



**IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA CONSOLIDADA LA
FASE JUDICIAL:
UNA REFORMULACIÓN DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DEL HIJO
ADOPTADO**

Mariluz Gil Mancipe

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2017

**IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA CONSOLIDADA LA
FASE JUDICIAL:
UNA REFORMULACIÓN DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DEL HIJO
ADOPTADO**

Mariluz Gil Mancipe

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:
Doctor Luis Arturo Suárez Pacheco

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2017

*Este trabajo está dedicado a Dios,
centro y razón de esta tesis de grado.
A mis padres María Oliva y José de Jesús
por sus enseñanzas constantes de vivir
con amor, transparencia, esfuerzo y dedicación.
Ellos base sólida de mi vida.*

*Agradezco a mi director de tesis Dr. Luis Arturo Suárez
por su orientación, motivación, comprensión y paciencia
en el desarrollo y culminación de este trabajo.*

En Colombia el fundamento legal que desarrolla la adopción es el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), el cual establece como característica inmutable de esta institución su irrevocabilidad, al punto de excluir situaciones materializadas en la realidad que afectan derechos de protección de los hijos adoptados. Por ello, es indispensable teorizar acerca de la viabilidad de la revocatoria de la adopción una vez consolidada la fase judicial como medida excepcional, desde una mirada neo-constitucionalista, en aras de garantizar la primacía del derecho de protección del hijo adoptivo, especialmente en situaciones de maltrato físico, moral y/o abuso sexual por parte de la familia adoptante.

PALABRAS CLAVE

Adopción

Irrevocabilidad

Maltrato del hijo adoptivo

Neo-constitucionalismo

SUMMARY

In Colombia, the legal basis for adoption is the Article 61 of the Code for Children and Adolescents (Law 1098 of 2006), which establishes its irrevocability as immutable characteristic of this institution, to the point of excluding situations materialized in the reality which affect the rights of the protection of adopted children. As a result, it is indispensable to theorize about the feasibility of the revocation of the adoption once the judicial phase has been consolidated as an exceptional measure, from a neo-constitutionalist point of view, in order to guarantee the primacy of the right of protection of adoptive child, especially in situations of physical, moral and/or sexual abuse by the adoptive family.

phase is consolidated

KEYWORDS

Adoption

Irrevocability

Abuse of the foster child

Neo-constitutionalism

CONTENIDO

Introducción	4
Capítulo 1: Contexto general de la adopción en Colombia	6
1.1. Familia, parentesco y filiación.....	6
1.2. Contexto jurídico de la adopción en Colombia. Sus características, requisitos y partes.....	13
1.3. Efectos y fases de la adopción en Colombia.....	18
Capítulo 2: Naturaleza jurídica y jurisprudencial de la irrevocabilidad de la adopción en Colombia	28
2.1. Aspectos generales de la revocabilidad de los actos jurídicos.....	28
2.2. Normatividad histórica de la irrevocabilidad de la adopción en Colombia.....	33
2.3. Cambios Jurisprudenciales de la característica de la irrevocabilidad de la adopción en Colombia.....	43
2.4. Debates alrededor de la irrevocabilidad de la adopción.....	45
Capítulo 3: Problemas presentados una vez se consolida el proceso de adopción en su etapa judicial	49
3.1. Problemas surgidos una vez se consolida la fase judicial de la adopción.....	49
3.2. La posibilidad de la revocatoria de la adopción en procesos de adopción simple en derecho y jurisprudencia comparada.....	50
Capítulo 4: Principio de protección a la integridad de los niños, niñas y adolescentes Vs situaciones de maltrato por parte de los padres adoptantes al hijo adoptado	62
4.1 Vulneración del principio de protección a la integridad de los niños, niñas y adolescentes frente a situaciones de maltrato.....	62
4.2 Aspectos relevantes de la psicología de la familia y la adopción.....	66
4.3. Conflictos conceptuales de la revocatoria de la adopción.....	68
Capítulo 5: Revocatoria de la adopción una vez consolidada la fase judicial desde un enfoque neo-constitucionalista	70
5.1. El neo-constitucionalismo como alternativa frente a la rigidez judicial.....	70
5.2. Los derechos de protección del hijo adoptivo en el acto jurídico de la adopción. Un enfoque más allá del positivismo.....	73
5.3. La revocabilidad de la adopción como amparo del derecho de protección del hijo adoptado desde una mirada neo-constitucional.....	75
Bibliografía	81

INTRODUCCIÓN

El parentesco civil derivado del proceso de adopción, una vez culminadas las dos fases: administrativa y judicial, se torna en un acto jurídico irrevocable de acuerdo con el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia. Sin embargo, se han denunciado situaciones de maltrato de los padres adoptantes hacia el hijo o hijos adoptivos¹ una vez ejecutoriada la sentencia de adopción, sin que éste pueda romper el vínculo jurídico, quedando como única opción actual la suspensión de la patria potestad o la interposición medidas de restablecimiento de derechos frente a la protección del niño, niña o adolescente, y de otro lado el iniciar contra el agresor un proceso de violencia intrafamiliar, naciendo así la necesidad de investigar esta característica de irrevocabilidad de la adopción una vez consolidada la etapa judicial, contrastada con situaciones que vulneran los derechos de protección del hijo adoptado.

Es importante posibilitar a favor del niño, niña o adolescente la viabilidad de romper el vínculo civil, cuando éste se ha consolidado por medio de una sentencia judicial, debido a que por desarrollo jurisprudencial mediante la sentencia T-844 de 2011 la Corte Constitucional adecuó únicamente la revocabilidad de la adopción en su fase administrativa, en el evento de presentarse irregularidades en la misma, y que consiste en retrotraer la declaratoria de adoptabilidad procurando ubicar al menor en su misma familia biológica incluso hasta los parientes en sexto grado. A partir de esta sentencia, el ICBF desarrolla el Concepto 126 de 13 de agosto de 2012, el cual abre la posibilidad de revocatoria de la adopción una vez consolidada su fase judicial por medio de acciones de tutela pero únicamente por situaciones de irregularidades del proceso.

El Código de la Infancia y la Adolescencia establece que una vez se consolida la adopción con la fase judicial, su característica principal es su irrevocabilidad, sin embargo, la misma no puede desconocer la vulneración de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes adoptados, específicamente el referido a su protección. A futuro, las conclusiones de este estudio podrán servir como directriz para posibilitar causales que permitan la revocatoria de la adopción una vez consolidada la fase judicial en la legislación Colombiana, como solución a la vulneración de los derechos del adoptado. De esta forma la pregunta a resolver en esta tesis fue: *¿La irrevocabilidad de la adopción una vez consolidada la fase judicial en Colombia, establecida en el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia --Ley 1098 de 2006-, es garante o por el contrario afecta el derecho a la protección del hijo adoptado?*

¹ <http://www.noticiasrcn.com/nacional-justicia/fiscalia-pediria-extradicion-espanoles-adoptaron-y-maltrataron-ninos-colombianos> Noticiero RCN del 30 de abril de 2015.

La hipótesis desarrollada es que: *en Colombia es indispensable teorizar acerca de la viabilidad de la revocatoria de la adopción una vez consolidada la fase judicial como medida excepcional, desde una mirada neo-constitucionalista en aras de garantizar la primacía del derecho de protección del hijo adoptado, especialmente en situaciones de maltrato físico, moral y/o abuso sexual por parte de la familia adoptante.*

Por tanto, el objetivo general de este trabajo de investigación es establecer el concepto teórico de la revocabilidad de la adopción una vez se consolida la fase judicial en Colombia, a partir del derecho de protección del hijo adoptado desde una tendencia neo-constitucionalista. Y como objetivos específicos se plantearon: analizar la naturaleza jurídica de la irrevocabilidad de la adopción en Colombia; desarrollar teóricamente la revocabilidad de la adopción en Colombia una vez se encuentra ejecutoriada la sentencia, a partir del derecho de protección del hijo adoptado y; formular la viabilidad de la revocación de la adopción culminada la fase judicial en Colombia como forma excepcional en caso de maltrato del hijo adoptado, desde una tendencia neo-constitucionalista.

Metodológicamente se utilizó la Dogmática Jurídica, la cual en una primera etapa se desarrolló con la recolección de información, reuniendo diversas fuentes y bibliografías al respecto como las normas, la jurisprudencia y las doctrinas o teorías al respecto; en una segunda etapa, de sistematización – interpretación lege data, se analizó la información recopilada integrando las tres fuentes propuestas; posteriormente se desarrolló un marco conceptual acerca de la irrevocabilidad de la adopción en Colombia una vez se consolida la fase judicial y; finalmente se identificaron los problemas derivados de la característica mencionada de la adopción, en aras de demostrar la conveniencia de la revocabilidad de la adopción ejecutoriada la sentencia.

El desarrollo del trabajo se realiza a través de cinco capítulos: el primero, con las generalidades de la adopción en Colombia, a manera de introducción del tema; un segundo capítulo, acerca de la naturaleza jurídica y jurisprudencial de la irrevocabilidad de la adopción en Colombia, en cual desarrolla la adopción como acto jurídico; un tercer capítulo, acerca de los problemas presentados una vez se consolida el proceso de adopción en su etapa judicial; un cuarto capítulo, sobre el contraste del principio de protección a la integridad de los niños, niñas y adolescentes frente a situaciones de maltrato por parte de los padres adoptantes al hijo adoptado; y finalmente, un quinto capítulo en donde se teoriza sobre la viabilidad de la revocatoria de la adopción consolidada su fase judicial desde un enfoque neo-constitucionalista y centrado desde la metodología de la ponderación.

Capítulo 1: Contexto general de la adopción en Colombia.

El presente capítulo se realiza a modo introductorio del tema específico de la investigación. En ese se desarrollará de forma general aspectos referidos a la familia, filiación y adopción, para abordar en posteriores capítulos, el tema central de la investigación referida a la revocatoria de la adopción una vez se consolida la fase judicial.

1.1. Familia, parentesco y filiación.

Existen variadas definiciones de **familia**, algunas desde puntos de vista sociológicos, psicológicos, antropológicos, legales, entre otros. Desde el aspecto legal esta institución está regulada tanto en el derecho local como el internacional. Desde este punto de vista, se debe realizar una serie de articulaciones normativas que van desde la Constitución Política Nacional, el Código Civil Colombiano, algunas leyes y decretos específicos, así como definiciones doctrinales y jurisprudenciales. Sin embargo, para efectos prácticos sólo se transcribirán y analizarán los más relevantes:

En primer lugar se debe resaltar la Constitución Política Nacional en su artículo 42:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. 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 progeneración responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

No existe de forma específica en el Código Civil una definición de familia, sin embargo se encuentran algunos artículos, que dan luces de su definición:

“ARTICULO 61. ORDEN EN LA CITACIÓN DE PARIENTES. En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

- 1. Los descendientes legítimos.*
- 2. Los ascendientes legítimos falta de descendientes legítimos.*
- 3. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes legítimos.*
- 4. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o, 2o y 3o.*
- 5. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o, 2o, 3o y 4o.*
- 6. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores.*
- 7. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.*

Si la persona fuere casada, se oirá también en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”².

“ARTICULO 874. LIMITACIÓN AL USO Y HABITACIÓN. El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia. La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos”³.

Igualmente las leyes más relevantes que definen la familia en Colombia son:

LEY 294 DE 1996 SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

“ARTÍCULO 2o. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes;*
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;*
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;*
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”.*

LEY 495 DE 1999 SOBRE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA DE PATRIMONIO DE FAMILIA.

“ARTICULO 4o. El patrimonio de familia puede constituirse a favor:

- a) De una familia compuesta por un hombre y una mujer mediante matrimonio, o por compañero o compañera permanente y los hijos de estos y aquellos menores de edad.*
- b) De familia compuesta únicamente por un hombre o mujer mediante matrimonio, o por compañero o compañera permanente”.*

² El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-105 de 1994.

³ El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1235 de 2005.

“El derecho Colombiano reconoce varios criterios: a) El criterio de la autoridad a través de la autoridad familiar compartida; b) El criterio de parentesco (art 61 C.C.) ...; c) El criterio de vocación sucesoral ...; d) Criterio económico de que trata el artículo 874 del Código Civil y que se refiere a la familia extensa”⁴.

Concepto en sentido restringido y general de familia: “Familia es el conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción”⁵.

“Existen distintos tipos de familia como las familias incompletas o monoparentales, de uniones sucesivas, ensambladas o reconstituidas, uniones maritales de hecho, uniones homosexuales o transexuales, etc. (...) La familia del futuro va a estar influenciada por los avances de la genética especialmente por los avances de las técnicas de reproducción humana asistida”⁶.

“Grupo social que se caracteriza por una complejidad de redes de relación interpersonal, en las cuales la intimidad y la convivencia más o menos permanente en el tiempo hacen de ella un grupo específico. La componen personas con vínculos de sangre o por adopción legal o ilegal, que se diferencian por su edad y género, y que establecen relación entre sí y con el medio externo. En ella se estructura la identidad, se protege a los miembros y se da el intercambio con la cultura”⁷.

Además de estos diversos conceptos de familia, se debe indicar de forma relevante la protección que se ha dado a esta institución. De esta forma, Luis David Duran Acuña⁸ enumera y desarrolla los instrumentos internacionales y nacionales relacionados con la familia y su protección:

- a. Protección de la familia de forma general, establecida en: Declaración Universal de Derechos Humanos - DUDH, artículo 16; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - PIDCP (Ley 74 de 1968), artículo 23; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) - CADH (Ley 16 de 1972), artículo 17; Constitución Política Nacional de 1991, artículos 5, 42; Ley 82 de 1993, artículo 1°, por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; Ley 294 de 1996 artículo 2, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

⁴ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 15ª edición. 2014. Pág.: 5 y 6.

