciales relacionados con el proceso de adopción. Conforme lo dispone el artículo 73 de la Ley 1098 de 2006, los organismos autorizados publicarán los costos, gastos y honorarios asociados a la adopción.

La Ley establece que si un funcionario del ICBF o de la IAPA cobra sumas adicionales a las publicadas, será responsable penal y disciplinariamente. En el caso de que esto ocurra en una IAPA, el ICBF cancelará su licencia.

El Procedimiento judicial está contenido en los artículos 124 a 129 de la Ley 1098 de 2006.

2.8.5 Juez competente. Por regla general, es competente para conocer del proceso judicial de adopción, en primera instancia, el juez de familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo esté el cuidado del niño, niña o adolescente, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 124 de la Ley 1098 de 2006. En caso de presentarse un traslado ordenado por el ICBF, será competente el juez del domicilio del nuevo cuidador, es decir, de quien ha aceptado la asignación.

Los Jueces Promiscuos de Familia conocen del proceso de adopción, conforme lo dispone el parágrafo segundo del artículo 5 del Decreto 2272 de 1989. Así, el artículo 120 de la Ley de Infancia señala que el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal conocerá de los asuntos que la Ley 1098 de 2006 atribuye al Juez de Familia en única instancia en los lugares donde no exista éste.

2.8.6 Legitimación. La demanda de adopción únicamente la pueden formular los interesados en ser declarados adoptantes a través de apoderado judicial.

2.8.7 Anexos de la demanda. Al presentar la demanda, debe estar acompañada de los siguientes documentos:

El consentimiento para la adopción, si fuere el caso.

La copia de la declaratoria de adoptabilidad, o de la autorización para la adopción, según fuere el caso.

El registro civil de nacimiento de los adoptantes y el del niño, niña o adolescente.

El registro civil de matrimonio o la prueba de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes.

La certificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de una autoridad autorizada para el efecto, sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes, expedida con antelación no superior a seis meses, y la constancia de la entidad respectiva sobre la integración personal del niño, niña o adolescente con el adoptante o adoptantes.

El certificado vigente de antecedentes penales o policivos de los adoptantes.

La certificación actualizada sobre la vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución donde se encuentre albergado el niño, niña o adolescente, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La aprobación de las cuentas del curador, si procede.

Para efectos de la adopción, el parágrafo del artículo 124 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que puede probarse la convivencia extramatrimonial por alguno de los siguientes medios:

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

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

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.

2.8.8 Requisitos para adoptantes extranjeros. Las familias colombianas tendrán prelación frente a las extranjeras. Dentro de las extranjeras se preferirá a las provenientes de países que hayan firmado el Convenio de La Haya sobre Adopción.

Para las adopciones por adoptantes extranjeros, además de la ley colombiana, se rigen por los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia sobre la materia, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política.

Cuando los adoptantes sean extranjeros que residan fuera del país, deberán aportar, además de los documentos ya relacionados, los siguientes:

- Certificación expedida por la entidad gubernamental o privada oficialmente autorizada, donde conste el compromiso de efectuar el seguimiento del niño, niña o adolescente adoptable, hasta su nacionalización en el país de residencia de los adoptantes.
- Autorización del Gobierno del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del niño, niña o adolescente adoptable.
- Concepto favorable a la adopción, emitido por el Defensor de Familia con base en la entrevista que efectúe con los adoptantes y el examen de la documentación en que la entidad autorizada para efectuar programas de adopción recomienda a los adoptantes.

Los documentos necesarios para la adopción serán autenticados conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil y no requieren de ratificación ulterior. Si no estuvieren en español, deberán acompañarse de su traducción, efectuada por un traductor oficialmente autorizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

2.8.9 Reglas especiales y términos legales. El artículo 126 de la Ley 1098 de 2006 establece unos pasos y términos especiales para este proceso:

- Admisión de la demanda, traslado y sentencia. Admitida la demanda se correrá el traslado al Defensor de Familia por el término de tres días hábiles. Si el Defensor de Familia se allanare a ella, el Juez dictará sentencia dentro de los diez días hábiles siguientes a su admisión. El Juez podrá señalar un término de máximo diez días para decretar y practicar las pruebas que considere necesarias. Vencido este término, tomará la decisión correspondiente.

- Suspensión del proceso. Se podrá solicitar la suspensión del proceso hasta por un término de tres meses improrrogables, siempre que exista causa justificada. Pueden solicitar la suspensión o reanudación del proceso los adoptantes o el Defensor de Familia.
- Terminación anticipada del proceso. Cuando falleciere el solicitante de la adopción antes de proferirse la sentencia, el proceso terminará. Si la solicitud de adopción fuere conjunta y uno de los adoptantes falleciere antes de producirse la sentencia, el proceso continuará con el sobreviviente si manifiesta su intención de persistir en ella, caso en el cual la sentencia que se profiera sólo surtirá efectos respecto de éste; en caso contrario el proceso terminará.
- Notificación de la sentencia. Por lo menos uno de los adoptantes deberá concurrir personalmente al juzgado a recibir notificación de la sentencia.
- Contenido y efectos de la sentencia. La sentencia que decrete la adopción incluirá los datos necesarios para que su inscripción en el registro civil constituya el acta de nacimiento y reemplace 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 paterna o materno – filial, desde la fecha de presentación de la demanda. En todo caso, en la sentencia no se mencionará el nombre de los padres biológicos.
- Recursos. La sentencia que decrete la adopción podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, de conformidad con el trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil, en donde intervendrá el Defensor de Familia.

2.8.10 Irrevocabilidad de la adopción. A partir de la ejecutoria de la sentencia judicial, la adopción adquiere su carácter de irrevocable y en consecuencia sus efectos se tornan definitivos. El artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia fija la característica de irrevocabilidad que envuelve a la medida de protección de la adopción.

Esto implica que el estado civil se defina de manera permanente y sólida, y que no esté sometida a continuos y peligrosos cambios. Como una de las consecuencias de la adopción es crear una nueva relación de padre e hijo entre el adoptante y el adoptivo que no lo son por naturaleza, por lo cual éste entra a la familia de aquél y queda definitivamente separado de la de origen, salvo alguna excepción; extendiéndose esta relación paterno filial a la patria potestad. Por estas razones, la situación jurídica que surge de la adopción debe tornarse definitiva, estable, lo que se logra en virtud de la condición de irrevocabilidad de la institución.

Esta irrevocabilidad se predica también del consentimiento para dar un hijo en adopción, y consiste en la imposibilidad que tienen los padres biológicos para dejar sin efectos su manifestación de voluntad de dar en adopción a su hijo o hija. Al respecto ha dicho la jurisprudencia que:

La principal razón para que exista la irrevocabilidad es la protección del menor. Los sistemas jurídicos impiden que la madre, o quien ejerza la patria potestad, revoque el consentimiento de dar en adopción más allá de un período específico de tiempo, por la misma razón que establecen que la decisión de los padres adoptantes de querer adoptar, tampoco es revocable: salvaguardar la estabilidad de las condiciones de vida del menor, en el seno de una familia que propicie un ambiente adecuado para su desarrollo integral. La existencia misma de las condiciones de irrevocabilidad es, a su vez, un elemento normativo importante que ayuda a que las partes involucradas adviertan la importancia de la decisión a tomar. Es, pues, un segundo propósito de la medida, propiciar unas reglas de juego claras que aseguren que las decisiones que se tomen sean seguras, serias y estables⁶⁵.

2.8.11 Reserva. Finalizado el trámite judicial, el Defensor de Familia recibe la sentencia judicial de adopción ejecutoriada y el nuevo registro civil, procede a proferir auto ordenando la reserva del proceso, remite la historia de atención y la documentación de la familia, organizada y foliada, al Comité de la Regional y solicita a la institución

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-510 de 2003. Expediente T-722933. Acción de tutela instaurada contra el ICBF Regional Nariño. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

que le envíe originales de los seguimientos post adopción al Secretario del Comité de Adopciones de la Regional. Allegado el último informe de seguimiento post adopción, ordena el cierre y archivo del proceso.

Cabe precisar que de acuerdo con el artículo 114 del anterior Código del Menor, todos los documentos y actuaciones administrativas o jurisdiccionales propios del proceso de adopción tenían una reserva con término de treinta años. De ellos, sólo se podía expedir copia por solicitud que los adoptantes hicieren directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia, del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad o de la Procuraduría General de la Nación para efectos de las investigaciones a que hubiere lugar.

La Ley 1098 de 2006 modificó el tiempo de reserva, reduciéndolo a veinte años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. Además de las autoridades que señalaba el artículo 114 del derogado Código del Menor, en cuanto a los documentos sujetos a reserva, la Ley de Infancia y Adolescencia señala que se podrá expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieren directamente, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de la Sala Disciplinaria, sólo para efectos de investigaciones penales o disciplinarias.

Sin embargo, el adoptado puede 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.

2.8.12 Salidas del país. Respecto de niños, niñas o adolescentes que sean adoptados por padres que residan fuera del país, el artículo 128 de la Ley 1098 de 2006 prescribe que el adoptado sólo podrá salir del país cuando la sentencia que decreta la adopción esté ejecutoriada. En estos casos, las autoridades migratorias colombianas exigirán copia de dicha providencia con la constancia de ejecutoria.

La adopción da lugar a que el padre y la madre adoptantes de un niño, niña o adolescente tengan derecho al disfrute y pago de la licencia de maternidad establecida en el numeral 4º del artículo 34 de la Ley 50 de 1990, la cual incluirá también la licencia de paternidad consagrada en

la Ley 755 de 2002, incluyendo el pago de la licencia a los padres adoptantes.

Los niños, niñas o adolescentes adoptados, tendrán derecho a ser afiliados a las correspondientes EPS o ARS desde el momento mismo de su entrega a los padres adoptantes por medio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

2.8.13 Acciones de reclamación. En Colombia, al igual que en la mayoría de las legislaciones, se da a las personas la posibilidad de demandar, para obtener el reconocimiento de una determinada filiación o estado civil.

Las acciones de reclamación son acciones positivas, con las cuales se pretende la declaración de que una persona es hijo o hija de un padre o una madre determinados, y, por tanto, posee un estado civil distinto al que ostenta en el momento de la demanda.

Las acciones de reclamación tienen, en principio, plazos más amplios que las de impugnación y se dirigen a demostrar que una determinada persona tiene un vínculo de consanguinidad con otra persona, que es su presunto padre o presunta madre.

El artículo 65 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece:

Nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo.

Sin embargo, el adoptivo podrá promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil que le corresponda respecto de sus padres biológicos, únicamente para demostrar que quienes pasaban por tales, al momento de la adopción, no lo eran en realidad.

La prosperidad de las pretensiones del adoptivo en este caso, no extinguirá los efectos de la adopción, salvo declaración judicial que la ordene y previo el consentimiento del adoptivo. El adoptante deberá ser oído en el proceso⁶⁶.

⁶⁶ CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Artículo 65.

Esta acción debe verse como garantía del derecho a la identidad, el cual se podría entender como el derecho de toda persona a tener acceso a la información que tiene que ver con su origen y su propia historia, y supone, por tanto, que toda la información que existe con respecto a esas cuestiones se conserve y que se comunique la posibilidad de acceder a ella cuando surja el interés. A este respecto, en otras legislaciones, por ejemplo la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992 reconoce la existencia del derecho a la protección de la identidad, partiendo de una concepción esencialmente biológica del mismo y estableciendo que “todo niño tiene derecho a la protección de su identidad, y dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos, así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros.

Los instrumentos internacionales también contienen reglas encaminadas a garantizar el derecho a la identidad. Por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y Bienestar de los Niños, en su artículo 9 señala que: “Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño.

En Colombia, el fin de la acción que puede promover el adoptivo para demostrar que quienes pasan por ser sus padres no lo son en realidad, obedece al efecto que genera la adopción contemplado en el artículo 64 numeral 4º de la Ley de Infancia y Adolescencia: “Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo la reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil” y se predica del derecho que tiene el adoptivo a conocer su verdadero origen, como lo estipula el artículo 76 de la misma normativa: “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”.