⁵ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1946. Pág.: 10.

⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 15ª edición. 2014. Pág.: 2.

⁷ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Naturaleza del conflicto en el área de atención de familia. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá. 1999. Pág.: 23-29.

⁸ DURAN ACUÑA, Luis David. Estatuto Legal de la Familia y el Menor. Compilación legislativa. Universidad Externado de Colombia. 2000. Pág.: 41 a 68.

b. Derechos y libertades de y en la familia:

- Derecho a la igualdad: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CECM (Ley 51 de 1981), artículos 1, 5, 6, 9, 16; Convención Internacional sobre los derechos del Niño - C.D.N. (Ley 12 de 1991), artículo 2; Constitución Política Nacional de 1991, artículos 5, 13, 43; Código Civil artículo 1039;
- Derecho a fundar una familia: Declaración Universal de Derechos Humanos – DUDH, artículo 16; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - PIDCP (Ley 74 de 1968), artículo 23; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) - CADH (Ley 16 de 1972), artículo 17;
- Derecho a la unidad familiar: Convención Internacional sobre los derechos del Niño - C.D.N. (Ley 12 de 1991), artículo 9, 10, 11;
- Derecho a la protección familiar: Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último - PIDESC (Ley 74 de 1968), artículo 10, 11, 23; Ley 294 de 1996, artículo 1 a 21, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar;
- Derecho a la vida digna: Declaración Universal de Derechos Humanos – DUDH, artículo 25; Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último - PIDESC (Ley 74 de 1968), artículo 11;
- Derecho a la intimidad, a la honra y al buen nombre: Declaración Universal de Derechos Humanos – DUDH, artículo 12; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) - CADH (Ley 16 de 1972), artículo 11; Constitución Política Nacional de 1991, artículos 15; Ley 13 de 1972, artículo 1, por la cual se prohíbe la segregación de los ciudadanos para obtener empleo;
- Derecho a la vivienda digna: Constitución Política Nacional de 1991, artículos 51; Derecho a la utilización de aguas de dominio público: Decreto 2811 de 1974, artículo 86 Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente;
- Derecho de habitación: Código Civil artículo 874;
- Libertad personal de sus miembros: Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) artículo 4;
- Libertad religiosa: Código de Procedimiento Civil artículo 19, Código Civil artículo 596, Código del Menor artículo 11;
- Responsabilidad del contratante por su familia: en contrato de arrendamiento (Código Civil artículo 1999); en contrato de transporte (Código Civil artículo 2075);
- Derecho de no autoincriminación: Constitución Política Nacional de 1991, artículos 33; Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) artículo 8 num b.

De estos **conceptos de familia** se pueden **concluir** varios aspectos para definirla:

- Conjunto de personas: es decir, la reunión de dos o más personas con vínculos comunes.
- Vínculos o relaciones comunes: que van desde el tradicional concepto de vínculos sanguíneos, afines o civiles, o simplemente legales (para el caso del cónyuge o compañero permanente) o desde conceptos más amplios como el compartir el mismo techo (vínculo de convivencia) o el mismo proveedor económico, hasta simplemente poseer vínculos de solidaridad, intimidad y convivencia.
- Origen diverso de la familia: la familia se puede originar por el matrimonio⁹ o la unión marital de hecho (heterosexual¹⁰ u homosexual¹¹), adopción, madres o padres cabezas de familia¹² junto con su descendencia y personas a cargo, familias ensambladas o reconstituidas¹³, o personas con dependencia económica que conviven bajo el mismo techo.
- Es una institución: base de la sociedad, es decir, los sociólogos indican que es la institución social por excelencia.
- Concepto variable según el momento histórico y contexto local: así, es muy interesante analizar como el concepto de familia superó primero las relaciones derivadas de la consanguinidad, y de pareja, además de los patrones comunes en la formación de familia –padre, madre e hijos-. Lo que indica la transformación y continuo cambio en la construcción de su definición.
- Posee diferentes mecanismos de protección: estos mecanismos son reglados desde el ordenamiento internacional. El fin es la protección integral de cada uno de sus miembros.

De la institución de familia, se desprenden dos conceptos básicos a su vez: el parentesco y la filiación. El primero de ellos, es decir, el **parentesco** está definido en nuestro ordenamiento legal a partir de los artículos 35 y siguientes del Código Civil. Los doctrinantes coinciden en definirlo como “la relación de familia, que existe entre dos personas”¹⁴.

⁹ El fundamento jurídico del matrimonio heterosexual descansa en el artículo 113 del Código Civil que lo define como un “contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”; entre tanto el matrimonio civil homosexual fue aprobado mediante sentencia SU-214 de 2016 de la Corte Constitucional.

¹⁰ Ley 54 de 1990, en su artículo 1°, desarrolla el concepto de unión marital de hecho formada por un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

¹¹ Sentencia C-557 de 2011, la cual desarrolla el concepto de familia constituida por personas del mismo sexo.

¹² Las madres cabezas de familia tienen protección especial establecida en la Ley 82 de 1993, complementada junto con otras leyes como la 750 de 2002. Esos derechos se han extendido a los padres cabeza de familia por desarrollos jurisprudenciales como sentencia C-184 de 2003 y C-722 de 2004.

¹³ “En esta familia los hijos del matrimonio pasan a tener nuevos hermanos que no lo son; se agregan tíos y abuelos provenientes de otras familias; los padrastros y las madrastras cumplen funciones que se superponen con las de los padres biológicos, etc.”. Tomado de MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 15ª edición. 2014. Pág.: 2.

¹⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1946. Pág.: 10.

El artículo 35 del Código Civil define el parentesco de consanguinidad indicando que “es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre”; a su vez el artículo 50 define el **parentesco civil**: “es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas”.

Frente a la segunda noción a estudiar, se debe indicar que el derecho constitucional de toda persona a tener una familia¹⁵, hace de la **filiación** una institución civil de gran importancia, ya que a través de esta se establece la procedencia de toda persona natural y en consecuencia genera diversos derechos y obligaciones entre los individuos. Es por ello que se define como:

“La filiación es la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra. O dicho en otros términos: es la relación que existe entre el padre y el hijo (...) La filiación atendiendo a los hechos o actos que la originan, puede ser legítima, natural y adoptiva (...) La filiación legítima supone el hecho de la procreación y que esta procreación se haya efectuado cuando los padres se encontraban ligados por el vínculo matrimonial (...) En la filiación natural sólo existe el hecho material de la procreación, más no el acto jurídico del matrimonio de los padres”¹⁶.

Por ello, es claro que desde el punto de vista del derecho privado el derecho a tener una familia está entrelazado con el tema de la filiación que se define como “un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con la otra”¹⁷, y dentro de esta la adopción.

Así, tanto la filiación matrimonial y extramatrimonial, tienen como elemento común su origen en el parentesco por consanguinidad, es decir, en el hecho de la procreación dentro o fuera del matrimonio, a diferencia de la **filiación civil** en la cual se produce de una ficción legal, ya que por medio de un trámite se adquiere el lazo paterno filial que por naturaleza no se tiene:

“(...) La filiación adoptiva difiere profundamente de las dos anteriores; no supone ni la procreación ni el matrimonio; es el producto de una convención o acto jurídico que se celebra entre adoptante y adoptado y que el legislador acepta gustoso, porque con ello se tiende a dar una familia a quien carece de ella y un hijo a aquéllos a quienes la naturaleza se los ha negado”¹⁸.

¹⁵ Artículo 42 y 44 de la Constitución Política Nacional de 1991.

¹⁶ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1946.

¹⁷ SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I: Derecho matrimonial. 6ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 1995. Pág.: 4.

¹⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1946. Pág.: 349.

A continuación se recopilan algunos conceptos de **adopción**:

“Desde un marco estrictamente jurídico (...) la adopción no es otra cosa que un conjunto de normas configurativo de una institución jurídica”¹⁹;

“La adopción es una institución jurídica en cuya razón se establecen entre dos o más personas relaciones análogas a aquellas que derivan de la filiación legítima”²⁰;

“(...) sociológicamente es un instrumento a través del cual se procura atenuar la triste situación de la población infantil desprotegida, a tiempo que sirve de consuelo a un buen número de matrimonios estériles, mientras que, jurídicamente responde a un cumulo de normas cuyo desarrollo implica el establecimiento entre dos personas, generalmente extrañas la una de la otra, de relaciones similares a las que brotan de la paternidad y filiación legítima”²¹.

Frente a estos conceptos, los autores coinciden en que la adopción responde al concepto opuesto de la filiación consanguínea: “la mayoría de los autores se han percatado que la esencia de la adopción hay que buscarla en la creación de un vínculo especial de parentesco, que ha dado en llamarse civil para distinguirlo del natural”²².

Autores como Jorge Eduardo Coll y Alfredo Estivil²³, Gustavo Dager Chadid²⁴, Eduardo Ignacio Fanzolato²⁵, Cecilia Grosman y Silvia Mesterman²⁶, Cecilia P. Grosman e Inere Martínez Alcorta²⁷, Jacques Leclercq²⁸, Fernando José Sanjurjo²⁹, coinciden en indicar que la filiación adoptiva es una institución del derecho de familia en virtud de la cual, y por medio de una sentencia judicial, se crea entre personas no ligadas por lazos biológicos próximos, un vínculo jurídico de parentesco idéntico o similar al que surge de la filiación consanguínea establecida.

¹⁹ BUENAHORA Febres-Cordero, Jaime. La adopción. Implicaciones jurídicas y sociológicas. Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Bogotá. 1977. Pág.: 69.

²⁰ *Ibídem*. Pág.: 70.

²¹ *Ibídem*. Pág.: 70.

²² GAMBÓN Alix, Germán. La adopción. Editorial José M. Bosch. Barcelona. 1960. Pág.: 41.

²³ COLL, Jorge Eduardo y ESTIVIL, Alfredo. La adopción. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1947.

²⁴ DAGER CHADID, Gustavo. La adopción. Editorial Carbel. 1968.

²⁵ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. La filiación adoptiva. Córdoba: Advocatus, 1980.

²⁶ GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia. Maltrato al Menor. Editorial Universidad de Buenos Aires. 1992.

²⁷ GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Inere. Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio, ley y creencias. Problemas y soluciones legales. Universidad. Buenos Aires. 2000.

²⁸ LECLERQ, Jacques. La familia. Editorial Herder. Barcelona. 1962.

²⁹ SANJURJO, Fernando José. La adopción. Librería Jurídica. Buenos Aires. 1947.

Autores colombianos como Fernando Hinestrosa, Arturo Valencia Zea³⁰, Pedro Lafont Pianetta³¹, Roberto Suárez Franco³², Fabio Naranjo Ochoa³³ y Jorge Parra Benítez³⁴, recopilan un análisis del concepto de la adopción coincidiendo en que es un prohijamiento de un hijo que por naturaleza no lo es, surgiendo de allí el parentesco civil.

Sin embargo Marco Gerardo Monroy Cabra señala que estos conceptos han sido superados: “Actualmente no se acepta que la adopción sea una ficción entre personas extrañas y que crea relaciones inherentes a la paternidad y la filiación (Planiol, Colin y Capitant), sino que se considera como una “realidad sociológico-social”. Se afirma que la adopción es un medio de protección para el menor abandonado y que la paternidad no solo se fundamenta en vínculos de sangre, sino en aspectos morales, sociales y familiares”³⁵. Por ello, en la actualidad se habla de la adopción como una medida de protección, según cambio introducido a partir del Código del Menor en su artículo 88.

1.2. Contexto jurídico de la adopción en Colombia. Sus características, requisitos y partes.

El derecho entendido como conjunto de normas que regula las relaciones humanas ³⁶, debe responder a necesidades reales y adecuarse a las transformaciones sociales, económicas y culturales, pues así conserva su aplicabilidad y más aún en temas de relevancia tan significativa como lo son la adopción y el derecho a conformar una familia. Es por esta razón que el Código de la Infancia y la Adolescencia³⁷ se ocupa del tema y establece los lineamientos generales para la adopción, ya que los específicos en la parte técnico-administrativa son desarrollados por el ICBF³⁸.

El derecho de adopción está íntimamente entrelazado con el derecho constitucional a tener una familia que ha sido desarrollado ampliamente por la Corte

³⁰ VALENCIA ZEA, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Familia, 7ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 1995.

³¹ LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia. Editorial Temis. 2011.

³² SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II: Filiación y Régimen de los incapaces. 4ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2006.

³³ NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho Civil. Personas y Familia. 11ª Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2006.

³⁴ PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2008.

³⁵ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 15ª edición. 2014. Pág.: 135.

³⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. 11ª Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 1998. Pág.: 32.

³⁷ Ley 1098 de 2005.

³⁸ Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016, por medio del cual el ICBF expidió el lineamiento técnico administrativo del programa de adopción.

Constitucional³⁹, en donde realiza el análisis del artículo 42⁴⁰ y 44⁴¹ garantizando los derechos de los integrantes de la misma. Obviamente, este derecho se desarrolla desde el bloque de constitucionalidad en donde debe respetarse la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención sobre los derechos del niño de 1989, Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de la Haya, Convención Interamericana sobre conflictos de leyes de adopción de menores, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otras.