Expresamente, el artículo 25 de la Ley de Infancia y Adolescencia contempla el derecho que tienen el niño, la niña y el adolescente a la identidad.

Las acciones de reclamación deben tramitarse a través del procedimiento ordinario de mayor cuantía señalado en el Código de Procedimiento Civil, dado que la ley no tiene señalado ningún trámite especial.

3. COMPARACIÓN DERECHO ESPAÑOL Y COLOMBIANO

Para adelantar la discusión que constituye el tema central de esta monografía, será inevitable repetir aquí algunos conceptos y argumentos que ya fueron expuestos en los apartados precedentes, tratando al mismo tiempo de establecer las semejanzas y las diferencias que existen entre los dos ordenamientos que nos proponemos comparar. Sin embargo, se tratará de desarrollar esta labor recurriendo lo menos posible a las formas de expresión que ya fueron utilizadas en otros capítulos de la presente investigación.

Quizá una buena manera de comenzar sea estableciendo dos ideas que seguramente se harán evidentes a medida que avancemos en la comparación de las dos normatividades que constituyen el objeto de nuestro análisis.

3.1 CONCEPTOS GENERALES

En primer lugar, entre las normas que regulan la adopción en España y aquellas que hacen lo propio en Colombia, existen muchas que, si no fuera por algunas variaciones menores en la redacción de sus textos, podría pensarse que son debidas al trabajo del mismo órgano legislador. Hasta ese punto se asemejan en su filosofía y en las nociones jurídicas en que se inspiran.

En segundo lugar, es también evidente que, al igual que ocurre en casi todos los Estados modernos, la filosofía en que se fundamenta la

institución de la adopción de menores, tanto en la normatividad española como en la colombiana, busca servir al precepto, contenido en tratados internacionales suscritos por los dos Estados, de privilegiar siempre el interés superior del menor por encima de cualquier otra consideración. Como un desarrollo lógico de este principio, en Colombia y en España las normas que rigen la adopción de menores han sido dictadas para proveer de padres al menor que no los tiene, imitando para esto las condiciones que la naturaleza da a los hijos de padres biológicos, de acuerdo con el principio *adoptio imitatur naturam*.

3.1.1 Evolución de la norma. Pasando ahora a revisar la evolución que a lo largo del tiempo han sufrido los ordenamientos español y colombiano en materia de adopción, con el propósito de efectuar un somero análisis a este respecto, es fácil darse cuenta de que tanto en un Estado como en el otro las diferentes leyes y decretos relacionados con la adopción han reflejado siempre la cambiante concepción jurídica y sociológica que sobre el menor y la adopción se ha tenido en cada época.

Para comenzar, en España la adopción derivada de la Ley de 11 de noviembre de 1987 ha sido objeto de tres reformas parciales que han terminado por conformar el régimen jurídico vigente que se contiene en el Código civil.

Por su parte, en Colombia la adopción se define como el establecimiento legal de la relación de parentesco paterno o materno entre personas que biológicamente no la tienen, asimilándose en todos sus efectos a la relación filial consanguínea. En Colombia, la adopción resulta de la suma de dos procedimientos, uno de carácter administrativo ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otro ante la autoridad judicial competente. Se caracteriza la adopción por ser irrevocable, por llevar el adoptado los apellidos de los adoptantes, por dejar de pertenecer el adoptado a su familia biológica y por extinguir para éste todo parentesco de consanguinidad con la misma.

El Código civil colombiano, en el Artículo 269 que trataba sobre la adopción, definió ésta como el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar del hijo, del que no lo es por naturaleza.

El artículo citado también definió que el que adopta se llama padre o madre adoptante, o simplemente adoptante; y aquel en cuyo favor se hace la adopción, es llamado hijo adoptivo o simplemente adoptivo o adoptado.

Al igual que en el anterior Código del Menor o Decreto 2737 de 1989, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 61 define esta institución jurídica como una medida de protección por excelencia, 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 España y Colombia el régimen de la adopción ha tenido un desarrollo evolutivo bastante similar. Tal como se acaba de ver, el ordenamiento jurídico español en esta materia evolucionó desde un régimen inicial que buscaba la satisfacción de los deseos de paternidad de quienes no tenían hijos por naturaleza, hacia un régimen que considera al adoptado como el referente primordial, buscando con esto satisfacer la primacía del interés superior del menor, y que conlleva la atribución de la patria potestad a los adoptantes más idóneos. Para cumplir con este doble propósito, se llevó a cabo en España una serie de sucesivas reformas que paulatinamente fueron modelando el régimen jurídico hasta dotar a la adopción de un doble fin: en primer lugar, fortalecer los efectos de la constitución del vínculo adoptivo, asimilándolos de modo progresivo a los derivados de la filiación por naturaleza; por otro lado, dotar a la adopción de un régimen jurídico que responde cada vez con mayor intensidad al interés del menor, antes que al de los adoptantes.

Pero también en Colombia, la adopción debe ser vista como una solución a la situación de desamparo en que se hallan algunos niños, niñas y adolescentes. En este sentido, la colombiana Ley 1098 de 2006, en su artículo 61, establece 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.

Tal como lo indica el contexto del Código de la Infancia y la Adolescencia, en Colombia la adopción no tiene otra finalidad jurídica que la de ser una medida de protección. Las normas que en conjunto

componen este Código, están expedidas con la única finalidad de proteger a los niños mediante preceptos de orden público de regulación especial. Hasta tal punto es esto así, que todo su contenido fue extraído del Código civil para concentrarse en una norma específica de legislación para la niñez. En otras legislaciones de América Latina, por ejemplo en Chile y Argentina, la normatividad sobre infancia se encuentra incluida todavía en los respectivos códigos civiles de estos países.

Por su parte la jurisprudencia colombiana, al definir la finalidad de la figura de la adopción, plantea que tras el pasar del tiempo y de los avances legislativos, se ha presentado un cambio en la filosofía inspiradora de la adopción, pues tal como ocurre con la institución de la familia, al unísono la adopción ha experimentado importantes transformaciones. Dice la Corte Constitucional: “Así, inicialmente, dentro de una concepción que favorecía el interés del adoptante, la adopción tuvo como propósito dotar de un hijo a quien no lo había querido o no lo había podido engendrar y también brindar consuelo a los ancianos. Con posterioridad, la intención que guió el mantenimiento de la figura fue la de ofrecer protección al adoptado y, entonces, la adopción persigue proporcionarle una familia al menor que carece de ella⁶⁷”.

En Colombia, la finalidad de la adopción siempre se ha visto en torno a crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos unidos por los lazos de la consanguinidad, junto con todos los efectos jurídicos que se derivan. Además de este fin, debe observarse que por la adopción lo que busca la ley es integrar al niño, niña o adolescente a una familia que lo acoja como si fuera de su sangre. Luego, se puede considerar como finalidad primordial la garantía del derecho fundamental del niño a tener una familia que le garantice el goce y el ejercicio efectivo de todos sus derechos reconocidos por la Constitución, la Ley y los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-831 del 11 de octubre de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1040, 1046 y 1240 (parciales) del Código civil. Referencia Expediente D-6218.

Si el niño carece de una familia que lo asista y lo proteja, porque ha sido abandonado por sus padres por cualquier causa, o carece de ellos y los demás parientes no cumplen con el deber de brindarle asistencia y protección, es el Estado quien debe ejercer la defensa de sus derechos al igual que su cuidado y protección. De ahí que la adopción constituya una de las medidas establecidas por el legislador colombiano, al igual que el español, para asegurar la protección de los niños que se encuentren en tal situación⁶⁸. Dentro del contexto de los fines que persigue la adopción, se ha considerado ésta como un mecanismo de protección socio legal para el niño abandonado, la cual se constituye en un acto de intervención estatal con miras a proteger el interés superior del menor⁶⁹.

Al ser concebida la figura como una institución de beneficio para el menor adoptable y surtir el efecto jurídico contemplado en el texto legal, que es la creación de la relación paterno – filial, concomitantemente conlleva el ejercicio de varios derechos, tales como el de conformar una familia, el del libre desarrollo de la personalidad, los derechos sucesorales, entre otros, y como objetivo prioritario la protección integral del menor, tal como lo señala el artículo 44 constitucional con especial énfasis en la aplicación del principio del interés superior y la prevalencia.

La finalidad de la adopción, ha dicho la jurisprudencia, consiste entonces en “crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta, ya que en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Finalidad de la adopción. Sentencia C-477 de 1999. Expediente D-2280. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-412 de 1995. Expediente T-69568 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

El actual Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano señala, en el artículo 61, 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”. Pero además del efecto creador de una forma de filiación, la adopción también está encaminada a la protección integral de los derechos de los niños y las niñas, bajo los imperativos de la prevalencia y del interés superior.

En ambos ordenamientos se erige el principio de primacía del interés del menor como pauta básica de la ordenación legal de la adopción. Entre otras cosas, el interés del menor pasa a ser criterio primordial y condicionante de la resolución judicial constitutiva del vínculo adoptivo.

De tal manera que tanto en España como en Colombia existen normas muy claras tendientes a hacer prevalecer el interés superior del menor, y mediante la asimilación de los efectos de la adopción a los derivados de la filiación por naturaleza, tanto en el ordenamiento español como en el colombiano se asienta de modo pleno el principio *adoptio imitatur naturam*. En consecuencia, la adopción no va a generar una simple relación de filiación entre el adoptante y el adoptado –*status filii*- sino que también da lugar a una relación plena de parentesco entre el adoptado y los parientes de quien lo adoptó –*status familiae*-.

3.1.2 Tipos de adopción. Dejando atrás el muy relevante tema del interés superior, detengámonos ahora a analizar los diferentes tipos de adopción que existen en Colombia y en España. En este aspecto, observamos que en ambos Estados son posibles la adopción unipersonal y la dual –aunque en Colombia no posean nombres específicos- y que hasta hace relativamente poco tiempo existía en el Estado colombiano la adopción simple, la cual, junto con la llamada plena, constituían dos modalidades diferentes de adopción que, asimismo, revestían efectos diferentes.

3.1.2.1 En España. En España, una persona puede ser adoptada por otra –adopción unipersonal-. Pero lo común es que, reproduciendo la filiación por naturaleza, sean dos las personas adoptantes –adopción dual-. Esta última es referible a los cónyuges, de manera que, como regla general, una persona sólo puede ser adoptada por quienes

estuvieran casados entre sí. A este respecto, el artículo 175.4 Cc. establece lo siguiente: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice por ambos cónyuges”.

No obstante lo anterior, la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, asimila la pareja estable heterosexual al matrimonio, estableciendo lo siguiente: “Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”. Por otra parte, debe apreciarse que no existe una asimilación necesaria entre adopción dual y matrimonio –o pareja estable-. Lo anterior en el sentido de que, con fundamento en el artículo 177.2 Cc., es posible que, mediando matrimonio, sólo adopte uno de los cónyuges; eso sí, siempre que medie el asentimiento a la adopción por parte del cónyuge que no será adoptante en el vínculo adoptivo que se trata de constituir (artículo 177.2.1º Cc.). Por lo tanto, la existencia de matrimonio –o pareja estable- se hace precisa para la adopción dual, pero el matrimonio no excluye la adopción unipersonal por uno de los cónyuges.

La adopción dual puede ser llevada a cabo por los cónyuges de modo conjunto o sucesivamente, (artículo 175.4). Nada impide, en consecuencia, que la adopción unipersonal por uno de los cónyuges sea seguida de la adopción llevada a cabo por el otro (artículo 176.1.2ª). Y además, el matrimonio ulterior abre la vía a la adopción dual sucesiva. A este respecto, el artículo 175.4 Cc. establece: “El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte”.

Y aquí surge un aspecto que llama la atención y que constituye una importante diferencia entre las dos normativas: la posibilidad existente en España de llevar a cabo una adopción *post mortem*, fenómeno jurídico inexistente en la legislación colombiana.