Es relevante indicar las **características** de la adopción, las cuales se pueden enunciar así:

- La adopción es un *acto jurídico*⁴²: “En el evento de enfrentar una exteriorización de la voluntad humana en la que incidan la dirección y la reflexión, encaminadas a la consecución de unos fines determinados descritos en la ley. Pero que, si por el contrario, tomamos como punto de

³⁹ Ver al respecto: Sentencia de 2012 septiembre 18, Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión, Magistrado Ponente: Palacio Palacio, Jorge Iván; Sentencia T-679/12, Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión, Magistrado Ponente: Calle Correa, María Victoria; Sentencia de 2012 julio 03, Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión, Magistrado Ponente: Sierra Porto, Humberto; Sentencia de 2012 marzo 26; Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión, Magistrado Ponente: Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio; Sentencia de 2012 marzo 26, Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión, Magistrado Ponente: Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio; Corte Constitucional. Sentencias T-165 de 2004; Sentencia de 2011 noviembre 08, Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión, Magistrado Ponente: Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio; Sentencia de 2011 junio 30, Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión, Magistrado Ponente: Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio; Sentencia de 2011 febrero 11, Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión, Magistrado Ponente: González Cuervo, Mauricio; Sentencia T-068-11, Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión, Magistrado Ponente: Henao Pérez, Juan Carlos; Sentencia de 2010 diciembre 14, Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión, Magistrado Ponente: Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo; Sentencia T- 840/10, Corte Constitucional. Sala Plena, Magistrado Ponente: Vargas Silva, Luis Ernesto; Sentencia T- 671/10, Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión, Magistrado Ponente: Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio; Sentencia T-572/10, Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión, Magistrado Ponente: Henao Pérez, Juan Carlos; Sentencia T-968/09, Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión, Magistrado Ponente: Calle Correa, María Victoria; Sentencia T-887/09, Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión, Magistrado Ponente: González Cuervo, Mauricio.

⁴⁰ Artículo 42 de la Constitución Política: “La familia es el núcleo de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia...Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes...”.

⁴¹ Artículo 44 de la Constitución Política: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión ... La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos ... Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

⁴² El acto jurídico es toda manifestación de voluntad intencionalmente dirigida a la producción de efectos de derecho que consisten en la creación, modificación o la extinción de relaciones jurídicas (las cuales son obligaciones).

partida ese conjunto integrado de reglas de derecho, la adopción deberá concebirse como institución jurídica⁴³;

- Es una *institución de orden público*: “la adopción es de aquellas instituciones que forzosamente debe ser bien mirada por el legislador, por las finalidades que persigue: dar un hijo a quien la naturaleza se lo ha negado, y en muchos casos proporcionar un hogar a un niño que carece de él”⁴⁴;
- Esta figura de la adopción es una *medida de protección*: establecida esencialmente a favor de menores de edad, sin embargo no siempre obedece a una medida de restablecimiento de derechos, ya que es posible adoptar a niños, niñas o adolescentes que no se encuentren en situación de riesgo o abandono por ejemplo adoptar al hijo/a del cónyuge o compañero permanente;
- Es un *vínculo esencialmente legal y voluntario*: “La filiación adoptiva difiere profundamente de la filiación legítima y la filiación natural...la filiación adoptiva, no cuenta con elemento de la procreación, emana de un contrato celebrado entre adoptante y adoptado. Es, entonces, la adopción un vínculo esencialmente legal y voluntario en el cual para nada interviene la naturaleza”⁴⁵;
- Tiene por prioridad el *interés del adoptado*: la finalidad de los cambios legales y jurisprudenciales han apuntado a lograr un total garantismo a los derechos del adoptado, quien es la parte débil de esta institución. La figura de la adopción centra la atención en la conveniencia de la adopción para los intereses del niño, niña o adolescente. Esta característica está íntimamente ligada a la superioridad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la cual se favorece por su condición en desarrollo a este sector;
- Es una *fuerza de parentesco no natural*: Toda vez que efecto principal de la adopción es crear un lazo paterno-filial entre personas que por naturaleza no lo poseen;
- Es un *derecho para los niños, niñas y adolescentes*: Los diferentes ordenamientos internacionales y nacionales enumerados en la primera parte de este capítulo, indican cómo el derecho a tener una familia, es inherente al ser humano. Por ello el Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla en su parte introductoria los derechos de los sujetos de protección más específicos: niños, niñas y adolescentes, entre estos el derecho a tener una familia⁴⁶. Solamente es posible la adopción de personas menores de 18

⁴³ BUENAHORA Febres-Cordero, Jaime. La adopción. Implicaciones jurídicas y sociológicas. Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Bogotá. 1977. Pág.: 69.

⁴⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1946. Pág.: 459.

⁴⁵ *Ibidem*. Pág.: 459.

⁴⁶ “Artículo 22. Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

- años⁴⁷, aunque excepcionalmente es posible adoptar a un mayor de 18 años, siempre y cuando se conviva los dos años anteriores con él⁴⁸;
- *Es indiferente la razón que lleva al adoptante a adoptar*: históricamente las razones se han ampliado: desde la básica de otorgarle un hogar a un menor que no lo posee, problemas de infertilidad, efectos sucesorales, parejas homosexuales, personas solteras, o fines altruistas. “(...) en la actualidad la adopción responde sociológicamente a una dualidad concausal, por cuanto que, se logra la armonización de un sentimiento paternalista con tendencia a la perpetuidad y la atenuación de una circunstancia social desoladora y triste cual es la del infante abandonado”⁴⁹;
 - Los derechos del adoptante son afines a los del hijo adoptivo: “Al adoptivo debe dársele un tratamiento único: el que corresponde a un hijo legítimo, y nada justifica esa diferenciación que ha hecho nuestro legislador. La adopción no es una ficción, es una realidad sociológica, y un verdadero padre no es quien simplemente engendra y da nacimiento a la vida de un niño, sino quien lo educa moral y sociológicamente, quien atiende a esa gama que conforman sus necesidades. El que voluntariamente toma a otro como hijo desea conscientemente que ese ser tenga todas las calidades y prerrogativas inherentes a tal”⁵⁰;
 - Tiene un *ente rector interno: el ICBF*. Así, la Ley 7^o de 1979 con su Decreto Reglamentario 2388 de 1979 y la Ley 1098 de 2006, establecen que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es la entidad rectora, coordinadora y articuladora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y en consecuencia entidad exclusiva de las adopciones en el país. A su vez se define que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar es “el conjunto de organizaciones, instituciones, agencias o entidades públicas o privadas que total o parcialmente atienden la prestación del servicio”⁵¹. De forma específica el ICBF expidió el lineamiento técnico administrativo del programa de adopción mediante la Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016⁵².

Nuestra normatividad interna, señala los **requisitos** frente a la adopción: unos para el adoptante, otros desde el punto de vista del adoptivo⁵³, y los últimos frente al acto

⁴⁷ “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”.

⁴⁸ “Artículo 69. Adopción de mayores de edad. Podrá adoptarse al mayor de edad, cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho (18) años. La adopción de mayores de edad procede por el sólo consentimiento entre el adoptante y el adoptivo. Para estos eventos el proceso se adelantará ante un Juez de Familia”.

⁴⁹ BUENAHORA Febres-Cordero, Jaime. La adopción. Implicaciones jurídicas y sociológicas, Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Bogotá. 1977. Pág.: 69.

⁵⁰ *Ibidem*. Pág.: 48.

⁵¹ Artículo 4 del Decreto No. 2388 de 29 de septiembre de 1979, reglamentario de la Ley 7^a de 1979.

⁵² Anteriormente el lineamiento técnico en adopciones del ICBF correspondía a la Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010.

⁵³ Art 68.

de adopción. Estos parámetros son de orden público, es decir, que no aceptan excepciones o modificaciones, concluyendo así que la adopción no es posible frente a las personas que no cumplan los requisitos que exige la ley y que el legislador ha establecido, no por capricho suyo sino para proteger a los niños, niñas y adolescentes, ofreciéndoles condiciones adecuadas para un desarrollo armónico e integral.

“En consecuencia, los requisitos para la adopción son:

- (1) *Desde el punto de vista del adoptante: a) capacidad; b) haber cumplido 25 años de edad; c) tener 15 años de edad más que el adoptivo; y d) garantizar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente.*
- (2) *Desde el punto de vista del adoptivo, ser menor de edad (o excepcionalmente mayor si el adoptante tuvo su cuidado personal y convivió bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que cumpliera los dieciocho (18) años).*
- (3) *Desde el punto de vista del acto de la adopción, se exige que los padres de sangre del adoptivo menor hayan consentido en la adopción o el mismo haya sido declarado en situación de adoptabilidad. Y si el adoptivo tiene bienes, que se observen las formalidades de los guardadores”⁵⁴.*

Así, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 68⁵⁵ enumera taxativamente los requisitos para adoptar, los cuales están encaminados a garantizar el derecho constitucional a la conformación de una familia y por supuesto a suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente, además se presume que cualquier persona que cumpla esos requisitos puede adoptar. Veamos:

“Artículo 68. *Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:*

1. *Las personas solteras.*
2. *Los cónyuges conjuntamente.*
3. *Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.*
4. *El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.*
5. *El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.*

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

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

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

⁵⁴ PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2008. Pág.: 208.

Sin embargo, dado que son muy amplios esos requisitos, en la práctica se desarrollan de manera más específica y concreta como consecuencia de las recomendaciones y los lineamientos técnicos del ICBF⁵⁶, los cuales son vinculantes ya que esta institución es la encargada del trámite administrativo que decide si la adopción se concede o no en una primera etapa⁵⁷.

Las **partes** que intervienen en los procesos de adopción son:

ADOPTANTE: que es la persona plenamente capaz.

ADOPTIVO O ADOPTADO: que es el niño, niña o adolescente.

1.3. Efectos y fases de la adopción en Colombia.

El artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala los **efectos** de la adopción:

“Artículo 64. Efectos jurídicos de la adopción. La adopción produce los siguientes efectos:

1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.

2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.

3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.

4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9° del artículo 140 del Código Civil⁵⁸.

5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia”.

Frente al numeral primero de este artículo, las consecuencias son relevantes jurídica y socialmente⁵⁹. Las siguientes tienen relación con los derechos y obligaciones de los padres respecto al hijo (a) adoptado (a):

⁵⁶ Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016, por medio del cual el ICBF expidió el lineamiento técnico administrativo del programa de adopción.

⁵⁷ Artículo 73 Código de la Infancia y la Adolescencia.

⁵⁸ Se refiere a la prohibición de contraer matrimonio el hijo adoptivo con sus parientes consanguíneos (legítimos e ilegítimos) que se hallen en línea recta –hijos, padres, abuelos, etc.- o línea directa colateral hasta 2º grado –hermanos-.

⁵⁹ PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2008. Pág.: 223.

- la patria potestad⁶⁰, que a su vez conlleva tres facultades: la representación legal y extralegal del hijo⁶¹, el derecho de usufructo⁶² y la administración⁶³;
- el derecho de corrección⁶⁴;
- la dirección de la educación⁶⁵;
- formación moral e intelectual del hijo; su crianza, sustentación y establecimiento⁶⁶;
- el derecho de alimentos⁶⁷;
- la vocación sucesoral⁶⁸;
- subsidios familiares;
- seguros.

Las siguientes tienen relación con los derechos y obligaciones del hijo (a) adoptado (a) respecto al padre adoptivo:

- la obligación de respeto y obediencia a los padres⁶⁹;
- el derecho de alimentos⁷⁰;
- la vocación sucesoral⁷¹;
- subsidios familiares;
- seguros.

⁶⁰ “Es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole”. Tomado de: ROBERTO SUÁREZ FRANCO y Decreto 2820 de 1974.

⁶¹ Su fundamento jurídico son los artículos 39 y 40 del Decreto 2820 de 1974, los cuales modificaron los artículos 306 y 307 del Código Civil.

⁶² Su fundamento jurídico es el artículo 26 del Decreto 2820 de 1974, el cual modificó el artículo 291 del Código Civil, que hace referencia al peculio profesional o industrial y al peculio adventicio ordinario. Excluyendo de la patria potestad el peculio adventicio extraordinario.

⁶³ Su fundamento jurídico es el artículo 29 del Decreto 2820 de 1974, el cual modificó el artículo 295 del Código Civil.

⁶⁴ Su fundamento jurídico es el artículo 21 del Decreto 2820 de 1974, el cual modificó el artículo 262 del Código Civil. Sin embargo, existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales se habla de corrección moderada, es decir, mediante actos adecuados, sin ejercer violencia moral o física. Ver al respecto Sentencias C-371 de 1994 y T-123 de 1994.

⁶⁵ Su fundamento jurídico es el artículo 23 del Decreto 2820 de 1974, el cual modificó el artículo 264 del Código Civil.

⁶⁶ Igualmente su fundamento jurídico es el artículo 23 del Decreto 2820 de 1974, el cual modificó el artículo 264 del Código Civil.

⁶⁷ Su fundamento jurídico es el artículo 411 numeral 7 del Código Civil.

⁶⁸ Su fundamento jurídico son los artículos 1045 y 1046 del Código Civil, los cuales fueron modificados por la Ley 29 de 1982, artículos 4 y 5 respectivamente, que establecen el primer y segundo orden sucesoral para sucesiones intestadas, y el derecho a ser legitimario establecido en el artículo 1240 del Código Civil para sucesiones testadas.

⁶⁹ Su fundamento jurídico es el artículo 18 del Decreto 2820 de 1974, el cual modificó el artículo 250 del Código Civil.

⁷⁰ Su fundamento jurídico es el artículo 411 numeral 8 del Código Civil.

⁷¹ Su fundamento jurídico son los artículos 1045 y 1046 del Código Civil, los cuales fueron modificados por la Ley 29 de 1982, artículos 4 y 5 respectivamente, que establecen el primer y segundo orden sucesoral para sucesiones intestadas, y el derecho a ser legitimario establecido en el artículo 1240 del Código Civil para sucesiones testadas.

Igualmente se derivan algunas prohibiciones como la del impedimento matrimonial entre adoptante y adoptivo⁷².

Este artículo referido a los efectos de la adopción, igualmente reitera la desaparición de la adopción simple en nuestro ordenamiento legal.

Fases

“En todo caso, la adopción se forma por la conjunción de un trámite administrativo ante el ICBF y un proceso judicial que culmina con sentencia”⁷³. Sin embargo, existe una tercera fase que se desarrollara en páginas posteriores:

En la **primera fase de la adopción**, referida al **trámite administrativo**, culmina por dos situaciones:

1. Cuando el menor de 18 años es declarado en situación de adoptabilidad, ó
2. Cuando la adopción del menor ha sido consentida previamente por sus padres.

En la primera situación, es decir, cuando existe una **declaratoria de adoptabilidad**, esta debe ser otorgada por el Defensor de Familia⁷⁴, y se concreta en una resolución mediante la cual ordena una o varias medidas de restablecimiento de derechos:

“Artículo 108. Homologación de la declaratoria de adoptabilidad. 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 en la oportunidad prevista en el párrafo primero del artículo anterior, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

⁷² Impedimento matrimonial establecido en el artículo 140 num 11 Código Civil.

⁷³ PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2008. Pág.: 208.

⁷⁴ *“Artículo 107. Contenido de la declaratoria de adoptabilidad o de vulneración de derechos. En la resolución que declare la situación de adoptabilidad o de vulneración de derechos del niño, niña o adolescente, se ordenará una o varias de las medidas de restablecimiento consagradas en este Código.*

En la misma resolución se indicará la cuota mensual que deberán suministrar los padres o las personas de quienes dependa el niño, la niña o el adolescente, para su sostenimiento mientras se encuentre bajo una medida de restablecimiento, cuando a ello haya lugar.

Parágrafo 1°. 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. Para ello deberán expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustentan la oposición.

Parágrafo 2°. Para garantizar la adecuada atención del niño, niña o adolescente en el seno de su familia, el Defensor de Familia podrá disponer que los padres o las personas a cuyo cargo se encuentre, cumplan algunas de las siguientes actividades:

1. Asistencia a un programa oficial o comunitario de orientación o de tratamiento familiar.
2. Asistencia a un programa de asesoría, orientación o tratamiento de alcohólicos o adictos a sustancias que produzcan dependencia.
3. Asistencia a un programa de tratamiento psicológico o psiquiátrico.
4. Cualquiera otra actividad que contribuya a garantizar el ambiente adecuado para el desarrollo del niño, niña o adolescente”.

En los demás casos la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina de registro civil”.

Importante tener en cuenta, que es posible oponerse a esta resolución, dentro de los 20 días siguientes, la cual deberá resolver el juez de familia:

“Artículo 123. Homologación de la declaratoria de adoptabilidad. 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”.

En la segunda situación, es decir, cuando los padres del niño, niña o adolescente otorguen el **consentimiento**⁷⁵ para la adopción, este es el componente fundamental, por ello existen múltiples sentencias de la Corte Constitucional al respecto⁷⁶. “El consentimiento, entonces, es la manifestación ante el Defensor de Familia, informada, libre y voluntaria, de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad, en otras palabras, es el acto de voluntad mediante el cual los padres expresan su intención de que el hijo sea adoptado”⁷⁷.

⁷⁵ *“Artículo 66. Del consentimiento. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:*

1. *Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.*
2. *Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.*

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá 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 segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público”.

⁷⁶ Sentencia T-510 de 2003.

⁷⁷ PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2008. Pág.: 211.

El consentimiento tiene unas características⁷⁸:

- Previo;
- Personal;
- Solemne;
- Válido civilmente (ausencia de vicios: error, fuerza y dolo, ausencia de ilicitud en la causa y objeto) e idóneo constitucionalmente (“consentimiento cualificado, fundado en normas cuya interpretación debe partir de su carácter de orden público, del interés del menor y de los tratados y convenios internacionales ratificados y aprobados por Colombia”⁷⁹);
- Irrevocable después de transcurrido un mes a su otorgamiento.

La ley 1098 de 2006⁸⁰ igualmente preciso algunas situaciones de prohibición, en las que el consentimiento no es válido:

- Consentimiento del hijo que está por nacer;
- Consentimiento otorgado dentro del mes siguiente al nacimiento del niño o niña;
- El viciado de error, fuerza o dolo;
- El que tenga objeto o causa ilícita;
- El otorgado sin la suficiente información y asesoría acerca de las consecuencias de la decisión;
- El consentimiento a favor de adoptantes determinados, salvo el caso de parientes hasta tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o para el caso de la adopción del hijo del compañero o cónyuge;
- El consentimiento de padre o madre menores de edad, sin la asistencia de sus padres, cuidadores y Ministerio Público.

En esta primera fase administrativa, es competente el ICBF.

En la **segunda fase de la adopción**, referida al **proceso judicial**, consiste en el trámite legal surtido ante el juez de familia del domicilio de la persona o entidad que tenga a cargo el niño, niña o adolescente, que culmina con la ejecutoria de una sentencia. Sin embargo, este trabajo hará énfasis en la tercera fase de la adopción.

“Ley 1098 de 2006. Artículo 124. Adopción. Es competente para conocer el proceso de adopción en primera instancia el juez de familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentre el niño, niña o adolescente. La demanda sólo podrá ser formulada por los interesados en ser declarados adoptantes, mediante apoderado.

A la demanda se acompañarán los siguientes documentos:

- 1. El consentimiento para la adopción, si fuere el caso.*
- 2. La copia de la declaratoria de adoptabilidad o de la autorización para la adopción, según el caso.*
- 3. El registro civil de nacimiento de los adoptantes y el del niño, niña o adolescente.*

⁷⁸ Ibídem. Pág.: 211.

⁷⁹ PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2008. Pág.: 217.

⁸⁰ Artículo 66.

4. El registro civil de matrimonio o la prueba de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes.
5. La certificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de una entidad 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.
6. El certificado vigente de antecedentes penales o policivos de los adoptantes.
7. 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.
8. La aprobación de cuentas del curador, si procede.

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

1. Inscripción del compañero o compañera permanente en los registros de las Cajas de Compensación Familiar o de las instituciones de seguridad o previsión social.
 2. Inscripción de la declaración de convivencia que haga la pareja, en la Notaría del lugar del domicilio de la misma, con antelación no menor de dos años.
 3. El Registro Civil de Nacimiento de los hijos habidos por la pareja.
- Cuando se trate de compañeros permanentes residentes en el exterior, la convivencia extramatrimonial se probará de conformidad con la legislación del país de residencia de los solicitantes”.

Ahora bien, aunque los autores consultados no incluyen una **tercera fase** de la adopción, para efectos de demostrar la hipótesis planteada con el presente trabajo, **es evidente** resaltar la existencia de otra etapa relacionada con la política a desarrollar con el **seguimiento post adopción**, lapso que debería tener una relevancia igual a las anteriores etapas. Para esta tercera fase la normatividad correspondiente está establecida de forma específica en la Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016⁸¹, por la cual se expide por parte del ICBF el lineamiento técnico administrativo del programa de adopción en Colombia; específicamente con el seguimiento post adopción, establece lo siguiente:

En primer lugar se define el “seguimiento post-adopción”, como un “conjunto de actividades de acompañamiento psicosocial a la familia adoptiva, con el fin de verificar el proceso de adaptación e integración familiar, social y cultural del niño, niña o adolescente en garantía de sus derechos. La intención no es juzgar, fiscalizar, evaluar la función paterna, ni violar su intimidad, sino acompañar y apoyar”⁸².

“Etapa post-adopción:

PASO 32. Seguimiento post-adopción.

El objetivo del seguimiento post-adopción es conocer la realidad de los niños, niñas y adolescentes en su nuevo contexto familiar, entorno social y cultural, a fin de garantizar su bienestar emocional, implementando un proceso de acompañamiento con las familias

⁸¹ Anteriormente el lineamiento técnico en adopciones del ICBF correspondía a la Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010.

⁸² Página 73 de la Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016 “Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción en Colombia”.

liderado desde el ICBF y las Instituciones Autorizadas, en coordinación con las Autoridades Centrales y organismos acreditados.

El término de acompañamiento para el seguimiento post-adopción se inicia desde la fecha de la sentencia de adopción ejecutoriada, siendo un requisito de ley. Este seguimiento está a cargo de profesionales en psicología o trabajo social idóneos del ICBF o de la Institución Autorizada, para residentes en Colombia, y de equipos psicosociales o de profesionales capacitados e idóneos asignados por el Organismo Acreditado o por la Autoridad Central correspondiente, en caso de residentes en el extranjero, quienes seguirán las especificaciones de este apartado y presentarán el informe respectivo al Comité de Adopciones de la Regional o de la Institución Autorizada, para su análisis y decisiones.

La persona, cónyuges o compañeros permanentes conocen su compromiso de permitir el seguimiento post-adopción por parte del equipo psicosocial del ICBF, Institución Autorizada, Organismo Acreditado o de la Autoridad Central, según sea el caso, y como tal se deja constancia en la solicitud de adopción.

Actividades que deben incluir el seguimiento post-adopción:

Realizar una visita al hogar de las familias establecidas de mínimo tres horas (3), donde se deberá:

1. Entrevistar a los padres y a los demás adultos que convivan con los niños, niñas y adolescentes adoptados.
2. Entrevistar a los niños, niñas y adolescentes que vivan en el hogar, cuando su edad y su desarrollo evolutivo lo permita.
3. En aquellos casos en que la edad o el desarrollo evolutivo no permita hacer una entrevista, se deberá interactuar con los niños, niñas y adolescentes a través de técnicas como la observación directa y actividades lúdicas (dibujo, títeres, etc.)
4. Brindar acompañamiento, consejería, orientación, e intervención a las familias adoptantes, que facilite y mejore el proceso de ajuste familiar durante la visita realizada por el profesional.
5. Conceptuar y diligenciar el modelo de Informe de Seguimiento Post-Adopción (Anexo 16), o el formato correspondiente de acuerdo a lo establecido por el Lineamiento Técnico del Programa de Adopción vigente, y las directrices de la Subdirección de Adopciones.
6. En los casos en que la dinámica familiar, características o condiciones de los niños, niñas y adolescentes adoptantes o de sus padres requiera intervención psicoterapéutica especializada, se reportará de manera inmediata al Comité de Adopciones y a las entidades del Sistema para su respectivo trámite.
- 7. En los casos en que se evidencien situaciones de abuso sexual, maltrato o tratos inadecuados a los niños, niñas y adolescentes con su familia adoptante, se reportará de manera inmediata al Comité de Adopciones para que se adelanten las acciones pertinentes a que haya lugar.**
8. En los casos en que se identifiquen situaciones de abuso sexual, maltrato o tratos inadecuados a los niños, niñas y adolescentes mientras estuvieron en los servicios de protección, se reportará de manera inmediata al Comité de Adopciones para su respectivo manejo a fin de tomar las acciones a las que haya lugar, acorde a la normatividad vigente.
9. En los casos de adopción nacional, se deberá allegar a la Regional respectiva el seguimiento post-adopción que corresponda dentro de los cinco (5) días hábiles a partir de la fecha de vencimiento del mismo: el primero a los seis (6) meses de haber sido expedida la sentencia judicial de adopción, el segundo a los doce (12) meses de la sentencia, el tercero a los diez y ocho (18) meses, y el cuarto a los veinticuatro (24) meses de expedida la sentencia de adopción, realizando las respectivas actuaciones en el Sistema de Información Misional.
10. En los casos de adopción internacional, se deberá allegar a la Regional respectiva el informe de seguimiento post-adopción que corresponda debidamente traducido y legalizado (apostille) máximo al siguiente mes de cumplido el término a partir de la fecha de vencimiento del mismo: el primero a los seis (6) meses de haber sido expedida la sentencia judicial de

adopción, el segundo a los doce (12) meses de la sentencia, el tercero a los diez y ocho (18) meses y el cuarto a los veinticuatro (24) meses de expedida la sentencia de adopción, realizando las respectivas actuaciones en el Sistema de Información Misional.

11. En los casos en los que la familia haya efectuado cambio de domicilio, el profesional deberá solicitar al Comité de Adopciones que se adelante la búsqueda activa a través de los medios disponibles para ubicarla.

12. Mantener en confidencialidad la información obtenida en cada informe de seguimiento, con el fin de salvaguardar la reserva del proceso acorde a lo establecido en el Artículo 75 del Código de Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006.

Seguimiento post-adopción para adopciones de hijo de conyugue, adopción de consanguíneos y adopción por legalización de hijo de crianza.

Para estos casos se hará el seguimiento post- adopción durante un (1) año luego de la sentencia de adopción, y se harán dos informes de seguimiento, el primero a los seis meses y el segundo al cumplirse un (1) año. Este informe seguirá los criterios y el modelo del anexo 16 y estará a cargo de profesionales en psicología o trabajado social idóneos del ICBF.

Los informes deberán reposar en la Historia de Atención de los niños, niñas y adolescentes, junto con el expediente de la familia, en un archivo especial del ICBF que garantice la reserva de que trata el artículo 75 de la Ley 1098 de 2006. Además debe registrarse en el SIM y controlarse dicho indicador en cada caso, tomando como base la fecha de la sentencia de adopción, el semáforo, y el indicador del seguimiento post-adopción.

Es responsabilidad y competencia del Comité de Adopciones de la Regional o Institución Autorizada:

- Exigir el cumplimiento de la práctica de los seguimientos post-adopción en los términos establecidos.
- Realizar o coordinar la práctica de los seguimientos post-adopción para el caso de las familias residentes en Colombia.
- Exigir el cumplimiento a la Autoridad Central o al Organismo acreditado, según sea el caso, cuando las familias residan en el exterior.