Con ciertas limitaciones, en España el Código Civil permite la adopción unipersonal o dual *post mortem*. En concreto, el artículo 176.3 Cc. autoriza la constitución de la adopción “aunque el adoptante hubiere fallecido”. Ahora bien. Respecto de la admisibilidad de la adopción *post mortem* se habrá de tener presente lo que a

continuación se expone. En primer lugar, que conforme al artículo 177.1 Cc., el consentimiento a la adopción habrá de prestarse en presencia del juez y es por ello por lo que el artículo 176.3 Cc. sólo admite la adopción *post mortem* cuando el adoptante “hubiese prestado ya ante el juez su consentimiento”.

En segundo lugar, la adopción *post mortem* sólo se permite si el consentimiento prestado ante el juez se refiriese a alguno de los supuestos siguientes: a la adopción de un huérfano que fuera pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; a la adopción del hijo del cónyuge del adoptante; o a la adopción de quien llevara más de un año acogido legalmente en régimen de acogimiento preadoptivo o hubiere estado bajo la tutela del adoptante (artículo 176.3 en relación con el artículo 176.2 Cc.). Eso sí: la constitución de la adopción *post mortem* no tiene carácter automático, ya que, como cualquier otra adopción, queda sometida al arbitrio judicial (artículo 176.3).

Constituida la adopción, con el fin de que el adoptado pueda resultar favorecido en la sucesión del adoptante fallecido, dispone el artículo 176.3 *in fine* que, en este caso, los efectos de la resolución judicial que constituye la adopción “se retrotraerán a la fecha de prestación del consentimiento”.

Al margen de los casos expuestos de adopción dual, rige en España un principio de incompatibilidad de adopciones, en cuya virtud se impide que alguien pueda ser adoptado por más de una persona (artículo 175.4 Cc.). Esto es, a grandes pasos, lo que puede decirse con respecto a las clases de adopción existentes en España.

3.1.2.2 En Colombia. Tal como ha quedado establecido en otros lugares de este trabajo, en Colombia también existen la adopción unipersonal y la dual, pero no es posible la constitución de adopción *post mortem*. La primera norma que clasificó la adopción en Colombia fue la Ley 5ª de 1975, que modificó a la Ley 140 de 1960. Estableció dos clases de adopción:

En primer lugar, la adopción simple, en virtud de la cual el adoptivo continuaba formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones. La adopción simple contemplaba

entre sus efectos el parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de éste. En materia de sucesión, el adoptado heredaba en la misma cuota que el hijo biológico. La adopción simple podía convertirse en adopción plena, simplemente, pero también exclusivamente, a solicitud del adoptante.

En segundo lugar, la Ley 5ª de 1975 también definió en Colombia la llamada adopción plena, en virtud de la cual el adoptivo deja de pertenecer a su familia de sangre. La ruptura del vínculo de consanguinidad con la familia de origen implica que los padres biológicos y demás parientes de sangre no tienen ningún derecho respecto de la persona del adoptado y tampoco respecto de sus bienes.

Por su parte, el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 establece quiénes pueden adoptar en Colombia. En primer lugar las personas solteras, quienes, además del examen de idoneidad y los demás requisitos exigidos para los que adoptan conjuntamente, están sujetas a la verificación de la Red de Apoyo Familiar.

En segundo lugar, los cónyuges conjuntamente. La Ley 5ª de 1975 señalaba que podía adoptar un cónyuge con el simple consentimiento del otro, posibilidad que no contempla la Ley de Infancia y Adolescencia, pues al señalar que podrán adoptar conjuntamente los cónyuges, obliga a que para efectos de la adopción, el adoptante debe definir su estado civil de casado o soltero.

En tercer lugar pueden adoptar en Colombia, conjuntamente, los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos 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. Aquí, la Ley 1098 de 2006 introdujo una modificación al disminuir el término de convivencia, de tres a dos años y cambió igualmente los medios de prueba de la convivencia marital, de acuerdo con las modificaciones introducidas por la Ley 979 de 2005.

En cuarto lugar el guardador al pupilo o ex pupilo, una vez aprobadas las cuentas de su administración. La aprobación de cuentas se exige para proteger al pupilo de posibles abusos del guardador.

En quinto lugar, el cónyuge o compañero permanente al hijo del cónyuge o compañero que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años.

3.2 REQUISITOS Y PROHIBICIONES

Pasando ahora a analizar los requisitos y las prohibiciones para adoptar, podemos destacar los siguientes hechos de los dos ordenamientos que constituyen el objeto de nuestra comparación:

3.2.1 Edad. En cuanto a los requisitos de edad, en España el artículo 175.1 del Código Civil exige que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Mas, tratándose de adopción dual, basta con que uno solo de los cónyuges hubiera alcanzado la citada edad -25 años-. Asimismo, se impone un requisito de diferencia de edades entre el adoptante y el adoptando que el propio artículo 175.1 Cc. cifra en catorce años.

Los requisitos expuestos responden a diferentes razones. En concreto: la exigencia de una determinada edad para adoptar obedece a la finalidad de ofrecer al adoptando una situación consolidada; y por su parte, el requisito de la diferencia de edad entre adoptante y adoptando tiene su razón de ser en el principio de regulación de la adopción imitando a la naturaleza. También por lo que respecta a los requisitos, resulta evidente que quien se proponga adoptar habrá de tener capacidad para prestar el necesario consentimiento que, a los efectos de constituir el vínculo adoptivo, exige el artículo 171.1 Cc. La omisión de la referencia a la necesaria capacidad de obrar del adoptante responde al hecho de haberse considerado innecesario especificar en sede de adopción algo que no es exclusivo de la misma.

Al igual que en España, en Colombia también es requisito para adoptar que el adoptante tenga por lo menos 25 años de edad cumplidos. Así lo dispone el artículo 68 de la Ley de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, derogatoria del Decreto 2737 de

1989, el cual señala que en el país 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 exigen a quienes adopten conjuntamente.

Tal como puede verse, en el aspecto de la edad exigida la única diferencia que existe entre los ordenamientos colombiano y español consiste en que mientras el primero permite una diferencia de quince años entre el adoptante y el adoptado, el segundo cifra esta diferencia mínima admitida en catorce años.

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

Por su parte, en Colombia el Decreto que fue derogado por la Ley de Infancia y Adolescencia, es decir, el Decreto Especial 2737 de 1989, en su artículo 89, establecía que puede 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 hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigen a quienes adopten conjuntamente. Pero cuando el adoptante es persona casada y no separada de cuerpos, se exige el consentimiento de su cónyuge.

Además, dicho Decreto señalaba que la restricción en cuanto a la edad no se aplica en los casos en que la adopción se realice por parte del cónyuge o compañero permanente, respecto de los hijos del otro.

Esta norma también autoriza la adopción conjunta por parte de los cónyuges, o por la pareja formada por un hombre y una mujer que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres años, y no se opone a la adopción cuando el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener otros hijos, ya sean legítimos, extramatrimoniales o también adoptivos.

Según la misma norma, sólo pueden adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de abandono o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres o autorizada por el Defensor de Familia cuando el menor no se encuentre en situación de abandono y carezca de representante legal. Pero pueden adoptarse personas mayores de 18 años cuando el adoptante hubiere tenido el cuidado personal del adoptable antes de que éste cumpliera dicha edad. En este último caso, el decreto no especifica el tiempo mínimo del cuidado.

Para adoptar en Colombia se deben cumplir, entonces, los siguientes requisitos:

En primer lugar, tal como ya se ha dicho varias veces, el adoptante o los adoptantes deben ser mayores de 25 años y tener, al menos, 15 años más que el adoptable.

3.2.2 Idoneidad. Otro importante requisito para adoptar en Colombia está constituido por la idoneidad para adoptar. Sobre este requisito, hay varias cosas que deben ser dichas.

Para comenzar, la idoneidad es un concepto de carácter subjetivo, y su examen incluye cuatro diferentes aspectos: físico, mental, moral y social. En Colombia se busca identificar si los solicitantes de la adopción cuentan con la capacidad de proveer amor, principios, valores y todo aquello que redunde en el bienestar del niño, niña o adolescente adoptado. Para el estudio de este requisito se deben tener en cuenta los siguientes conceptos:

Primero, la idoneidad física consiste en demostrar que se poseen las condiciones físicas para el establecimiento de una buena y estable relación afectiva padre – hijo o madre – hijo. El estado de salud debe corresponder a una situación aceptable, que no conlleve discapacidad seria, supervivencia corta o cualquier otro obstáculo serio para la relación padre o madre – hijo. Para certificar esta idoneidad se tendrán en cuenta los formatos preestablecidos que para el efecto tiene diseñados el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en los lineamientos técnicos vigentes.

En segundo término, la idoneidad mental es entendida como los rasgos de personalidad que indiquen funcionamiento adaptativo, salud mental, estabilidad emocional y afectiva, capacidad para establecer y mantener vínculos, para relacionarse adecuadamente consigo mismo, con los otros y con el entorno, para ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite al niño un desarrollo equilibrado.

En tercer lugar, la idoneidad moral se refiere a la noción de moral social o moral pública, y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética. Este concepto se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio y es aceptado como norma ética de convivencia.

Al Estado pluralista no le son indiferentes los antecedentes de comportamiento de quien pretende hacerse cargo de un niño, una niña o un adolescente, en calidad de padre o madre del mismo. El principio del interés superior que preside todo proceso en el que estén involucrados los niños impone al legislador asumir medidas que garanticen la efectividad de dicho principio.

El Instituto Colombiano de Bienestar familiar considera que no son moralmente idóneas para adoptar, entre otras, las siguientes personas: los alcohólicos o drogadictos; los condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; los condenados por delitos contra la libertad individual tales como: inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, trata de personas; quienes incumplan con sus obligaciones alimentarias a sus hijos, ya sea biológicos o adoptivos; quienes tengan antecedentes de violencia intrafamiliar; quienes tengan antecedentes penales y, habiendo cumplido la condena, se establezca que puedan implicar riesgo para el adoptable; quienes hayan incurrido en la vulneración de los derechos de protección a los niños, niñas y adolescentes previstos en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.

3.2.3 Consentimiento. Con este tema llegamos a un aspecto central de la adopción: el consentimiento.

Para comenzar, digamos que para constituir el vínculo adoptivo en España se requiere que el adoptante y el adoptando mayor de doce años hubieran consentido la adopción. A este respecto el artículo 177.1 Cc. dispone: “Habrán de consentir la adopción, en presencia del juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años”. De lo dispuesto en el citado precepto se aprecia que, en cuanto se le permite prestar el consentimiento a partir de los doce años, la adopción supone para el menor una excepción a la capacidad de obrar general. Lo anterior obedece a que, al tener carácter personalísimo dicho consentimiento, se quiere propiciar la decisión del menor antes de constituir un vínculo que debe responder a su propio interés (artículo 176.1) y que es irrevocable (artículo 180.1).

En orden a su configuración, el consentimiento a que hace referencia el artículo 177.1 del Código civil español precisa de la declaración de voluntad del adoptante o adoptantes y, en su caso, del adoptando. Respecto del adoptante, el consentimiento supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de adoptar a alguien en particular; y respecto del adoptando, el consentimiento supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de querer ser adoptado por alguien en concreto. Y si el consentimiento es referible a una adopción en particular, también habrá de serlo en su momento la resolución judicial que constituya la adopción. Es decir, el auto que ponga fin al expediente de adopción habrá de pasar por una previa valoración judicial referente, no sólo a la conveniencia de la adopción como medida a procurar para el menor, sino también a la idoneidad de la adopción concreta cuya constitución se propone al juez (artículo 176.1: “interés del adoptando”). Por ello, respecto de la forma en que habrán de emitirse las declaraciones de voluntad que conforman el consentimiento para adoptar –o en su caso el disenso-, el artículo 171.1 del Cc. preceptúa que el consentimiento a la adopción se preste “en presencia del juez”.

En todo caso, el consentimiento se hace referible a las personas que van a ser sujetos del vínculo a constituir –adoptante o adoptantes y adoptando-. Por consiguiente, el juez no podrá aprobar la adopción si no media el consentimiento del adoptante y el del menor cuando éste sea preceptivo. Y consiguientemente, tampoco podrá el juez aprobar

una adopción a la que ha prestado su disconformidad el adoptando mayor de doce años.

En Colombia, por otra parte, el tema del consentimiento se da de la siguiente manera: el artículo 63 del Código de la Infancia y la Adolescencia define que la adopción procede sólo para los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, y para aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres. Por otro lado, si el menor tiene bienes la adopción se hace con las formalidades exigidas para los guardadores.

También el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en los Lineamientos Técnicos del Programa de Adopciones, señala que procede la adopción en los siguientes casos:

Los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años cuya adopción ha sido previamente consentida por sus padres. El consentimiento es revocable hasta el mes siguiente a su otorgamiento. Luego se hace irrevocable.

En Colombia, el consentimiento está definido por la misma Ley 1098 de 2006 como “La manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad. Se expresa ante el Defensor de Familia, quien los informa ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente.

3.2.4 Asentimiento en España. Por otra parte, el Código civil español exige que el cónyuge del adoptante y los padres del menor asientan a la adopción. A este respecto, el artículo 177.2 del Cc. establece que “Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1º el cónyuge del adoptante... 2º Los padres del adoptando que no se hallare emancipado...”. Es decir, se hace partícipes del asentimiento a ciertas personas que, sin ser sujetos del vínculo adoptivo, resultarán afectados por la adopción a constituir.

Por lo que a la forma se refiere, el artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 dispone que el asentimiento “habrá de formalizarse bien... antes de la propuesta, ante la correspondiente

entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el juez”.

Más en concreto, se exige el asentimiento del cónyuge del adoptante debido a las consecuencias de tipo personal y patrimonial que la adopción ocasionará en los intereses familiares comunes a ambos cónyuges. Por esta razón se excluye el asentimiento cuando, entre el adoptante y su cónyuge, “medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. (artículo 177.1.1º Cc). Y se exige el asentimiento de los padres del adoptando que no se hallare emancipado en cuanto titulares de la patria potestad sobre el menor la cual se extinguirá por virtud de la adopción (artículo 169.3 Cc.). Por esta razón, el asentimiento de los padres no es exigible en los casos en que hubiera decaído la patria potestad. A este respecto, el artículo 177.2.2º Cc. excluye del asentimiento a los padres del adoptando “que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme...”.

Pero, respecto de los padres sucede que el artículo 177.2.2º Cc., excluye también del asentimiento a los progenitores que se encuentran “incurso en causa legal”. Para ser privados de la patria potestad. Por este cauce se quiere favorecer la constitución de la adopción en los casos de desamparo motivados porque los padres han incumplido los deberes inherentes a la patria potestad. A fin de que ello sea posible, es a lo que obedece lo dispuesto en los artículos 177.3.1º Cc., 781 Lec. (de 2000) y 1.831 Lec de 1881. En virtud de los citados preceptos, el juez podrá citar a los padres para el trámite de audiencia comunicándoles la circunstancia por la que basta su simple audiencia (artículo 1.831 Lec. de 1881). Si ello sucede y los padres pretenden que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, “podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días”.

Presentada la demanda, se encauzará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 753 Lec., por los trámites del juicio verbal y dando traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Mas, si no se presentara la demanda en

el plazo fijado por el tribunal, se dictará auto dando por finalizado el trámite y sin que se admita reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de su asentimiento para constituir la adopción de que se trata. (artículo 781.2 Lec.).

El régimen del asentimiento se complementa con otras dos normas. La primera de ellas, respondiendo a la finalidad de evitar decisiones precipitadas y dado el carácter irrevocable de la adopción una vez constituida, fija un plazo para que la madre del adoptando pueda prestar el asentimiento. En particular, conforme al artículo 177.2 Cc.: “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”. Por medio de la otra norma se excluye el asentimiento en determinadas circunstancias. Al respecto, de conformidad con el artículo 177.2 Cc.: “No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente, en la resolución judicial que constituya la adopción”. Por medio del precepto transcrito, se permite obviar el trámite del asentimiento en los casos de fallecimiento, ausencia o de incapacidad y falta de juicio suficiente por parte de quien habría de asentir a la adopción”.

Estimando como radicalmente nulo el asentimiento prestado por la madre antes del transcurso de los treinta días desde el parto, el Tribunal Supremo afirma que las razones de la cautela legal (artículo 177.2 Cc.), “se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño”⁷⁰.

Por lo tanto, asentimiento de los padres del menor, así como del cónyuge del adoptante en los términos expuestos. Y asentimiento que cabe configurar como acto jurídico que cuando es preceptivo actúa a modo de *conditio iuris* (STS. 20 de abril de 1987). Ello porque, aunque nada se diga expresamente, el juez no podrá aprobar la adopción si media la voluntad disconforme de quienes han de asentir a la misma. Esto es así debido a que el asentimiento no es un consentimiento

⁷⁰ Tribunal Supremo de España. Sentencia de 21 de septiembre de 1999.

rebajado, sino un consentimiento-aprobación, cualificado por proceder de quien no es parte en la relación a constituir.

3.2.5 Prohibiciones para adoptar. En este importante aspecto de la adopción, el Código Civil español sanciona tres prohibiciones para adoptar, por lo que respecta al adoptante. En particular, el artículo 175.3 Cc. dispone que no puede adoptarse: a un descendiente; a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad; a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Cabe apreciar que las prohibiciones tienen carácter relativo: impiden la adopción entre determinadas personas, sin ocasionar la exclusión absoluta como adoptantes de aquellos a quienes afectan. E incluso, la prohibición que concierne al tutor es meramente relativa y circunstancial –hasta la aprobación definitiva de la cuenta general justificada de la tutela-.

Tal como se afirmó en otro lugar de este trabajo, la prohibición que afecta al tutor es tradicional en el Derecho español. En virtud de esta prohibición se pretende evitar que por medio de la adopción se eluda la responsabilidad derivada de una deficiente administración de los bienes del pupilo. Y la prohibición impuesta a los ascendientes y a los parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, responde al propósito de excluir la adopción en los casos en que media una relación de parentesco que la hace innecesaria.

En España, mediante la Ley 21 de 1987, que estableció normas sobre la adopción, se permite la adopción para menores no emancipados. Excepcionalmente puede adoptarse un mayor de edad o un menor emancipado, cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

La ley española prohíbe la adopción a un descendiente; a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad o a un pupilo por su tutor, hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Al mismo tiempo, en Colombia las prohibiciones para adoptar están señaladas en la Ley 1098, norma que también establece quiénes pueden ser adoptados. Este es el caso de los llamados niños o niñas determinados. La norma dice que no es válida la adopción de adoptados determinados, salvo la de parientes o la de hijo o hija del cónyuge o compañero permanente. Esta prohibición, se ha dicho, es relativa, si se tiene en cuenta que el mismo Código de la Infancia y Adolescencia, en su artículo 67, le da piso jurídico a la familia de crianza, avalando así diferentes jurisprudencias de la Corte Constitucional y dando la posibilidad a estas familias para que adopten a los menores con derechos prevalentes sobre los demás⁷¹.

Hasta aquí el presente tema. Ahora pasaremos a examinar las similitudes y diferencias que existen en la forma de constituir la adopción en España y en Colombia.

3.3 EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

El efecto básico de la adopción, en España, resulta del principio de equiparación de filiaciones sancionado por el artículo 108, párrafo 2º, del Código Civil: “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos...”. Así pues, la filiación derivada de la constitución del vínculo adoptivo se equipara a la filiación por naturaleza. En este sentido resulta muy clara la Sentencia de junio de 2002 del Tribunal Supremo Español.

Correlativamente al nuevo *status familiae* de carácter pleno que la adopción conlleva, el Código civil español sanciona la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. A este respecto, el artículo 178.1 establece; “La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior”.

Por lo que al ámbito jurídico se refiere, la extinción sancionada por el artículo 178.1 cc., tiene carácter total –v.gr. derecho de alimentos, derechos sucesorios e incluso recae el derecho de reversión ex art. 812 Cc-. Tan sólo se tiene en cuenta la relación entre el adoptado y su familia de origen a los efectos de hacer jugar, en su caso, los

⁷¹ ABELLO, Julieta. La filiación en el Derecho de Familia. Módulo del Plan de Formación de la Rama Judicial. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. 2007. Op. Cit.

impedimentos matrimoniales (artículo 178.3 Cc.). Mas la extinción ex art. 178.1 Cc., no excluye el derecho de la persona adoptada a conocer sus orígenes. A este respecto, el artículo 180.5 Cc., establece: “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad, representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las entidades públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán, a través de sus servicios especializados, el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”⁷².

No obstante lo anterior, la regla general de extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen presenta dos excepciones. Y es que de conformidad con el artículo 178.2 Cc., “subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: 1. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2. Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir”⁷³.

Por medio de la norma del artículo 178.2.1º. se trata de eludir la regla general de extinción de los vínculos jurídicos ex art. 178.1 en los supuestos en que uno de los cónyuges adoptase al hijo del otro. Y la norma del artículo 178.2.2º permite, entre otras cosas, eludir la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia de origen en los casos de adopción por la persona que conforma pareja estable con la madre o el padre por naturaleza de quien se trata de adoptar. En los casos expuestos, los vínculos jurídicos entre el adoptado, por una parte, y el adoptante y la familia de éste, por otra, no supondrían el decaimiento del derecho a los alimentos o de los derechos sucesorios que pudieran corresponder recíprocamente al adoptado, su progenitor y sus parientes por naturaleza.

Por último, al igual que sucede en el ámbito de la filiación por naturaleza, el adoptante podrá ser excluido de sus funciones y privado

⁷² CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA. Artículo 180.5.

⁷³ CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA. Artículo 178.2.

de los derechos derivados de la constitución de la adopción. A este respecto, el Código Civil español singulariza para la adopción lo establecido por el artículo 170 con alcance general, y por medio del artículo 179.1 dispone que el juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias.

Por otro lado, los efectos jurídicos de la adopción en Colombia pueden ser comprendidos de la siguiente manera:

El artículo 64 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia señala los efectos jurídicos de la adopción y sobre este tema señala:

Por la adopción, adoptante y adoptivo adquieren los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo. En este aspecto, se hace necesario acudir a la finalidad de la figura y los derechos y obligaciones que ella conlleva. Así, la jurisprudencia en este sentido ha dicho que “en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad”.

Los derechos y obligaciones personales entre padres e hijos o hijas están cimentados en la autoridad paterna. Esta figura ha sufrido cambios, pues partió de la figura romana del *pater familias*, con plenos poderes sobre todos los miembros de la familia, incluidos los hijos o hijas, sin tener en cuenta el sujeto a quien iba dirigida, hasta llegar a lo que se tiene hoy, es decir, un sistema actualizado con la noción de derechos consagrada en la Ley 1098 de 2006. Así, el artículo 14 se refiere a la autoridad parental como un complemento de la patria potestad y la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que sus hijos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En la Sentencia C- 477 de 1999 señaló la Corte que el legislador del 2006 se preocupó por actualizar y armonizar el ordenamiento jurídico colombiano, con los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991, con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño o Niña, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia con la Ley 12 de 1991 y también con otros tratados y convenios internacionales firmados y aprobados por Colombia. Estos derechos y obligaciones son, entre otros, los siguientes: los derivados de la patria potestad, que son la administración y el usufructo de los bienes del adoptivo y la representación judicial y extrajudicial del mismo. En cuanto a la administración, se estipula que si el Adoptivo tiene bienes, la adopción se hará con las formalidades de la guarda, por lo que la administración de estos bienes será diferente a los del hijo o la hija de sangre, pues debe someterse a las reglas de la guarda, en la que el padre responde hasta por la culpa leve, y debe cumplir con solemnidades, por ejemplo, realizar inventario y prestar caución, entre otras; el domicilio. El hijo o hija vive en el domicilio de las personas que tienen sobre él o ella la patria potestad; la responsabilidad parental. Por la cual, el adoptado no sólo adquiere los derechos a la educación, crianza y establecimiento, sino que va más allá, hasta la satisfacción plena de todos sus derechos; el derecho de alimentos correlativos, del padre o la madre adoptante hacia el hijo o la hija adoptivo, y del hijo o la hija adoptados hacia el padre o la madre, según el caso, a la luz del artículo 411 numerales 7 y 8 del Código Civil; los derechos sucesorales. El hijo adoptivo está en el primer orden sucesoral, y recibe igual cuota que el hijo legítimo y el extramatrimonial, al tenor de la Ley 29 de 1982. Además, el adoptivo puede ser representado por sus hijos o hijas. El padre y la madre adoptantes, por su parte, son legitimarios en la sucesión de hijo o hija adoptivos y están en el segundo orden hereditario, excluyendo a los ascendientes de sangre.