En caso de incumplimiento se debe:

En los casos de adopción nacional:

1. La Subdirección de Adopciones, mediante el seguimiento al indicador, controlará el cumplimiento de los términos, y oficiará a la Regional o IAPA respectiva.
2. En caso de persistir, se aplicarán las medidas establecidas en el Sistema de Calidad.

En caso de adopción internacional:

1. Ante el primer incumplimiento, la Regional o IAPA hará un requerimiento por escrito al Organismo Acreditado o Autoridad Central, según sea el caso, con copia a la Subdirección de Adopciones.
2. Si el incumplimiento persiste, la Regional informará a la Subdirección de Adopciones, la cual hará el segundo requerimiento a la Autoridad Central.
3. De persistir el incumplimiento, la Subdirección de Adopciones informará al Comité de Autorización de Organismos⁸³.

El ICBF como entidad pública central en materia de adopciones es el encargado de regular y desarrollar el seguimiento post-adopción correspondiente a la tercera fase de la adopción, bien sea de forma directa o delegada, esta última para el caso de adopciones internacionales. Como se evidenció la Resolución No. 2551 del 29 de

⁸³ Páginas 178 a 183 de la Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016 “Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción en Colombia”.

Marzo de 2016⁸⁴, por la cual se expide por parte del ICBF el lineamiento técnico administrativo del programa de adopción en Colombia, indica un procedimiento post-adopción a desarrollarse de forma general en los dos (2) años posteriores a la ejecutoria de la sentencia que otorga la adopción, delegando tal labor a psicólogos o trabajadores sociales del ICBF o de una entidad acreditada para el caso de adopciones nacionales, o equipos capacitados por el organismo acreditado o la autoridad central en caso de residentes en el extranjero. El seguimiento post-adopción será de un (1) año sólo para las adopciones de hijo de conyugue, adopción de consanguíneos y adopción por legalización de hijo de crianza.

El anterior lineamiento técnico Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010, prácticamente no desarrollaba a profundidad los procedimientos post-adopción⁸⁵, y lo más alarmante era que delegaba esta función a psicólogos particulares contratados por los adoptantes. Por ello, en el informe de vigilancia superior sobre el programa de adopción de diciembre de 2012, realizado por la Doctora Ilva Myriam Hoyos Castañeda de la Procuraduría General de la Nación, al referirse a este tema específico señaló que “el seguimiento post adopción de las familias residentes en Colombia delegó en psicólogos particulares, profesionales que deben ser contratados por los padres adoptantes, lo que significa que el ICBF trasladó la responsabilidad de esa tarea y de esta forma perdió el control que como Autoridad Central en materia de adopciones le corresponde”.

⁸⁴ Anteriormente el lineamiento técnico en adopciones del ICBF correspondía a la Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010.

⁸⁵ Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010 del ICBF: “7.1. *Seguimiento a familias residentes en Colombia. Esta etapa se surte una vez finalizado el proceso administrativo de adopción y es requisito de ley, de carácter eminentemente humano y de retroalimentación, buscando realizar el seguimiento a cada familia en particular, con el fin de establecer: 1. La situación emocional del niño, niña o adolescente; 2. Las relaciones del adoptado con su (s) padre(s) y familia extensa y; 3. La situación de bienestar del niño, niña o adolescente acompañada de una certificación de salud y de educación. Este seguimiento se efectuará por medio de certificación de un profesional en psicología, debidamente matriculado, quien rendirá informe (Anexo 2 2: Guía de informe de seguimiento Post Adopción) con los tres elementos acabados de mencionar y dicha información será remitida a los profesionales del equipo psicosocial del ICBF o la IAPA. La persona/cónyuges/compañeros permanentes en su solicitud conoce su obligación de acudir a un psicólogo particular para el seguimiento post adopción. Este procedimiento se extenderá por dos (2) años, en los cuales se presentarán como mínimo cuatro (4) informes, salvo que la situación amerite más visitas. El primero será a los tres (3) meses y los restantes en intervalos de seis (6) meses entre uno y otro. En caso de adopciones por parte de comunidades indígenas el ICBF, podrá apoyarse en sus autoridades para su realización. En caso de no haber psicólogo en el lugar podrá consultar al del ICBF.*

7.2. *Para las familias Colombianas residentes en el exterior, o extranjeras residentes en el exterior Se realizarán cuatro (4) informes, durante los dos (2) años siguientes a la declaración de ejecutoria de la sentencia de adopción y el primero de ellos se realizará a los tres (3) meses y los otros tres (3) informes cada seis (6) meses. Deberán enviarse a la regional o institución autorizada en la cual se hizo la asignación debidamente apostillados, traducidos por traductor oficialmente autorizado y con registro fotográfico, copia de los mismos se remitirá a la Subdirección de Adopciones. Los informes de seguimientos serán estudiados y remitidos por parte de la Subdirección de Adopciones a la regional de origen del niño, niña o adolescente, cuando esos denuncien antecedentes de vulneración de los derechos en el servicio de protección”.*

Esta grave crítica del anterior lineamiento sobre el traslado de responsabilidad del estado, dejaba en evidencia que ante posibles casos de maltrato del hijo adoptado, el Estado ni siquiera podía tener conocimiento fácilmente de dichas situaciones. Sin embargo, con el cambio de lineamiento, actualmente podrían evidenciarse las situaciones de maltrato durante el año o dos años posteriores a la ejecutoria de la sentencia que otorga la adopción, según el caso, pero no desarrolla la consecuencia en concreto en caso de evidenciarse maltrato físico o moral y/o abuso sexual, al afirmar que el maltrato será reportado de manera inmediata al Comité de Adopciones para que se adelanten las acciones pertinentes, continuando posiblemente, en un extremo de vulnerabilidad de estos niños, niñas y adolescentes.

Finalmente el Lineamiento actual establece el **cierre del proceso**: “Una vez finalizada la etapa de seguimiento post-adopción, el Secretario del Comité de Adopciones de las Regionales del ICBF, o Defensor de Familia a cargo del caso en las IAPAS, a través de auto **cierra el proceso administrativo**, trámite que incluye la totalidad tanto de la Historia Integral del niño, niña o adolescente, y del expediente de la familia. Los archivos de reserva procesal deben reposar en la Regional, o en el sitio designado por la Sede de la Dirección General, con atención a las normas de gestión documental, por espacio de veinte (20) años. Para el levantamiento de la reserva se deberá acatar lo establecido en el art. 75 del Código de la Infancia y la Adolescencia”⁸⁶.

De lo expuesto surgen varios interrogantes; el primero, relacionado con el tiempo de seguimiento post-adopción de máximo dos años de duración, será suficiente para garantizar la adaptación del hijo a su familia adoptiva, además de garante de verificación de derechos del niño o adolescente en su nueva familia? Un segundo interrogante tiene que ver con las instituciones en el exterior que intervienen en el seguimiento post-adopción, serán en todos los casos garantía de imparcialidad?, y por supuesto qué pasa en caso de existir alguna forma de maltrato o abuso por parte de los padres con su hijo adoptivo con posterioridad a la finalización de la etapa post-adopción?

⁸⁶ Página 183 de la Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016 “Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción en Colombia”.

Capítulo 2: Naturaleza jurídica y jurisprudencial de la irrevocabilidad de la adopción en Colombia.

Existe una doble naturaleza jurídica de la adopción: como medida de protección, y además como un acto jurídico, aspecto último que debe ser analizado a la luz del derecho civil, en aras de posibilitar la hipótesis de la investigación.

2.1. Aspectos generales de la revocabilidad de los actos jurídicos.

Metodológicamente se recordará algunos conceptos básicos de los términos relacionados con el debate central de la tesis. En primer lugar, el **acto o negocio jurídico** es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos⁸⁷.

Los actos jurídicos nacen y mueren del comercio jurídico, y es en esta última situación, en donde, aparece el término revocación. Es decir, revocar, debe ser analizado desde la **teoría del acto jurídico**: Así Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta diferencian entre las figuras de INEFICACIA y DISOLUCIÓN de los actos jurídicos: “(..) la **ineficacia de los actos jurídicos**, proviene de la falta de las condiciones para su existencia o para su validez”⁸⁸, es decir, consecuencia de la ineficacia del acto es la inexistencia o nulidad del mismo. Sin embargo, estos defectos se originan al momento de la formación del acto jurídico.

A diferencia de la disolución de los actos, en los cuales aparecen hechos posteriores a su formación, que afectan la eficacia de los mismos: “Se entiende por **disolución de los actos jurídicos** la privación de la eficacia que estos están llamados a producir, a consecuencia de hechos posteriores a su celebración, previstos en ellos o en la ley, tales la revocación voluntaria o judicial, el plazo extintivo, la resolución, etc”⁸⁹. En concreto estos autores enumeran las causas principales de la disolución de los actos jurídicos⁹⁰, así:

- Revocación voluntaria;
- Revocación judicial o acción pauliana;
- Las modalidades extintivas y resolutorias;
- La imposibilidad de ejecución fortuita y sobreviniente.

⁸⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. 2005. Pág.: 17.

⁸⁸ Ibídem. Pág.: 496.

⁸⁹ Ibídem. Pág.: 495.

⁹⁰ Ibídem. Pág.: 496.

“Atendiendo a este criterio, la disolución de los actos jurídicos, en un sentido estricto, queda circunscrita a la hipótesis en que la eficacia de dichos actos, celebrados con el lleno de todas las condiciones o requisitos legales, a consecuencia de hechos posteriores se extingue total o parcialmente. Tales hechos, o bien destruyen el acto jurídico, hacen de él tabla rasa como si no se hubiera celebrado, o bien se limitan a extinguir su eficacia futura, sin estos hechos, en conjunto, la revocación voluntaria y las causas legales de que trata el citado artículo 1602”⁹¹.

Estas formas de extinción total o parcial de los actos jurídicos, encuentran su fundamento en el artículo 1602 del Código Civil: “LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Ahora bien, para el trabajo de investigación sólo es relevante la figura de la **revocación**, que en primer lugar se desarrollará desde su significado y en un segundo momento se explicará brevemente desde la teoría del acto jurídico.

El término **revocar** según Diccionarios Enciclopédico es “Dejar sin efecto [una concesión, un mandato, una resolución]”, “Apartar, disuadir [a uno] de un designio”, “Hacer retroceder [ciertas cosas]”, “Dejar sin valor o efecto una ley o una orden”⁹².

Cuando se habla de revocar desde la teoría del acto jurídico, se deben distinguir dos **clases: la revocación voluntaria y la revocación judicial**.

La **revocación voluntaria** es sinónimo de una terminación voluntaria llevada a cabo por todas las partes que participaron en la formación del acto jurídico, es decir, que esta forma de extinción opera tanto en actos jurídicos unipersonales como en las convenciones:

“La regla general para la terminación voluntaria de una relación contractual es la de que ella sea el fruto de la voluntad coincidente de las partes interesadas, es decir, que sea bilateral. Sin embargo la ley prevé en numerosos casos que sea una sola de las partes la que pueda revocar el contrato, o que pueda renunciar a él”⁹³ (...) “La revocación voluntaria es un modo de disolver y dejar sin efecto un acto jurídico mediante otro acto posterior otorgado por quien o quienes participaron en la celebración del primero. Así se da esta figura cuando una de las partes en un contrato de compraventa acuerdan desistir de ella; o cuando una de las partes en un contrato de arrendamiento, estando facultada para hacerlo, le pone fin o lo hace cesar; o cuando el otorgante de un testamento varía sus disposiciones, etc. De los ejemplos propuestos se puede inferir que la revocación voluntaria de los actos jurídicos opera, tanto en el campo de las convenciones y los contratos, como en el de los actos unipersonales. La revocación de los actos jurídicos, (...) encuentra su fundamento lógico en el postulado de la autonomía de la voluntad privada. Así como este postulado faculta a los particulares para

⁹¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. 2005. Pág.: 495 y 496.

⁹² Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L.

⁹³ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana. Quinta Edición. 2005. Pág.: 535.

*crear relaciones jurídicas, igualmente los autoriza para modificarlas o para extinguirlas posteriormente*⁹⁴.

Precisamente los fundamentos de derecho de la revocación voluntaria están regulados en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, que establecen que una de las posibilidades para invalidar los contratos es por el consentimiento mutuo de las partes; entre tanto el segundo artículo enumera los modos de extinción de las obligaciones entre las cuales se establece la convención de las partes interesadas, siendo plenamente capaces y consientan en ello⁹⁵. Estos fundamentos son desarrollo del principio romano que indica que “todo lo que se contrae conforme a derecho, perece por el derecho contrario”⁹⁶.

Estos autores igualmente señalan frente a la **naturaleza y requisitos de la revocación voluntaria**, que en principio “se trata de un acto jurídico convencional o unipersonal, al igual que el acto por revocar”, siendo enfáticos en señalar “que el acto de la revocación debe también reunir todas las condiciones y requisitos para su existencia y validez, es decir, voluntad o consentimiento⁹⁷, capacidad legal⁹⁸, voluntad exenta de vicios⁹⁹, no ser prohibida por la ley ni contraria al orden público o las buenas costumbres¹⁰⁰, además si el acto está sometido a formalidad ad solemnitatem¹⁰¹, la revocación debe cumplir los mismos requisitos¹⁰².

Frente a los **efectos de la revocación voluntaria** distinguen dos situaciones: si el acto revocado aún no ha producido efectos, o si por el contrario ya los produjo en

⁹⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. 2005. Pág.: 497.

⁹⁵ “Artículo 1625 Código Civil. Modos de Extinción. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula (...)”.

⁹⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. 2005. Pág.: 498.