Por otra parte, cuando el parentesco se funda en los vínculos de sangre, como el que existe entre padres e hijos, se denomina de consanguinidad; si el vínculo se establece entre cada cónyuge y los parientes del otro, es llamado de afinidad; y cuando surge entre adoptante y adoptivo, se denomina civil.

Entonces, 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. Su finalidad consiste en que la adopción se consolide.

Es un parentesco civil unilateral, no recíproco. Esto quiere decir que es el adoptivo quien establece relaciones jurídicas de parentesco con el adoptante y los parientes de sangre de éste. En ningún caso se crean relaciones de parentesco civil entre los parientes de sangre o afines del adoptivo y el adoptante o con los parientes del adoptante. Esto, en razón de la extinción del vínculo de consanguinidad que se genera del adoptivo respecto de su familia de origen.

El parentesco, a su vez, es fuente del estado civil de hijo o hija de ese padre o esa madre, pues el estado civil es la relación existente entre una persona con la familia de donde proviene.

El parentesco genera derechos, deberes, poderes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades; da origen a la vocación hereditaria y las obligaciones alimentarias. Al mismo tiempo, sirve para identificar a las personas y para producir determinados efectos jurídicos.

El estado civil está determinado por hechos y actos jurídicos, tales como el nacimiento, la condición de hijo legítimo o extramatrimonial o adoptivo, el nombre, la edad, el matrimonio, la nacionalidad, el domicilio, la capacidad, entre muchos otros.

En este sentido, el artículo 5º del Decreto 1260 de 1970 señala algunos de los hechos y actos jurídicos que deben inscribirse en el Registro del Estado Civil, entre los cuales están el nacimiento, el reconocimiento de hijos naturales, las legitimaciones y las adopciones.

Los efectos más importantes del estado civil son, en primer lugar, dar origen a derechos y obligaciones entre las personas; en segundo término, ser fuente del parentesco. De acuerdo con la importancia del estado civil, es necesario que un funcionario público se encargue de la constitución y la prueba del mismo, y por ello se lleva el registro civil tal como fue concebido por el Decreto 1260 de 1970.

En cuanto al parentesco civil, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que se equipara al que surge entre los parientes

consanguíneos en un plano de igualdad como lo consagra el artículo 13 constitucional.

El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. Así lo contempla el numeral 3 del artículo 64 de la Ley de Infancia y Adolescencia. Según el artículo 3 del Decreto 1260 de 1970 o Estatuto del Estado Civil de las Personas, el concepto “nombre” comprende el nombre propiamente dicho, los apellidos y en su caso el seudónimo, y que son los apellidos la forma de evidenciar el vínculo familiar derivador directamente de la filiación, como en el caso de la adopción, la filiación adoptiva.

En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres años, o consienta en ello, o el juez encontrare justificadas las razones de su cambio.

En cuanto a este mismo tema, el nombre constituye uno de los elementos de la identidad, según lo preceptuado en el artículo 25 de la Ley de Infancia y Adolescencia:

Extinción de los lazos de sangre. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva de impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil.

El impedimento se refiere a que el adoptante y el adoptado o adoptada puedan casarse. Se trata de una causal de nulidad consagrada ven el artículo 140 numeral 11 del Código Civil. También se da el impedimento para contraer matrimonio entre el adoptivo y su familia de sangre, tal como lo señala el numeral 4º del artículo 64 del Código de la Infancia con su remisión al ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil.

El efecto de la extinción del parentesco de consanguinidad en el caso de niños, niñas o adolescentes colombianos adoptados por extranjeros que luego de finalizado el trámite legal salen del país junto con sus padres adoptivos, haría pensar que tras este hecho, además de extinguirse todo parentesco de consanguinidad, también se pierde todo vínculo con Colombia, pero no ocurre así, pues hay un aspecto

que permanece y es la nacionalidad colombiana, la cual no se extingue por el hecho de la adopción de nacionales por extranjeros.

Al respecto, el Consejo de Estado, en Sala de Consulta y Servicio Civil emitió concepto al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre los efectos de la ruptura del vínculo y la nacionalidad. El alto tribunal afirma que la nacionalidad ha sido considerada por la doctrina como “un vínculo de doble carácter político y jurídico; el primero es la sujeción del individuo a un Estado, y el segundo el estatus que otorga tal vínculo, esto es, que lo erige en sujeto de derechos y obligaciones”. Sostiene que en el caso de la adopción de niños colombianos por extranjeros, la extinción del parentesco de consanguinidad no implica que el adoptado pierda la nacionalidad colombiana.

Conservación excepcional de los vínculos consanguíneos. 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 consanguínea.

3.4 TRÁMITE DE AUDIENCIA

Otro importante tema de comparación consiste en el trámite de audiencia en los dos Estados que venimos comparando.

En primer lugar, en España, junto con el consentimiento y el asentimiento, el Código civil regula el trámite de audiencia. En particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 177.3 Cc., habrán de ser oídos por el juez:

Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción –esto es, los padres del adoptando emancipado o incursos en causa legal de privación de la patria potestad en los términos expuestos con anterioridad.

El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores.

El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio –es decir, cuando su asentimiento no fuera preceptivo por no ser mayor de doce años.

La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél –con el fin de que, se requiera o no, propuesta previa de la Administración para iniciar el expediente de adopción, pueda la entidad pública declarar sobre la idoneidad del adoptante o adoptantes.

Así pues, habrán de ser oídos el tutor y el guardador o guardadores y, mediando determinadas circunstancias, los padres del adoptando, el propio menor y la entidad pública. Y audiencia a la que, con fundamento en el artículo 24.1 CE, debe atribuírsele carácter necesario, en los supuestos en que fuera preceptiva.

La audiencia responde al fin de propiciar una adecuada valoración judicial del interés del adoptante. En cuanto dicha valoración tiene carácter discrecional, no será vinculante para el juez la opinión de quienes son partícipes del trámite. Mas ello no significa que pueda obviarse el trámite de la audiencia del expediente de adopción. En contra de lo anterior, no cabe argumentar con lo preceptuado en el artículo 1.831 Lec. de 1881, que, según se verá más adelante, autoriza en ciertos casos a prescindir del trámite de audiencia. Y es que por medio de la norma anterior de lo que se trata es de impedir que la adopción deje de constituirse por incomparecencia de quienes han de ser oídos, o por imposibilidad de hacerles comparecer a causa de ser desconocido su domicilio o paradero.

En suma: existe también la obligatoriedad del trámite de audiencia y, por consiguiente, la posibilidad de impugnar la adopción que por la omisión de dicho trámite estuviera afectada de invalidez. O, como declara el Tribunal Supremo: cuando es preceptivo, la omisión del trámite de audiencia en la adopción constituye un defecto esencial que afecta a la validez de la adopción que se hubiera constituido (STS 27 de febrero de 1985).

Asentimiento y audiencia: exclusión. La extinción de la adopción. El artículo 1.831 de la española Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, regula un supuesto de exclusión de trámites que es referible tanto al asentimiento como al de audiencia. En particular, el párrafo 3º del artículo 1.831 Lec. de 1881 dispone: “Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado, o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción

acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el artículo 180 del Código Civil”.

En consecuencia, y de acuerdo con lo expresado por la doctora María Victoria Mayor del Hoyo⁷⁴, debe obviarse el asentimiento o el trámite de audiencia en dos casos. El primero, cuando por desconocerse su domicilio o paradero no pudieran ser citados quienes han de asentir a la adopción o ser oídos; mas, para que pueda ser así, es preciso que el juez hubiera practicado previamente las diligencias oportunas a los efectos de averiguar el domicilio de quienes han de ser partícipes del asentimiento o del trámite de audiencia. El segundo, cuando previa citación se produjera incomparecencia de quienes han de asentir o ser oídos; sin embargo, para que se ocasione la exclusión de trámites por incomparecencia, es preciso que ésta obedezca a una segunda citación que habrá de hacerse una vez transcurridos quince días desde la fecha en que debería de haberse presentado en el juzgado quien debiera asentir o ser oído (artículo 1.831 párrafo 2º, Lec. de 1881).

No obstante la validez de la adopción constituida por el cauce anterior, la omisión del trámite de asentimiento o del de audiencia por incomparecencia o por imposibilidad de llevar a cabo la citación puede repercutir ulteriormente en el vínculo adoptivo. Y ello porque, en relación con los casos expuestos, el artículo 180 Cc., otorga relevancia a la no intervención de los padres en el expediente de adopción, facultándoles para pedir la extinción de la adopción que hubiera sido constituida sin su participación.

De lo dispuesto en el artículo 180.2 del Cc., resulta que la viabilidad de la solicitud de extinción de la adopción que el precepto contempla, se condiciona a la concurrencia de determinadas circunstancias: en primer lugar, se circunscribe exclusivamente a los padres la legitimación para solicitar la extinción de la adopción; en segundo lugar, para que prospere la solicitud se requiere ausencia de culpa por parte de los progenitores en su exclusión en el expediente de adopción; en tercer lugar, se somete el ejercicio de la acción

⁷⁴ MAYOR del Hoyo, María Victoria. Efectos de la adopción. Exclusión del adoptante. Irrevocabilidad de la adopción (arts. 178, 179 y 180 Cc.). Código civil comentado. Vol. I. DE PABLO CONTRERAS Y VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.). Thomson Reuters. Araanzadi. Págs.. 917- 943.

correspondiente al plazo de caducidad de dos años a contar desde la adopción cuya extinción se solicita; y además de lo anterior, para que el juez acceda a la solicitud de extinción es preciso que ésta no perjudique gravemente al menor.

En todo caso, si prosperase la solicitud, la extinción de la adopción no trascendería a los efectos patrimoniales consumados con anterioridad, ni tampoco ocasionaría por sí misma la pérdida de la nacionalidad o de la vecindad civil que se hubieran adquirido a causa de la adopción que se declara extinguida. A este respecto, el artículo 180.3 Cc., dispone: “La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos”.

Conviene resaltar que la solicitud de invalidez de la adopción, contemplada en los artículos anteriores, especialmente en el artículo 180.2 Cc., no excluye que pueda ser solicitada la invalidez de una adopción mediante el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad. Al respecto, contemplando un supuesto de invalidez de la adopción por vulneración de derechos constitucionales, estimando que la acción no está sometida al plazo de caducidad de dos años y admitiendo la nulidad por concurrencia de “vicios jurídicos insalvables”, ver la Sentencia del 9 de julio de 2001 del Tribunal Supremo de España.

Lo dicho hasta aquí sobre el trámite de la audiencia en España es todo lo que en este trabajo, dadas las obvias limitaciones de espacio que lo caracterizan, se puede decir sobre ese tema.