⁹⁷ En un sentido muy amplio la voluntad es la libre determinación, sin precepto o impulso exterior que obligue o constriña. Desde el punto de vista psicológico es la intención de hacer o no hacer una cosa. En el ámbito jurídico será la intención de producir efectos de derecho. Sin embargo, los términos no son sinónimos, así la VOLUNTAD se da cuando la manifestación proviene sólo de una persona. Se aplica a los actos jurídicos unilaterales, en las que sólo se requiere de una voluntad para la existencia del acto jurídico; entre tanto, el CONSENTIMIENTO se da cuando existe el concurso o acuerdo de voluntades de dos o más personas para la producción de determinado efecto jurídico. Se aplica para la formación de actos jurídicos plurilaterales (convenciones y contratos).

El consentimiento es un concurso real de voluntades de dos o más personas. Solo se aplica a las convenciones.

⁹⁸ CAPACIDAD DE EJERCICIO, LEGAL O NEGOCIAL O DE OBRAR O CIVIL: (art 1502 CC) es la habilidad que la ley reconoce a una persona para intervenir en el comercio jurídico por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra.

⁹⁹ Referidos al error, la fuerza y el dolo. Se debe recordar que el único acto jurídico en el que no se predica el dolo es el matrimonio.

¹⁰⁰ Esto se refiere al objeto lícito y para autores como Arturo Valencia Zea se incluye también la causa lícita.

¹⁰¹ Esta raíz romana se refiere a los actos jurídicos solemnes, que son los que requieren para su formación de requisitos exigidos de forma específica para ese acto.

¹⁰² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. 2005. Pág.: 499.

todo o en parte. Frente a la primera situación, más sencilla, simplemente la revocación del acto impide que se produzca efecto alguno. Ahora bien, frente a la segunda situación, concluyen que “si las partes en el acto por revocar guardan silencio acerca de los efectos ya producidos por dicho acto, la revocación solamente obra respecto de los efectos aún pendientes; pero si dichas partes convienen en retrotraer, en cuanto esto sea posible, los efectos ya surtidos, debe estarse a las estipulaciones respectivas”¹⁰³.

Frente a los **requisitos de la revocación voluntaria**, se señala que deben ser los mismos para la formación de las convenciones: es decir: la oferta¹⁰⁴ y su aceptación, pero cuando se está frente a actos jurídicos convencionales¹⁰⁵. A contrario sensu, la revocación voluntaria de actos unipersonales¹⁰⁶ (simples¹⁰⁷ o colectivos¹⁰⁸), requiere de la voluntad del titular del derecho¹⁰⁹. Ejemplos de la revocación unilateral o voluntaria se dan en el contrato de mandato, suministro o transporte¹¹⁰, en el acto jurídico unilateral del testamento.

No debe confundirse **la figura de la revocación con la nulidad**: ya que “la nulidad nace de un vicio, entre tanto la revocación voluntaria nace de la propia voluntad del sujeto de la relación de adopción a quien el ordenamiento jurídico atribuye los efectos del parentesco civil hasta entonces existente (...), se define la revocación del lazo adoptivo como aquel modo de extinción que se funda en la voluntad, posterior al acto, de una o de las dos partes de la relación jurídica creada, con la concurrencia o sin ella de determinados requisitos condicionantes”¹¹¹.

¹⁰³ *Ibidem*. Pág.: 500 y 501.

¹⁰⁴ Definida en el Código de Comercio en el artículo 845 “La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”.

¹⁰⁵ Actos jurídicos bilaterales o pluripersonales: cuando la manifestación proviene del concurso de dos o más personas (naturales o jurídicas). También recibe el nombre de CONVENCIONES que son el género y se caracterizan porque son manifestaciones de la voluntad de dos o más personas para crear, modificar o extinguir obligaciones; y dentro de estas se encuentran LOS CONTRATOS, que son la especie ya que sólo crean obligaciones. Ejemplo de convenciones: tradición, el pago, la subrogación personal, etc. Ejemplo de contratos: compraventa, permuta, arrendamiento, renta vitalicia, leasing, comodato, mutuo, seguro, transporte, etc.

¹⁰⁶ Cuando la manifestación de voluntad proviene de una sola persona (natural o jurídica). Ejemplo: Donación, testamento, oferta, agencia oficiosa o gestión de negocios, aceptación de una herencia, reconocimiento de hijos extramatrimoniales, acuerdos adoptados por los órganos colegiados de personas jurídicas, etc.

¹⁰⁷ Estos actos unipersonales simples se atribuyen a la manifestación de voluntad de una persona natural.

¹⁰⁸ También denominados actos jurídicos complejos: se definen como aquellos atribuidos a una persona jurídica, que a su vez está integrada por la suma de varias personas naturales.

¹⁰⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. 2005. Pág.: 504 a 506.

¹¹⁰ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana. Quinta Edición. 2005. Pág.: 535.

¹¹¹ GAMBÓN Alix, Germán. La adopción. Editorial José M. Bosch. Barcelona. 1960. Pág.: 355.

La **segunda clase de revocación** en materia civil es la **acción pauliana o revocatoria**, llamada por otros autores como **acción revocatoria judicial**, la cual es desarrollada como uno de los derechos de los acreedores y cómo un medio para atacar los actos realizados por su deudor, reales y no fingidos¹¹² (aspecto que diferencia la figura de la simulación). Esta acción se deriva del **fraude pauliano** que “es un negocio celebrado por el deudor insolvente, con el objeto de sustraer de su patrimonio, bienes a fin de que los acreedores no puedan perseguirlos. Se relaciona con la serie de negocios o actos ejecutados por el deudor en perjuicio de sus acreedores, disponiendo de su patrimonio y haciendo así, más difícil el cobro de las obligaciones, en otras palabras es una situación jurídica que se presenta cuando una persona celebra negocios jurídicos en fraude de sus acreedores; los romanos exigían acuerdo fraudulento y daño”¹¹³.

De forma exclusiva el **titular** de esta clase de revocación es el acreedor (s), a diferencia de la revocación voluntaria que puede ejercerla el que directamente participó en la formación del acto jurídico, es decir, la (s) persona (s) natural o jurídica: “La acción pauliana es un medio que la ley les otorga a los acreedores para obtener la reconstitución del patrimonio del deudor, deteriorado por actos fraudulentos de este con perjuicio de los créditos de aquellos”¹¹⁴.

La **finalidad de la revocación judicial** es afectar el acto jurídico hasta la ocurrencia del crédito del acreedor afectado: “El nombre de la acción revocatoria que se ha dado también a la acción pauliana indica en forma clara, como se verá, que su finalidad difiere de las otras acciones. Lo que pretende el acreedor es que se revoque, en relación con él y en la medida de su crédito, el acto fraudulento. Este efecto de la revocación mediante la acción pauliana difiere particularmente de la nulidad: un acto anulado deja de existir erga omnes”¹¹⁵.

Se exigen dos **condiciones para la acción pauliana**: ánimo fraudulento por parte del deudor, y un daño para el acreedor, por ello “Todos los acreedores tienen derecho de solicitar al juez la revocación de los actos realizados por el deudor que tiendan fraudulentamente a disminuir su patrimonio”¹¹⁶.

Es evidente que interesa abordar para el desarrollo de la presente investigación únicamente el concepto de revocación voluntaria.

¹¹² TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Quinta Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1997. Pág.: 340.

¹¹³ CASTRO DE ARENAS, Rosa Herminia. Nociones básicas de las Obligaciones. Primera edición. Librería Doctrina y Ley. Bogotá. 1993. Pág.: 323.

¹¹⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. 2005. Pág.: 508.

¹¹⁵ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Quinta Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1997. Pág.: 348.

¹¹⁶ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana. Quinta Edición. 2005. Pág.: 538.

2.2. Normatividad histórica de la irrevocabilidad de la adopción en Colombia.

Las normas que han regulado la institución de la adopción desde un orden cronológico a partir del siglo XIX son: Ley 140 de 1960, Ley 75 de 1968, Ley 5 de 1975, Decreto 2737 de 1989 Código del Menor, Decreto 2263 de 1991 y Decreto 2241 de 1996 por medio del cual se expiden licencias de funcionamiento de casas de adopción.

La normatividad vigente es: la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia-, la Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016¹¹⁷ del ICBF por medio de la cual expidió el lineamiento técnico administrativo del programa de adopción, además del bloque de constitucionalidad integrado por los procesos de ratificación en Colombia:

- Convención Interamericana sobre conflictos de leyes de adopción de menores, de mayo de 1984, aprobada por Colombia mediante la Ley 47 de 1987;
- Convención sobre los derechos del niño de 1989;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17);
- Convenio No. 33 de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, incorporado por la Ley 265 de 1996;
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI y VII).

A continuación se realiza un breve recuento histórico con la normatividad y aspectos más relevantes de la adopción, haciendo énfasis especial en la figura de la revocación.

Época de la colonia y la república.

Jaime Buenahora Febres-Cordero¹¹⁸ realiza un recuento histórico de la institución de la adopción desde la colonia y la república. Señala que durante la colonia, los lineamientos jurídicos del momento fueron tres: el Fuero Real, las Siete Partidas y las Leyes del Toro. La primera regulación que correspondía al *Fuero Real* autorizaba a hombres y mujeres a adoptar, cuando les era imposible la procreación, sin embargo, esta última debía solicitar un permiso real. La adopción se solemnizaba ante un funcionario específico que era el alcalde de la localidad o rey. Las *Siete Partidas* indicaban que los hombres podrían adoptar y excepcionalmente las mujeres.

¹¹⁷ Anteriormente el lineamiento técnico en adopciones del ICBF correspondía a la Resolución No. 3748 del 06 de septiembre de 2010.

¹¹⁸ BUENAHORA Febres-Cordero, Jaime. La adopción. Implicaciones jurídicas y sociológicas. Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Bogotá. 1977. Pág.: 41 a 46.

Durante la república: en la época de los estados federados, Cundinamarca estableció la pauta pero acudiendo a normatividad foránea, estableciéndose que la vocación hereditaria del adoptado solo se lograba mediante sucesión testada, además era opcional llevar el apellido del adoptante.

Posteriormente cuando Colombia se reestablece como republica unitaria, el Código Civil desarrolla esta institución definiéndola como: “el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar del hijo, del que no lo es por naturaleza”. Se establecían requisitos para adoptar, entre ellos, que no se debía tener descendencia legítima, además de la plena capacidad del adoptante, y la diferencia de edad entre adoptante y adoptivo (15 años). Igualmente indicaba el Código los efectos de la adopción, en el sentido de consolidarse los derechos y obligaciones entre padres e hijos, salvo para el caso de la vocación sucesoral, la cual solo se adquiría por medio de la sucesión testada y sin que existieran ascendientes legítimos.

“Se consideraba la adopción como un contrato solemne que se tramitaba con licencia del juez, y se otorgaba escritura pública que debía firmar el adoptante, el adoptado, el juez, el notario, y dos testigos, y en caso que el adoptado fuere menor, la persona que hubiese prestado el consentimiento para la adopción; de tal contrato surgían entre el adoptante y el adoptado las relaciones que determinaba la ley”¹¹⁹.

La **adopción terminaba** por: muerte de uno de los intervinientes, **la justa revocación**, y cuando el adoptante tuviera descendencia legítima.

Ley 140 de 1960.

Esta ley tiene gran importancia, ya que incluyó la figura del consentimiento del adoptivo para perfeccionar la adopción, que en el evento de ser incapaz debía otorgarse por intermedio de su representante legal o curador nombrado para el efecto. Además no era impedimento para adoptar el tener descendencia legítima, extramatrimonial (para la época natural) o adoptiva. Sin embargo, existía una restricción ya que la adopción solo se podía hacer por personas del mismo sexo (adoptante y adoptivo), salvo en el caso de la cónyuge.

El artículo 285 estableció que la **adopción terminaba** por: **mutuo acuerdo entre las partes siempre y cuando sea plenamente capaces**, aprobación judicial al incurrirse en causal de desheredamiento, y **por revocación del padre por las mismas causas del desheredamiento**, mediante sentencia judicial.

LEY 140 DE 1960:

“ARTICULO 1o. El Título 13 del Libro Primero del Código Civil, quedará así:

¹¹⁹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 15ª edición. 2014. Pág.: 143.

ARTICULO 269. La adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza.

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

ARTICULO 270. Para adoptar se requiere que el adoptante sea capaz y, por lo menos, quince (15) años mayor que el adoptivo.

ARTICULO 271. No se opone a la adopción el que el que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos.

ARTICULO 272. El hijo natural reconocido no puede ser adoptado por su padre o por su madre.

ARTICULO 273. La adopción no puede tener lugar sino entre personas del mismo sexo, salvo que se haga por marido y mujer.

ARTICULO 274. El que esté casado no puede adoptar sin el consentimiento de su cónyuge.

ARTICULO 275. El tutor o curador no podrá adoptar a su pupilo menor de diez y ocho años, ni antes de que le haya sido aprobada la cuenta de su administración.

ARTICULO 276. La adopción debe hacerse con el consentimiento del adoptado, o si fuere incapaz, con la autorización de las personas que deben prestarlo para contraer matrimonio, o en su defecto, con la de un curador especial, o los directores de las Casas de Beneficencia donde se halle recogido el menor.

ARTICULO 277. La adopción del incapaz que tenga bienes, se hará con la observancia de las formalidades exigidas para los guardadores.

A la administración de los bienes del adoptivo y a la responsabilidad del adoptante por tal manejo se aplicará también lo dispuesto para los guardadores.

ARTICULO 278. Para la adopción es necesario que preceda licencia judicial con conocimiento de causa.

Obtenida la licencia se otorgará ante Notario escritura de adopción que firmará el adoptante, el adoptado o la persona que haya dado la autorización.

Sin la escritura pública la adopción no tendrá efecto. Dicha escritura debe registrarse.

ARTICULO 279. Otorgada legalmente la escritura de adopción adquieren, respectivamente, el adoptante y el adoptado, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo, con las limitaciones establecidas en este Título. Si el adoptado estuviere bajo patria potestad o guarda, saldrá de ella, quedando bajo la potestad del adoptante. El adoptante no gozará del usufructo sobre los bienes del adoptivo.

ARTICULO 280. Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la sucesión del adoptante serán los siguientes:

En concurrencia con hijos legítimos su cuota hereditaria será la mitad de lo que corresponde a un hijo legítimo; no habiendo hijos legítimos concurrirá con los ascendientes, el cónyuge y los hijos naturales como si fuera un hijo natural. Si no hubiere ascendientes, su derecho será igual al de un hijo natural, y a falta de hijos naturales y de cónyuge partirá la herencia por mitad, con los hermanos legítimos o naturales. El hijo adoptivo excluye a los colaterales y la Municipio de la última vecindad del finado.

ARTICULO 281. El hijo adoptivo es legitimario del adoptante, pero su descendencia no tiene derecho a representarlo en relación con la legítima.

ARTICULO 282. El adoptante no tiene derechos hereditarios en la sucesión del adoptivo, pero el adoptivo mayor de diez y ocho años puede instituir al adoptante en la porción de bienes de que pueda disponer libremente.

ARTICULO 283. El adoptivo sólo puede ser representado ab intestado por sus hijos legítimos, cuando faltan los descendientes, los ascendientes y el cónyuge en la sucesión del adoptante.

ARTICULO 284. El Juez de Menores podrá entregar en adopción provisional y bajo su vigilancia, con las seguridades que estime necesarias, y durante el tiempo que el mismo Juez señale, a un menor de doce años que se encuentre moral o económicamente abandonado por sus padres. Expirado el plazo, la adopción puede fenecer por disposición del Juez, por voluntad del adoptante, o hacerse definitiva mediante el procedimiento de que trata este Título.

ARTICULO 285. La adopción puede terminar por mutuo acuerdo de los interesados capaces, o con aprobación judicial y siempre que concurran las causales que autorizan el deshederamiento de que habla el artículo 1266 del Código Civil, si alguno fuere incapaz. **El padre puede también revocarla por las mismas causas del deshederamiento probadas judicialmente. La revocación debe hacerse por escritura pública registrada.**

ARTICULO 286. La adopción sólo establece relaciones de parentesco entre el adoptante y el adoptado.

El adoptivo continuará formando parte de su familia de origen, conservando en ella sus derechos y obligaciones.

ARTICULO 287. La adopción no fenece sino en los casos previstos en las anteriores disposiciones.

ARTICULO 2o. Quedan derogados los artículos 269 a 287 del Código Civil, y reemplazados por los correspondientes de esta Ley.

ARTICULO 3o. Esta Ley regirá desde su sanción”.

Ley 75 de 1968 ó “Ley Cecilia”.

Esta ley no fue exclusiva al tema de adopción, fue el referente jurídico de la filiación natural: reconocimiento de hijos naturales (actualmente hijos extramatrimoniales)¹²⁰, formas de reconocimiento, presunciones, posesión notoria del estado civil, investigación natural en caso de muerte de presunto padre, juicios de filiación, patria potestad, emancipación, guardas, juicios de alimentos; además de indicar la creación del ICBF, con sus funciones, recursos y organización.

Esta ley incluye **otras formas de terminación de la adopción: faculta al juez de menores –de oficio o a solicitud de parte- para ponerle fin en beneficio del menor; y cuando el adoptante lo solicitare al juez dentro de los dos años siguientes a la adopción.**

LEY 75 DE 1968:

“Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

(...)

ARTICULO 26. *El Instituto de Bienestar Familiar cuidará de que los menores no colocados bajo patria potestad, o guarda, estén bajo la atención inmediata de las personas o establecimientos mejor indicados para ello teniendo en cuenta la edad y demás condiciones del menor. Los jueces de menores o cualesquiera otras autoridades a cuyo conocimiento llegue un caso de los aquí contemplados, darán aviso inmediato a la entidad indicada y pondrán a disposición de ella al menor, para los efectos aquí previstos.*

Corresponde igualmente al instituto vigilar que quienes ejercen la patria potestad o la guarda cumplan sus deberes para con el menor, prestando, en caso necesario su cooperación para el escogimiento de las personas o establecimientos a cuyo cuidado inmediato haya de estar el menor; si los padres o guardadores se encontraren en imposibilidad absoluta de darles tal cuidado, o si la medida en cuestión apareciere conveniente para la salud física o moral y la educación del menor.

¹²⁰ De acuerdo a ley 29 de 1982.

ARTICULO 27. *El hijo natural podrá ser adoptado por su padre o madre conjuntamente con el otro cónyuge, pero en la sucesión de su progenitor adoptante sólo tendrá los derechos de hijo natural".*

ARTICULO 28. *El artículo 284 del Código Civil quedará así:*

"El juez de menores podrá entregar en adopción, y bajo su vigilancia, con las seguridades que estime necesarias, a un menor de diez y seis años que se encuentre moral o económicamente abandonado por sus padres.

En cualquier momento, durante la minoridad, el juez podrá poner fin a la adopción si lo juzgare conveniente para el menor, de oficio o a solicitud de parte, y oyendo en todo caso al defensor de menores.

Así mismo, pondrá el juez término a la adopción, si dentro de los dos años siguientes a la entrega del menor se lo solicitare el adoptante.

Mientras no medie la providencia judicial que declare terminada la adopción conforme a lo previsto en los dos incisos precedentes ésta produce todos sus efectos legales".

ARTICULO 29. *La tasa del impuesto sobre sucesiones y donaciones, será la misma para todos los hijos, sean legítimos, naturales o adoptivos. En estos términos queda modificado el artículo 13 de la ley 63 de 1936. Esta norma será aplicada aún en las liquidaciones de impuestos de las sucesiones y donaciones en que no se haya verificado el pago respectivo.*

ARTICULO 30. *En las sucesiones que se abran después de la sanción de la presente ley, los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la ley 45 de 1936 tendrán, aún en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores, los derechos hereditarios que al hijo natural confiere la citada ley. Queda así modificado el artículo 28 de la ley 45 de 1936.*

ARTICULO 31. *Modifícase los artículos 411 del Código Civil y 25 de la ley 45 de 1936, así: Se deben alimentos:*

5o) *A los hijos naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales.*

6o) *A los ascendientes naturales.*

ARTICULO 32. *El defensor de menores promoverá el juicio de alimentos a que se refieren los artículos 69 y siguientes de la ley 83 de 1946 si se lo solicitare cualquiera de las personas que tienen derecho a fundar la respectiva solicitud, o de oficio.*

En todo caso, el defensor deberá ser citado al juicio.

Adicionase el artículo 2495 del Código Civil con la inclusión dentro de la quinta causa de la primera clase de créditos, de los alimentos señalados judicialmente a favor de menores.

(...)

CAPÍTULO II.

DE LAS SANCIONES PENALES Y DE LA COMPETENCIA.

ARTÍCULO 40. *Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, o al cónyuge, aun el divorciado sin su culpa o que no haya incurrido en adulterio estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil pesos a cincuenta mil pesos.*

PARÁGRAFO. *La acción penal sólo recaerá sobre el pariente inmediatamente obligado, cuando no se trate de ascendencia o descendencia legítima.*

Hay falta de asistencia moral cuando se incumpla voluntariamente las obligaciones de auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole y especialmente en los casos previstos por los artículos 42 y 43 de la Ley 83 de 1946, si el estado de abandono o peligro proviene de actos u omisiones de la persona obligada.

Cuando el sujeto pasivo dice ser hijo natural debe demostrar previamente esa calidad.

(...)

ARTÍCULO 50. *<Ver Notas de Vigencia> Créase el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como establecimiento público, esto es, como una entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. El instituto cumplirá las funciones que le atribuye la presente ley, tendrá duración indefinida y su domicilio legal será la ciudad de Bogotá pero podrá organizar oficinas en otras secciones del país.*

(...)"

Ley 5 de 1975.

Esta ley estableció la clasificación entre: adopción simple y la plena. Estableció la adopción del hijo natural (actualmente hijo extramatrimonial)¹²¹, por parte del padre o madre. Incluyó el consentimiento de los padres biológicos, guardador o defensor de menores para dar en adopción al menor, y directamente por el menor púber. El proceso judicial se tramitaba como juicio de jurisdicción voluntaria (artículo 5), perfeccionándose la adopción por sentencia judicial, pero con efectos retroactivos a la fecha de la admisión de la demanda.

Esta ley desarrolla el concepto de **la invalidez de la sentencia de adopción** a través del **recurso extraordinario de revisión**. Además de señalar la posibilidad de la apelación de la sentencia. Sin embargo, desde ya se afirma que ninguno de estos dos recursos da solución al problema planteado en este trabajo, convirtiéndose en figuras de inutilidad.

LEY 5 DE 1975:

“Por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones.

ARTICULO 1o. <Ley derogada por el artículo 353 del Decreto 2737 de 1989> El Título XIII del Libro Primero del Código Civil quedará así:

DE LA ADOPCIÓN

ARTICULO 269. Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años.

ARTICULO 270. No se opone a la adopción que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos.

ARTICULO 271. El marido y la mujer pueden adoptar conjuntamente, siempre que uno de ellos sea mayor de 25 años. El Cónyuge no divorciado solo puede adoptar con el consentimiento del cónyuge con quien convive. El guardador podrá adoptar a su pupilo pero deberá obtener previamente la aprobación de la cuenta de los bienes de éste que haya venido administrando.

ARTICULO 272. Solo podrán adoptarse menores de 18 años, salvo que el adoptante hubiera tenido el cuidado personal del adoptable antes de que éste cumpliera tal edad. Si el menor tuviera bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.

ARTICULO 273. El hijo natural podrá ser adoptado por su padre o por su madre. También podrá ser adoptado por su padre o por su madre conjuntamente con el otro cónyuge. El hijo legítimo de uno de los cónyuges podrá ser adoptado por el otro.

ARTICULO 274. La adopción requiere el consentimiento de los padres. Si uno de ellos faltare según lo previsto en los artículos 118 y 119, será suficiente el consentimiento del otro. A falta de los padres, será necesaria la autorización del guardador. En su defecto, ésta será dada por el defensor de menores y, en subsidio, por la institución de asistencia social debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se encuentre el menor. Si el menor fuere púber, será necesario además su consentimiento.

ARTICULO 275. La adopción requiere sentencia judicial. Una vez en firme la sentencia que concede la adopción, se inscribirá en el Registro del Estado Civil. No obstante, los efectos de la adopción se producirán desde la admisión de la demanda si la sentencia fuere favorable.

¹²¹ De acuerdo a ley 29 de 1982.

ARTICULO 276. Por la adopción adquieren adoptante y adoptivo, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo, con las limitaciones a que se refieren los artículos 284 y 285. El adoptivo llevará como apellido el del adoptante, salvo que el padre o la madre de sangre hayan consentido la adopción simple y se convenga en que el adoptivo conserve su apellido original, al que podrá agregar el del adoptante.

ARTICULO 277. Por la adopción simple el adoptivo continúa formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones.

ARTICULO 278. Por la adopción plena el adoptivo cesa de pertenecer a su familia de sangre, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140. En consecuencia: 1o. Carecen los padres y demás parientes de sangre de todo derecho sobre la persona y bienes del adoptivo.

2o. No podrá ejercerse la acción de impugnación de la maternidad de que tratan los artículos 335 a 338, ni la de reclamación de estado del artículo 406, ni reconocimiento o acción alguna encaminada a establecer la filiación de sangre del adoptivo. Cualquier declaración o fallo a este respecto carece de valor.

ARTICULO 279. La adopción plena establece relaciones de parentesco entre al adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de éste. La adopción simple solo establece parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de éste.

ARTICULO 280. El juez, a petición del adoptante, decretará la adopción simple o la adopción plena. En la sentencia de adopción plena se omitirá el nombre de los padres de sangre, si fueren conocidos.

ARTICULO 281. La adopción simple podrá convertirse en adopción plena si así lo solicitare el adoptante.

ARTICULO 282. Para efectos de la adopción, se entienden que se encuentran abandonados:

1o. Los expósitos;

2o. Los menores entregados a un establecimiento de asistencia social, cuando no hubieren sido reclamados por sus padres o por sus guardadores dentro del término de tres (3) meses;

3o. El menor que haya sido entregado por su representante legal para que sea dado en adopción, ya sea por intermedio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de una institución debidamente autorizada por el mismo Instituto.

ARTICULO 283. Corresponde al Defensor de Menores declarar el estado de abandono de un menor previo el procedimiento señalado en los artículos 8 y 9 del Decreto 1818 de 1964.

ARTICULO 284. El adoptivo en la adopción plena, hereda al adoptante como hijo legítimo; en la adopción simple, como hijo natural. Todo hijo adoptivo es legitimario del adoptante y podrá ser favorecido con la cuarta de mejoras, en la forma que esta asignación es reglamentada por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936. En la sucesión intestada, el adoptivo podrá ser representado por sus hijos legítimos.

ARTICULO 285. El adoptante en la adopción plena tiene en la sucesión del adoptivo los derechos hereditarios que les hubieran podido corresponder a los padres de sangre. En la adopción simple el adoptante recibirá la cuota que corresponda a uno de aquellos. A falta de padres de sangre, ocupará el lugar de éstos. El adoptante es legitimario del adoptivo.