Por otro lado, el equivalente colombiano del español trámite de audiencia, puede describirse en los siguientes términos:

En primer lugar, en Colombia pueden ser adoptados: los niños, las niñas y los adolescentes respecto de quienes se declaró su situación de adoptabilidad, ya fuera como resultado de una medida de restablecimiento de derechos o como consecuencia del consentimiento debidamente informado de la madre; los menores de 18 años. El artículo 63 del Código de la Infancia y la Adolescencia autoriza la adopción de los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido

consentida previamente por sus padres; los niños, niñas y adolescentes indígenas.

El Decreto 2737 de 1989 señaló en su artículo 93 la procedencia de la adopción de menores indígenas en dos eventos: cuando éstos se encontraran abandonados por fuera de su comunidad con la obligación de solicitar consulta a la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno o el organismo o entidad que hiciera sus veces. Dijo la norma que, sin embargo, debía procurarse su reincorporación a la comunidad, siempre y cuando se le brindara la debida protección. Un segundo evento era cuando el menor se encontraba en situación de abandono dentro de la comunidad a la cual pertenecía.

En tal caso, se respetaban los usos y costumbres de la comunidad, siempre que no perjudicaran el interés superior del menor. Con la Ley 1098 de 2006 se hizo más clara la normatividad colombiana en esta materia, consagrando dos situaciones: Que el adoptante o adoptantes pertenezcan a la misma comunidad indígena del niño, niña o adolescente. En este caso, se deberá atender a las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas de acuerdo a sus usos y costumbres. Que el adoptante o los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad del niño, niña o adolescente indígena. En este evento se requiere consulta previa y concepto favorable de las autoridades de la comunidad de origen y el proceso se regirá por las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En cuanto a la adopción de niños o niñas indígenas, deben tenerse en cuenta los convenios y tratados internacionales, especialmente la Convención de los Derechos del Niño, respecto de la cual las Naciones Unidas expedieron la Observación General número 11, del 12 de febrero de 2009, sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. En dicho documento se señala la obligación de los Estados del cumplimiento y garantía de los derechos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño.

En Colombia pueden ser adoptados también los mayores de edad. El artículo 69 de la Ley 1098 de 2006 establece que podrá adoptarse al mayor de edad cuando el adoptante hubiere tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que éste cumpliera dieciocho años. En este caso, la

adopción procede por el solo consentimiento entre el adoptante y el adoptivo y será competente para conocer del proceso el Juez de Familia.

La Resolución de Declaratoria de Adoptabilidad es expedida por el Defensor de Familia, es una competencia exclusiva que le ha asignado la Ley de Infancia y Adolescencia en el numeral 14 del artículo 82 y en el artículo 98, es decir, que no podrá darse tal declaratoria por otra autoridad administrativa como los comisarios de familia o los inspectores de policía a quienes la misma ley les otorga competencia subsidiaria en las funciones del defensor de familia en los municipios donde no existan tales defensorías.

En la Resolución que declare la situación de adoptabilidad o de vulneración de derechos del niño, se ordenarán las medidas de restablecimiento correspondientes y las obligaciones alimentarias mientras el niño o niña se encuentre bajo dicha medida.

Dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa.

Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente, habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente dentro de los veinte días siguientes a la declaratoria de adoptabilidad, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

La sentencia de homologación de la declaratoria de adoptabilidad se dictará de plano; producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el Libro de Varios de la Notaría o de la Oficina de Registro del Estado Civil.

Si el juez advierte la omisión de alguno de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo

subsane. Así lo establecen los artículos 108 y 123 de la Ley 1098 de 2006.

La adopción en Colombia, además, se puede dar por diversos mecanismos legales.

En primer término, por declaración de adoptabilidad de un Defensor de Familia. El anterior Código del Menor se refería a la declaratoria de abandono cuando el niño se encontraba en situación irregular. La nueva normativa hace alusión a la declaratoria de adoptabilidad. Esto, por el cambio de contexto de los derechos de los niños, según el cual los niños, niñas y adolescentes no son objeto de protección sino sujetos titulares de derechos, lo que obliga a la familia, la sociedad y el Estado, a garantizar su protección especial.

En este orden de ideas y para efectos de esta clase de adopción, ha de tenerse en cuenta tres aspectos del Código de la Infancia y la Adolescencia, en la aplicación de sus normas:

En primer lugar, la parte dogmática, en donde se encuentran los principios rectores y los derechos y libertades fundamentales de los niños y las niñas.

En segundo término, la parte orgánica o sistema de garantías de derechos y mecanismos de restablecimiento de derechos.

En tercer lugar, la adopción como medida de protección de carácter definitivo, que busca el restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente.

En Colombia el Estado, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF -autoridad central en materia de adopción- y el Defensor de Familia, son competentes para dictar una resolución en la cual se manifiesta si se dan los requerimientos para declarar la situación de adoptabilidad.

Este proceso se inicia con el ingreso del niño, niña o adolescente al Sistema de Protección del ICBF en un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos. Generalmente se trata de casos de niños abandonados, maltratados, abusados o explotados, entre otros. Para estos efectos, el maltrato infantil se define como toda forma de

perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación, y, en general, toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona (Artículo 18 de la Ley 1098 de 2006).

El Defensor de Familia adelanta el proceso, que implica decretar y practicar pruebas y citar a los padres o cuidadores para determinar su capacidad de garantizar los derechos de los niños. Los padres o cuidadores tendrán derecho a oponerse a la decisión, con todos los recursos previstos en la ley.

El proceso de adopción como institución jurídica es la cristalización de la intervención del Estado cuando en aras de garantizar los derechos de los niños y su interés superior, se ve abocado a adoptar las medidas de protección necesarias para el cumplimiento de sus fines. La jurisprudencia⁷⁵ ha reiterado que dicha intervención se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección, por lo que le compete al Estado prestar la protección y el cuidado que las niñas y los niños necesitan. La ley señala que los padres y demás familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento, pero el Estado deberá intervenir cuando quiera que ese cuidado y protección no sea suficiente. Así, en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad pueden cumplir con la debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo.

Pero la adopción debe atender a múltiples criterios que viabilicen las medidas de intervención que le permitan al niño mejorar su calidad de vida, y deben obedecer a razones suficientes para privarlos de la compañía de sus familiares biológicos. Ha dicho la Corte en sede de tutela que “lo contrario, equivaldría a imponer una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas o educativas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia. Lo que es más, se

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-887 de 1 de diciembre de 2009. Expediente T-2.161.446 M.P. Mauricio González Cuervo.

terminaría por restringir el derecho a gozar de la compañía y el amor de la propia familia a aquellos niños cuyos padres no estén en condiciones económicas o educativas adecuadas –un trato a todas luces discriminatorio-“.

En el proceso de restablecimiento el Defensor de Familia puede aplicar una de las medidas señaladas en el artículo 53 del Código de la Infancia, por ejemplo la ubicación inmediata del niño en medio familiar, como medida para que la familia entre a cumplir con su obligación como corresponsable de la protección y garantía de los derechos del niño o la niña. Frente a la ubicación familiar de un niño como medida de protección, se deben acoger los criterios expresados por la jurisprudencia, que son entre otros los siguientes:

Primero, la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños o de las niñas.

Segundo, los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia.

Tercero, todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución Política ordena proteger a la niñez: “Toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

Si no aparecen los padres, o los parientes o las personas encargadas de su cuidado, el niño o la niña es ubicado en un hogar de paso o en un hogar sustituto. En el hogar sustituto no podrá permanecer más de seis meses, tiempo en el cual el defensor de familia debe adoptar las medidas necesarias para que se le restablezcan sus derechos.

Si hay lugar, se procede a disponer la medida de restablecimiento consistente en adopción. Únicamente puede aplicarse ésta cuando en el proceso administrativo que tiene por finalidad imponerla, resulta probado claramente que el niño o la niña de que se trate carece, en definitiva, de personas que por ley deben satisfacer sus necesidades básicas, esto es, que el niño ha sido, en efecto, abandonado a su propia suerte.

De manera muy excepcional, procede declarar la situación de adoptabilidad cuando se verifica contundentemente que los padres

biológicos no están en situación de garantizar los intereses prevalentes de su hijo o hija, o que permanecer en la familia biológica conlleva para el niño o para la niña un riesgo insuperable y que la red familiar tampoco puede satisfacer tales derechos o porque no existe familia extensa. De todos modos, en el trámite que conduce a la declaratoria de situación de adoptabilidad deben los funcionarios administrativos que lo adelantan observar estrictamente la Constitución y en especial el Derecho Constitucional fundamental al debido proceso y el interés superior del niño, niña o adolescente.

Precisa la Corte, en la sentencia T-510 de 2003, que la adopción – cuando se realiza observando todas las exigencias constitucionales, legales y reglamentarias- constituye una alternativa muy positiva para los niños y niñas que han sido abandonados e incluso para las mujeres que voluntariamente quieren dar a sus hijos o hijas en adopción sin que existan motivos para reprocharles tal actitud, dadas las condiciones adversas que deben soportar.

Afirma la corporación que la declaratoria de situación de abandono de un niño o una niña debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no puede ser el resultado de procedimientos apresurados, excesivos o arbitrarios. Debe darse con el respeto a las formas propias de cada juicio, el derecho de defensa y de contradicción, en cuanto componente primordial del derecho constitucional fundamental al debido proceso. Si se justifica la intervención del Estado en las relaciones materno o paterno filiales, debe ser por motivos debidamente fundados y suficientes.

En Colombia, el Juez de Familia también puede declarar la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente.

Esto es así porque en los casos en que el Defensor de Familia deje vencer los términos de ley, establecidos para definir la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente, aquél perderá competencia. En este caso, la asumirá el Juez de Familia, quien podrá definir la situación jurídica declarando la adoptabilidad.

En ciertos casos, el Defensor de Familia puede autorizar una adopción. La autorización para la adopción emitida por el Defensor de familia que reemplaza el consentimiento de los padres, se presenta en

los casos dentro del proceso de restablecimiento de derechos, en los cuales el Instituto de Medicina Legal certifique que el padre o la madre padece una enfermedad mental grave que le impide tener a su hijo y que, además, no puede dar su consentimiento para la adopción.

Se entiende que falta el padre o la madre no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando está aquejado por una enfermedad mental, certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal. En tal caso, el Defensor de Familia autorizará la adopción, al tenor del artículo 82 numeral 15, que le atribuye tal competencia con carácter exclusivo.

3.5 CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

En España el vínculo adoptivo se constituye por resolución judicial (artículo 176.1 Cc.). Para iniciar el correspondiente expediente de adopción se exige propuesta previa de la entidad pública (artículo 176.2 Cc.) y ciertas personas habrán de prestar su consentimiento a la adopción (artículo 177.1 Cc.); otras tienen que asentir (artículo 177.2 Cc.) y algunas más habrán de ser oídas (artículo 177.3 Cc.).

Con el fin de hacer efectivo el control administrativo en la tramitación de las adopciones, que evite el tráfico de menores y la inadecuada selección de los adoptantes, el artículo 176.2 del Código civil español establece que “para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad”. La declaración de idoneidad también puede ser previa a la propuesta (artículo 176.2 Cc.).

De lo que dice el artículo 176.2 se deduce que la competencia atribuida a las entidades públicas en relación con la promoción del expediente de adopción es exclusiva y tiene carácter objetivo. Exclusiva en el sentido de que, salvo los casos en que no se requiere propuesta previa de la entidad, la Administración es la única que podrá promover la adopción. Y tiene carácter objetivo en el sentido de que la propuesta administrativa se precisa para promover el expediente con independencia de si la adopción se refiere o no a un menor desamparado.

Sin embargo, se dispensa en ciertos supuestos la exigencia de propuesta previa de la entidad, a los efectos de promover el expediente de adopción. En particular, el artículo 176.2 Cc. establece que “no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado de consanguinidad o afinidad; 2ª. Ser hijo del consorte del adoptante; 3ª. Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo; 4ª. Ser mayor de edad o menor emancipado”.

Por otro lado, en Colombia la adopción de un niño, una niña o un adolescente conlleva dos etapas: una de carácter administrativo, que es adelantada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, a través del Defensor de Familia, quien tiene la competencia exclusiva para otorgar la autorización de la adopción en los casos que permita la ley, según lo estipulado en el artículo 82, numeral 15 y el artículo 98 inciso segundo de la Ley 1098 de 2006. Dicho inciso ordena: “La declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia”. No obstante, en los municipios en donde no existe Defensor de Familia, esta competencia es otorgada, con carácter subsidiario, a los Comisarios de Familia o Inspectores de Policía.

Una segunda etapa en Colombia es de carácter judicial, adelantada ante el Juez de Familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentre el niño, la niña o el adolescente.

Esta segunda etapa debe entenderse como el conjunto de actuaciones adelantadas ante la autoridad administrativa, que en materia de adopciones en Colombia es, como ya quedó dicho, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Según lo preceptuado en la Sentencia T-552 de 1992, la Corte Constitucional indicó que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo para diferenciarlo del proceso judicial -en tanto este último tenía por finalidad la cosa juzgada-, comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos o

pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”⁷⁶.

Como ya se dijo, en Colombia la autoridad central en materia de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y solamente este organismo y las entidades que se encuentran debidamente autorizadas por el mismo pueden desarrollar programas de adopción.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través del Comité de Adopciones que funciona en cada una de sus Regionales y Agencias, así como las instituciones autorizadas por el ICBF para desarrollar programas de adopción, son la instancia responsable de la selección de las familias colombianas y extranjeras adoptantes, y de la asignación de los niños, niñas y adolescentes adoptables. Sobre este aspecto, la misma Ley de Infancia y Adolescencia señala que debe preferirse la adopción por familias colombianas.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-746 de julio de 2005 -citada y referenciada previamente en este trabajo-, resume las dos clases de trámites que debe cumplir toda gestión de adopción en Colombia. En dicha sentencia se expresa que el primer trámite es de carácter administrativo y consiste en adelantar las gestiones necesarias ante el ICBF para presentar la solicitud de adopción, acreditar la idoneidad de los adoptantes y calificar para que sea asignado un menor por parte de dicho instituto, con miras a la adopción.

El segundo trámite es de carácter judicial y consiste en presentar, mediante poder otorgado a un abogado, una demanda ante el Juez de Familia con el fin de que este funcionario judicial dicte la sentencia que decrete la adopción, una vez haya sido surtida toda una serie de diligencias y se encuentren anexados los documentos exigidos por la ley, entre los cuales figuran el consentimiento para la adopción, los registros civiles de nacimiento de los adoptantes y el propio del menor, el registro civil de matrimonio o prueba idónea de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes, certificados sobre la idoneidad de

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-552 de 1992.

los mismos y un certificado sobre antecedentes penales o policiales de los adoptantes, entre otros protocolos.

Una vez se haya dictado la sentencia que decreta la adopción, la misma debe ser notificada, personalmente, al menos a uno de los adoptantes. Esta sentencia producirá todos los derechos y obligaciones propios de la relación paterno-filial y debe contener los datos indispensables para que su inscripción en el registro civil constituya la nueva acta de nacimiento del adoptado y reemplace de esta manera el acta de origen, la cual será anulada. Por otra parte, tanto en la sentencia como en la nueva acta de nacimiento se omitirá el nombre de los padres biológicos, si estos nombres fueren conocidos⁷⁷

Con el fin de asegurar el desarrollo armónico del niño, y al mismo tiempo para garantizar que su nuevo hogar sea estable y seguro, el ICBF aplica una serie de lineamientos técnicos para adopciones, los cuales constituyen la herramienta clave para seleccionar la familia idónea a la que asignar un niño, una niña o un adolescente.

No obstante ser el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la única institución que puede adelantar en Colombia los trámites de adopción, esta corporación posee la facultad de autorizar a otras instituciones – denominadas Instituciones Autorizadas Para la Adopción (IAPAS)-, las cuales por obligación tienen que encontrarse legalmente acreditadas.

El proceso administrativo comienza con la radicación de la documentación ante el ICBF o la IAPA.

Radicada la documentación, si reúne los requisitos, inicia la etapa de valoración de idoneidad física, social, mental y moral. En esta etapa también se dictan talleres a los adoptantes sobre la adopción como proyecto de vida, aspectos económicos, emocionales y psicológicos, adaptabilidad del adoptable y consolidación del vínculo. Además, se trata con los adoptantes una serie de temas relacionados con el restablecimiento de los derechos del adoptable. Cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge, o de pariente o de hijo de crianza, no hay lugar a estos talleres.

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-746 de julio de 2005. Expediente T-978553 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Posteriormente, los funcionarios del ICBF elaboran informes psicosociales y realizan con los adoptantes varias entrevistas, tanto individuales con cada uno de los integrantes de la pareja, como a la misma pareja conjuntamente. Así mismo, se celebra una serie de visitas domiciliarias con las cuales se busca valorar la idoneidad social y familiar de los adoptantes y se presta mucha atención a las recomendaciones de los funcionarios que participaron en todos estos eventos por parte del ICBF.

Una vez superada la etapa descrita, el Comité de Adopciones revisa la recomendación sobre idoneidad y la avala o la rechaza mediante un Acto Administrativo que tiene recurso de reposición ante el Comité de Adopciones que tomó la decisión y de apelación ante la Dirección General del ICBF.

En caso de aprobar la idoneidad, el Comité de Adopciones determina que el adoptante ha sido seleccionado para asignarlo a un niño, niña o adolescente de una edad y características determinadas, y expide un Certificado sobre la idoneidad física, mental, moral y social de los adoptantes. Pasan éstos, entonces, a lista de espera para la asignación.

Ahora bien. Si los adoptantes no residen en el país, debe indagarse si su país de residencia está suscrito al Convenio de La Haya Sobre Adopción Internacional y, dependiendo de esto, el ICBF tiene determinado un procedimiento especial para cada una de las dos eventualidades. En estos casos, los servicios sociales del país respectivo son los encargados de evaluar y certificar la idoneidad de los adoptantes, al igual que serán quienes adelanten el seguimiento posterior a la adopción.

Durante la etapa administrativa se adelantan reuniones y trabajos de integración del niño o niña con los adoptantes.

Una vez efectuada la asignación, se adelanta la formalización de la relación filial mediante Acta de Asignación para la Adopción, se hace la constancia de integración del niño con el adoptante y se entrega la documentación pertinente para proceder a la etapa judicial.

El proceso de adopción en Colombia es gratuito. En cuanto a la gratuidad del proceso en su etapa administrativa, debe tenerse en cuenta los siguientes parámetros:

La Ley colombiana ratificó la prohibición de pedir recursos por la adopción de un niño, una niña o un adolescente.

Por otra parte, está absolutamente prohibido que funcionarios del ICBF, de las IAPAS y de los organismos acreditados reciban, de manera directa o indirecta, retribución alguna por parte de personas naturales o jurídicas, en contraprestación a la entrega de un niño, niña o adolescente en adopción.

Tampoco se permite que los padres que otorguen su consentimiento para dar en adopción a su hijo reciban retribución alguna.

No obstante lo dicho, los adoptantes deben cubrir los costos relacionados con gastos médicos, atención psicológica, gastos administrativos y judiciales relacionados con el proceso de adopción. Conforme lo dispone el artículo 73 de la Ley 1098 de 2006, los organismos autorizados deben publicar los costos, gastos y honorarios asociados con la adopción.

La Ley establece que si un funcionario del ICBF o de la IAPA cobra sumas adicionales a las publicadas, será responsable penal y disciplinariamente. En el caso de que esto ocurra en una IAPA, el ICBF debe cancelar la licencia de dicha entidad.

Por su parte, el Procedimiento judicial está contenido en los artículos 124 a 129 de la Ley 1098 de 2006.

3.5.1 Competencia. Por regla general, es competente para conocer del proceso judicial de adopción, en primera instancia, el juez de familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo esté el cuidado del niño, niña o adolescente, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 124 de la Ley 1098 de 2006. En caso de presentarse un traslado ordenado por el ICBF, será competente el juez del domicilio del nuevo cuidador, es decir, de quien ha aceptado la asignación.

Los Jueces Promiscuos de Familia conocen del proceso de adopción, conforme lo dispone el parágrafo segundo del artículo 5 del Decreto

2272 de 1989. Así, el artículo 120 de la Ley de Infancia señala que el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal conocerá de los asuntos que la Ley 1098 de 2006 atribuye al Juez de Familia en única instancia en los lugares donde no exista éste.

3.5.2 Quiénes pueden demandar. La demanda de adopción únicamente la pueden formular los interesados en ser declarados adoptantes a través de apoderado judicial.

Para efectos de la adopción, el párrafo del artículo 124 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que puede probarse la convivencia extramatrimonial por alguno de los siguientes medios:

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

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

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.

Para las adopciones por adoptantes extranjeros, además de la ley colombiana estas adopciones se rigen por los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia sobre la materia, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política.

Cuando los adoptantes sean extranjeros que residan fuera del país, deberán aportar, además de los documentos ya relacionados, los siguientes:

Certificación expedida por la entidad gubernamental o privada oficialmente autorizada, donde conste el compromiso de efectuar el seguimiento del niño, niña o adolescente adoptable, hasta su nacionalización en el país de residencia de los adoptantes.

Autorización del Gobierno del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del niño, niña o adolescente adoptable.

Concepto favorable a la adopción, emitido por el Defensor de Familia con base en la entrevista que efectúe con los adoptantes y el examen de la documentación en que la entidad autorizada para efectuar programas de adopción recomienda a los adoptantes.

Los documentos necesarios para la adopción serán autenticados conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil y no requieren de ratificación ulterior. Si no estuvieren en español, deberán acompañarse de su traducción, efectuada por un traductor oficialmente autorizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

3.5.3 Pasos y términos especiales. El artículo 126 de la Ley 1098 de 2006 establece unos pasos y términos especiales para este proceso:

Admisión de la demanda, traslado y sentencia. Admitida la demanda se correrá el traslado al Defensor de Familia por el término de tres días hábiles. Si el Defensor de Familia se allanare a ella, el Juez dictará sentencia dentro de los diez días hábiles siguientes a su admisión. El Juez podrá señalar un término de máximo diez días para decretar y practicar las pruebas que considere necesarias. Vencido este término, tomará la decisión correspondiente.

Suspensión del proceso. Se podrá solicitar la suspensión del proceso hasta por un término de tres meses improrrogables, siempre que exista causa justificada. Pueden solicitar la suspensión o reanudación del proceso los adoptantes o el Defensor de Familia.

Terminación anticipada del proceso. Cuando falleciere el solicitante de la adopción antes de proferirse la sentencia, el proceso terminará. Si la solicitud de adopción fuere conjunta y uno de los adoptantes falleciere antes de producirse la sentencia, el proceso continuará con el sobreviviente si manifiesta su intención de persistir en ella, caso en el cual la sentencia que se profiera sólo surtirá efectos respecto de éste; en caso contrario el proceso terminará.

Notificación de la sentencia. Por lo menos uno de los adoptantes deberá concurrir personalmente al juzgado a recibir notificación de la sentencia.

La sentencia que decreta la adopción podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, de conformidad con el trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil, en donde intervendrá el Defensor de Familia.

A partir de la ejecutoria de la sentencia judicial, la adopción adquiere su carácter de irrevocable y en consecuencia sus efectos se tornan definitivos. El artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia fija la característica de irrevocabilidad que envuelve a la medida de protección de la adopción.

Esto implica que el estado civil se define de manera permanente y sólida, y que no está sometido a continuos y peligrosos cambios. Una de las consecuencias de la adopción es crear una nueva relación de padre e hijo entre el adoptante y el adoptivo que no lo son por naturaleza, por lo cual éste entra a la familia de aquél y queda definitivamente separado de la de origen, extendiéndose la relación paterno filial a la patria potestad. Por estas razones, la situación jurídica que surge de la adopción debe tornarse definitiva, estable, lo que se logra en virtud de la condición de irrevocabilidad de la institución.

Esta irrevocabilidad se predica también del consentimiento para dar un hijo en adopción, y consiste en la imposibilidad que tienen los padres biológicos para dejar sin efectos su manifestación de voluntad de dar en adopción a su hijo o hija. Al respecto, se expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-510 de 2003, en el sentido de que la principal razón para que exista la irrevocabilidad es la protección del menor. Por este motivo los sistemas jurídicos impiden que la madre, o quien ejerza la patria potestad, revoque el consentimiento de dar en adopción más allá de un período específico de tiempo. Por esta misma razón, se establece que la decisión de los padres adoptantes de querer adoptar, tampoco es revocable: salvaguardar la estabilidad de las condiciones de vida del menor, en el seno de una familia que propicie un ambiente adecuado para su desarrollo integral.

3.5.4 Terminación del trámite judicial. Finalizado el trámite judicial, el Defensor de Familia recibe la sentencia judicial de adopción ejecutoriada y el nuevo registro civil, procede a proferir auto ordenando la reserva del proceso, remite la historia de atención y la

documentación de la familia, organizada y foliada, al Comité de la Regional y solicita a la institución que le envíe originales de los seguimientos post adopción al Secretario del Comité de Adopciones de la Regional. Allegado el último informe de seguimiento post adopción, ordena el cierre y archivo del proceso.

Cabe precisar que de acuerdo con el artículo 114 del anterior Código del Menor, todos los documentos y actuaciones administrativas o jurisdiccionales propios del proceso de adopción tenían una reserva con término de treinta años. De ellos, sólo se podía expedir copia por solicitud que los adoptantes hicieren directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia, del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad o de la Procuraduría General de la Nación para efectos de las investigaciones a que hubiere lugar.

La Ley 1098 de 2006 modificó el tiempo de reserva, reduciéndolo a veinte años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. Además de las autoridades que señalaba el artículo 114 del derogado Código del Menor, en cuanto a los documentos sujetos a reserva, la Ley de Infancia y Adolescencia señala que se podrá expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieren directamente, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura a través de la Sala Disciplinaria, sólo para efectos de investigaciones penales o disciplinarias.

Sin embargo, el adoptado puede 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.

Respecto de niños, niñas o adolescentes que sean adoptados por padres que residan fuera del país, el artículo 128 de la Ley 1098 de 2006 prescribe que el adoptado sólo podrá salir del país cuando la sentencia que decreta la adopción esté ejecutoriada. En estos casos, las autoridades migratorias colombianas exigirán copia de dicha providencia con la constancia de ejecutoria.

La adopción da lugar a que el padre y la madre adoptantes de un niño, niña o adolescente tengan derecho al disfrute y pago de la licencia de maternidad establecida en el numeral 4º del artículo 34 de la Ley 50 de

1990, la cual incluirá también la licencia de paternidad consagrada en la Ley 755 de 2002, incluyendo el pago de la licencia a los padres adoptantes.

Los niños, niñas o adolescentes adoptados, tienen derecho a ser afiliados a las correspondientes Entidades Prestadoras de Servicios de Salud (EPS) desde el momento mismo de su entrega a los padres adoptantes por medio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De acuerdo con el artículo 65 del colombiano Código de la Infancia y la Adolescencia, nadie puede ejercer acción alguna para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo.

A pesar de lo anterior, el adoptivo puede promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil que le corresponda respecto de sus padres biológicos, únicamente para demostrar que quienes pasaban por tales al momento de la adopción no lo eran en realidad.

Según el mismo artículo, la prosperidad de las pretensiones del adoptivo en este caso no extingue los efectos de la adopción, salvo declaración judicial que la ordene y previo el consentimiento del adoptivo. En este caso, el adoptante debe ser oído en el proceso. Esta acción debe verse como garantía del derecho a la identidad, el cual se podría entender como el derecho de toda persona a tener acceso a la información que tiene que ver con su origen y su propia historia, y supone, por tanto, que toda la información que existe con respecto a esas cuestiones se conserve y que se comunique la posibilidad de acceder a ella cuando surja el interés.

En Colombia, el fin de la acción que puede promover el adoptivo para demostrar que quienes pasan por ser sus padres no lo son en realidad, obedece al efecto que genera la adopción contemplado en el artículo 64 numeral 4º de la Ley de Infancia y Adolescencia: “Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo la reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil” y se predica del derecho que tiene el adoptivo a conocer su verdadero origen, como lo estipula el artículo 76 de la misma normativa: “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”.

Por otra parte, las solicitudes de adopción se pueden suspender en cualquier etapa por una sola vez, por cualquiera de las siguientes razones:

Situaciones de salud, ya sea de los solicitantes o de algún miembro de su red familiar que afecte directamente la estabilidad familiar de los solicitantes.

Modificación drástica de las condiciones económicas.

Viajes por razones de trabajo, dependiendo del tiempo de duración de estos y si los mismos afectan el proceso en cualquiera de sus etapas.

Todo cambio que pueda afectar significativamente las condiciones para el acogimiento del niño, niña o adolescente.

Por haber adoptado en otro país durante el tiempo de espera en Colombia.

Hasta este punto el análisis comparativo que puede hacerse de los ordenamientos jurídicos español y colombiano en materia de adopción de menores. Como gran resumen del ejercicio que acaba de hacerse, podemos ofrecer dos conclusiones generales: en primer lugar, es evidente que el número de similitudes entre los dos ordenamientos supera con creces la cantidad de diferencias perceptibles.

En segundo lugar, los dos ordenamientos comparados responden a los mismos principios y conceptos, tanto sociológicos como jurídicos, a pesar de que al estado actual de cada uno de los dos ordenamientos se ha llegado a través de diferentes vías evolutivas, dependientes a su vez de dos muy diversas historias.

4. ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Aunque el tema del presente trabajo no es la adopción internacional, este asunto no puede ser totalmente ignorado cuando se está hablando de Derecho Comparado en materia de Adopción. Por este motivo, aquí se hace una mención muy breve (tan breve que apenas alcanza para no dejar pasar esta hoja en blanco), sobre la adopción internacional España – Colombia. Proviene de la página de la abogada Patricia Alzate Monroy⁷⁸.

El día 28 de diciembre de 2007, vio la luz una nueva Ley de Adopción Internacional en España, ley que era ya muy esperada y necesaria. Esta Ley es la 54/2007, de 28 de diciembre.

Todos los españoles saben que el número de menores extranjeros adoptados por españoles o por residentes en España se ha incrementado de manera muy notable en los últimos años.

Este aumento de adopciones internacionales en España está determinado, entre otras causas, por el descenso local de la natalidad, fenómeno compartido por la mayoría de Estados de Europa, y la difícil situación económica y social de algunos países de donde provienen los niños adoptados por familias españolas. Supone un gran desafío jurídico para el legislador asegurar que la adopción se realice con las máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar, a la vez que posibilitar el desarrollo armónico de la personalidad del niño en el contexto de un medio familiar propicio.

Pues bien. Algo que preocupa a la comunidad de los países de donde provienen los menores adoptados, es la dispersión normativa que existe hasta el momento en esta materia en España. De ahí la urgente necesidad de conseguir una legislación propicia, completa y uniforme de las cuestiones de derecho internacional privado que atañen a todo proceso de adopción internacional, que no sólo asegure sino que también armonice los principios y valores de la Constitución española con las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia de adopción, que hacen parte del ordenamiento jurídico español y que la Ley de 2007 contribuye a solucionar.

⁷⁸ ALZATE Monroy, Patricia. En: www.am-abogados.com/archivos/ley-adopcion-internacional-espana.pdf

En la Comunidad Autónoma de Aragón, es el Gobierno de Aragón quien vela por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Convenio de La Haya, para la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional. La adopción internacional es considerada en el derecho autonómico como una medida de protección por la que un menor de un país extranjero pasa a formar parte de una familia de otro país con plenitud de derechos filiales. Especialmente, el Gobierno de Aragón tiene el deber de: 1. Constatar que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar. 2. Asegurar que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados. 3. Constatar que el menor ha sido o será autorizado a entrar o residir permanentemente en el país. La Dirección Gerencia del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS) es el órgano del Gobierno de Aragón para la tramitación de la adopción internacional. También es el responsable de habilitar a las ECAI (Entidades Colaboradoras de la Adopción Internacional) que son quienes tramitan los expedientes en los casos en que el país de origen del niño así lo exige o lo autoriza.

Hay países cuyas legislaciones propias en materia de adopción internacional ofrecen mucha seguridad jurídica, a la vez que brindan seriedad sus respectivos Organismos Oficiales encargados de estas tramitaciones. Un ejemplo de ello es Colombia, cuya normativa es clara, precisa y cuyo Organismo Oficial, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), encargado de llevar a cabo las adopciones en Colombia, ofrece todas las garantías del caso.

5. REFERENCIAS

5.1 JURISPRUDENCIA CITADA

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 11 de marzo de 1998. Radicación 1070. C.P.: César Hoyos Salazar.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-477 de 1999. Expediente D-2280. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 109 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1287 de 2001. Expediente D-3549. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-804 de 2009. Expediente D-7719. M.P. María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-814 de 2001. Expediente D-3378. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-831 de 11 de octubre de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-840 de 2010. Expediente 8080. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-412 de 1995. Expediente T-69568 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-488 de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-510 de 2003. Expediente T-722933. Acción de tutela instaurada contra el ICBF Regional Nariño. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-552 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-746 de julio de 2005. Expediente T-978553 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-887 de 1 de diciembre de 2009. Expediente T-2.161.446 M.P. Mauricio González Cuervo.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sentencia de 28 de junio de 2002.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sentencia de 21 de septiembre de 1999.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sentencia de 9 de julio de 2001.

5.2 BIBLIOGRAFÍA

ABELLO, Julieta. La filiación en el Derecho de Familia. Módulo del Plan de Formación de la Rama Judicial. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. 2007.

ALZATE Monroy, Patricia. En: www.am-abogados.com/archivos/ley-adopcion-internacional-espana.pdf

BELLUSCIO Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo II, 7ª Edición, 1ª reimpresión. Editorial Astrea, Buenos Aires. 2004.

CARDOZO Munevar Nelcy Edith. La filiación adoptiva en Colombia. Enfoque jurisprudencial. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C. 2011.

Fundación Tomás Moro. Diccionario Jurídico. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2001.

GARCÍA Goyena. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, t. 1. Madrid, 1852 p. 148. (Citado por Pérez Álvarez, Miguel Ángel. La adopción en el sistema vigente de adopción de menores).

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Cartilla Procedimiento para las familias colombianas y extranjeras residentes en el exterior que desean adoptar en Colombia. 2010.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Aldaz, Carlos. Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia. editorial Colex. Madrid 2008.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria. Efectos de la adopción. Exclusión del adoptante. Irrevocabilidad de la adopción (arts. 178, 179 y 180 Cc). En: DE

PABLO CONTRERAS Y VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coords.). Thomson – Reuters. Código Civil comentado. Vol. I  , Aranzadi. Págs. 917 – 943.

PÉREZ Álvarez, Miguel Ángel. La adopción en el sistema vigente de protección de menores. En POLAINO Aquilino et alter (Editores). Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico. Editorial Ariel. Madrid. 2001.

PÉREZ Álvarez, Miguel Ángel. La adopción. En: Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia. 2ª Edición. Ed. Constitución y Leyes, S.A. (Colex). Madrid. 2008. Pág. 421.

POLAINO, Aquilino. SOBRINO MORRÁS, Ángel. RODRÍGUEZ SEDANO, Alfredo (Eds). Adopción, aspectos psicopedagógicos y marco jurídico. Editorial Ariel, Barcelona. 2001. 280 Págs.

RUIZ-Rico, Ruiz. La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores. En AC, 1988.