ARTICULO 286. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar proveerá al cuidado personal de los menores de 18 años que requieran protección. En cumplimiento de esa función, podrá entregarlos a establecimientos públicos o privados que, en razón de su organización, se encuentren especializados en suministrar crianza y educación a menores.

ARTICULO 2o. Los jueces de menores del domicilio o residencia del adoptable, conocerán de los procesos de adopción con intervención forzosa del defensor de menores. La adopción de mayores de 18 años a que se refiere la excepción del artículo 272 será de competencia de los jueces del circuito.

ARTICULO 3o. La demanda de adopción deberá contener:

1o. La designación del juez a quien se dirija;

2o. El nombre, edad, domicilio o residencia del demandante;

- 3o. El nombre, edad domicilio o residencia del menor que pretenda adoptarse, así como el nombre y domicilio de los padres o del guardador, salvo que se trate de menores abandonados;
- 4o. Los hechos y motivaciones que sirvan de fundamento a las peticiones del demandante;
- 5o. Los fundamentos de derecho que se invoquen;
- 6o. La petición de las pruebas que se pretendan hacer valer.

ARTICULO 4o. A la demanda se anexará:

- 1o. La prueba de edad de los adoptantes y del adoptable;
- 2o. La prueba de matrimonio, cuando marido y mujer adopten conjuntamente;
- 3o. La declaración del abandono decretada por el Defensor de Menores en los casos del artículo 282;
- 4o. Certificación sobre vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución donde se encuentre albergado el menor, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar;
- 5o. Prueba de las condiciones físicas, mentales y sociales de que trata el artículo 269;
- 6o. Las demás pruebas que se estimen conducentes.

ARTICULO 5o. Admitida la demanda, el Juez de Menores le dará curso según el procedimiento de jurisdicción voluntaria que señala el artículo 651 del Código de Procedimiento Civil. El Defensor de Menores desempeñará dentro del proceso las funciones que dicho artículo señala al agente del Ministerio Público. Si el adoptante muere antes de proferirse la sentencia, el Juez ordenará la notificación de la existencia del proceso a sus herederos, dando aplicación, si fuere necesario, a los artículos 81 y 318 del Código de Procedimiento Civil.

ARTICULO 6o. La sentencia que decreta la adopción deberá expresar los derechos y obligaciones que contraen adoptante y adoptado; si se tratare de adopción plena, deberá expresar todos los datos necesarios a fin de que la inscripción en el registro civil constituya el acta de nacimiento y reemplace la de origen, la cual quedará sin valor. Al margen de ésta se colocará la expresión, "adopción plena". La sentencia es apelable ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, donde intervendrá el Defensor de Menores y, una vez en firma, se inscribirá en el registro civil.

ARTICULO 7o. Podrá pedirse la invalidez de la sentencia que decreta la adopción, mediante el ejercicio del recurso extraordinario de revisión que reglamentan los artículos 379 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

ARTICULO 8o. Las personas que residen en el exterior y cuya demanda de adopción haya sido admitida por el Juez, deberán solicitar autorización al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para trasladar al menor al respectivo país.

ARTICULO 9º. Las demandas de adopción admitidas por los jueces civiles del circuito o de menores en el momento de entrar en vigencia esta Ley, continuarán tramitándose conforme al procedimiento vigente en la fecha de su iniciación pero no requerirán el otorgamiento de escritura pública. No obstante, el demandante podrá prescindir del proceso ante el Juez Civil del Circuito y recurrir al Juez de Menores.

ARTICULO 10. Todas las adopciones decretadas antes de entrar en vigencia esta Ley serán consideradas como adopciones simples, salvo que el adoptante solicite la adopción plena.

ARTICULO 11. Solamente podrán desarrollar programas de adopción el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones que hayan sido debidamente autorizadas por él para este efecto.

ARTICULO 12. La tarifa de los impuestos sobre las asignaciones por causa de muerte o donaciones que correspondan a los hijos adoptivos será la misma que la de los hijos

legítimos del causante o donante. La tarifa de los impuestos que por la misma clase de asignaciones corresponda al padre o a la madre adoptantes será la misma que la de los padres de sangre.

ARTICULO 13. Derógase la Ley 140 de 1960, los artículos 27 y 28 de la Ley 75 de 1968, el artículo 24 del Decreto 1260 de 1970 y demás disposiciones contrarias a la presente Ley.

ARTICULO 14. La presente Ley comenzará a regir desde el día de su promulgación”.

Decreto 2737 de 1989: Código del Menor.

Con el Código del Menor desaparece la adopción simple (art 103), y establece esta figura como una medida de protección que se establece de manera irrevocable. Sin embargo, indica la posibilidad de **revocar el consentimiento** por parte de los padres biológicos, **si se hace dentro del mes siguiente a su otorgamiento**. Reitera la **invalidéz** de la sentencia por medio del recurso extraordinario de **revisión** que como se mencionó no soluciona el problema planteado.

Se hace énfasis en que la primera vez en que se señala la característica de la **irrevocabilidad de la sentencia** es a partir de esta norma.

Decreto 2737 de 1989: Código del Menor

(...)

ARTICULO 88. 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.**

(...)

ARTICULO 94. La adopción requiere el consentimiento previo de quienes ejercen la patria potestad, o el de uno de ellos a falta del otro, manifestado personalmente ante el defensor de familia, quien los informará ampliamente sobre las consecuencias **e irrevocabilidad de la adopción**. El consentimiento del padre o madre menor de edad tendrá plena validez si se manifiesta con las formalidades señaladas en el inciso anterior. A falta de las personas designadas en el presente artículo, será necesaria la autorización del defensor de familia expresada por medio de resolución motivada. Si el menor fuere púber será necesario, además, su consentimiento.

PAR. 1º En todo caso, **antes de transcurrido un (1) mes desde la fecha en que los padres otorgaron su consentimiento podrán revocarlo. Transcurrido este plazo el consentimiento será irrevocable.**

PAR. 2º Para los efectos del consentimiento a la adopción, se entenderá faltar el padre o la madre, no sólo cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por la dirección de medicina legal, y en su defecto, por la sección de salud mental de los servicios seccionales de salud de la respectiva entidad territorial, a solicitud del defensor de familia.

(...)

ARTICULO 101. Las adopciones realizadas de acuerdo con la Ley 5ª de 1975, que no hubieren tenido la calidad de plenas, continuarán teniendo, bajo el imperio de este código, los mismos efectos que aquélla otorgaba a las calificadas de simples, pero la patria potestad sobre quienes fueron prohijados mediante adopción simple corresponderá al adoptante o adoptantes.

ARTICULO 102. *Las adopciones simples, a que se refiere el Artículo anterior, tendrán los mismos efectos que este código atribuye a la adopción, cuando así lo solicite el adoptante o adoptantes ante el juez de familia competente, y se obtenga el consentimiento del adoptivo si fuere púber.*

ARTICULO 103. *A partir de la vigencia del presente código, eliminase la figura de la adopción simple y, en consecuencia, los procesos respectivos que no hubieren sido fallados se archivarán. Con todo, si los adoptantes manifiestan su voluntad de convertirla en la adopción reglamentada por el presente estatuto, el proceso continuará en los términos en él previstos.*

(...)

ARTICULO 112. *La sentencia que decreta 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 al 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 conocidos. La sentencia que resuelva sobre la adopción podrá ser apelada ante el tribunal superior del distrito judicial, de acuerdo con el trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil, donde intervendrá el defensor de familia pero en ningún caso será objeto de consulta.*

ARTICULO 113. *Podrá pedirse la **invalidez** de la sentencia que decreta la adopción, mediante el ejercicio del **recurso extraordinario de revisión** reglamentado en el Código de Procedimiento Civil.*

(...)”.

Ley 1098 de 2006: Código de la Infancia y la Adolescencia.

Aunque la característica de la irrevocabilidad de la adopción es señalada normativamente por primera vez en el Código del Menor Decreto 2737 de 1989, posteriormente es ratificada en el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ley 1098 de 2006: Código de la Infancia y la Adolescencia

“(…)

ARTÍCULO 61. *Adopción. 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.*

66. *Del consentimiento. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:*

1. *Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.*
2. *Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.*

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá 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 segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

126. Reglas especiales del procedimiento de adopción. En los procesos de adopción se seguirán las siguientes reglas especiales:

1. Admitida la demanda se correrá el traslado al Defensor de Familia por el término de tres (3) días hábiles. Si el Defensor se allanare a ella, el Juez dictará sentencia dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su admisión. El Juez podrá señalar un término de máximo diez (10) días, para decretar y practicar las pruebas que considere necesarias. Vencido este término, tomará la decisión correspondiente.

2. 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.

3. 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 proferirse 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 solo surtirá efectos respecto de este; en caso contrario el proceso terminará.

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

5. Contenido y efectos de la sentencia. La sentencia que decreta la adopción 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. Una vez en firme se inscribirá en el Registro del Estado Civil y producirá todos los derechos y obligaciones propios de la relación paterno o materno-filial, desde la fecha de presentación de la demanda. En todo caso, en la sentencia deberá omitirse mencionar el nombre de los padres de sangre.

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”.

2.3. Cambios Jurisprudenciales de la característica de la irrevocabilidad de la adopción en Colombia.

Desde la expedición del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), la adopción ha permanecido con su característica de irrevocabilidad. Así, existe innumerable jurisprudencia de las altas cortes sobre derechos del adoptivo y obligaciones del adoptante, y características de esta institución entre las que se destacan:

La Sentencia C-495 de noviembre 03 de 1994, la Corte Constitucional, siendo Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía, indica como tesis principal que la irrevocabilidad de la adopción tiene su fundamento en el conjunto de obligaciones que surgen de la relación paterno-filial creada con la ley; por ello, estas obligaciones

son corretativas frente a los sujetos involucrados que no pueden dejarse de lado por la voluntad de las partes.

En igual sentido la sentencia C-477 de julio 07 de 1999, de la Corte Constitucional, siendo Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, desarrolla la importancia de la materialización del derecho a tener una familia, además de desarrollar el principio de interés superior del menor frente a la adopción. Resalta la importancia de este proceso, ya que una vez consolidado es inadmisibles su revocación, por la simple voluntad o querer o capricho de las partes involucradas por las razones señaladas anteriormente.

Asimismo la sentencia T-746 de 14 de julio de 2005, la Corte Constitucional indicó que el proceso de adopción exige dos trámites: el primero de carácter administrativo, gestionado por el ICBF, y el segundo de tipo judicial, que consiste en un proceso ante el juez de familia, culminado por medio de una sentencia judicial que posee el carácter de irrevocable. Sin embargo, esta sentencia no analiza la fase post-adopción, ya que de forma errada la anula por completo, dejando por fuera las consecuencias frente a situaciones de maltrato del hijo adoptivo.

Tal como se evidencia de las jurisprudencias antecedentes, en vigencia del Código del Menor y previo a su sustitución por el Código de la Infancia y la Adolescencia, la tesis central y que prevaleció era la nula posibilidad de la revocatoria del proceso de adopción. A pesar de ello, existió un tímido concepto del Consejo de Estado que abrió las puertas a la posibilidad de la revocabilidad del proceso de adopción de colombianos adoptados y residentes en el exterior. La referida corporación mediante el concepto 1070 del 11 de marzo de 1998 en la Sala de Consulta y Servicio Civil indicó que si un colombiano es adoptado por extranjeros y además reside fuera del país, conforme a la nacionalidad de los adoptantes la adopción podrá extinguirse, pero únicamente a los efectos jurídicos que produzca en el ámbito del ordenamiento extranjero¹²², es decir, no tendría efectos frente a la legislación colombiana.

Posteriormente, con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006-, aunque en el artículo 61 reitera la característica de irrevocabilidad de la adopción, se produce un cambio jurisprudencial trascendental de la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-844 de 8 de noviembre de 2011, por medio de la cual viabiliza la revocabilidad de la adopción en su fase administrativa. Esta sentencia estableció la obligación del ICBF de localizar a la familia del niño, niño o adolescente hasta el sexto grado de parentesco antes de declararlo en situación de adoptabilidad. La jurisprudencia hace énfasis en los derechos fundamentales del menor como el derecho de tener una familia y a no ser separado de ella, dando prelación en primer término a su familia biológica, además de realizar un análisis del principio de prevalencia del interés superior del niño, niña o adolescente. Igualmente indica que el carácter de irrevocable de la adopción en esta fase

¹²² PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2008. Pág.: 222.

(administrativa), no puede prevalecer cuando la actuación al interior de este proceso ha desconocido derechos fundamentales del menor de edad. Esta sentencia impone al ICBF la obligación de ubicar la familia extensa antes de declarar al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad, so pena de su revocabilidad.

A pesar de la jurisprudencia anterior, actualmente en Colombia no existen antecedentes jurisprudenciales que indiquen situaciones que concluyan con la declaratoria de revocabilidad de la adopción una vez se consolida la fase judicial.

2.4. Debates alrededor de la irrevocabilidad de la adopción.

Se debe partir en este debate que el derecho de familia y especialmente los asuntos de infancia y adolescencia, son asuntos de orden público, por tanto, el estado no permite de forma absoluta la aplicación de la teoría de la autonomía de la voluntad privada, incluso en aspectos patrimoniales se restringe la figura de la revocabilidad de los actos jurídicos:

“(…) nuestro Código Civil le prestó tanta importancia a la organización de la familia que, aun en sus aspectos patrimoniales, excluyó o limitó la facultad a los interesados para modificar el régimen legal. Así, proscribió las convenciones enderezadas a variar los efectos legales de la sociedad conyugal, después de formada esta, pues solo permitió a aquellos la celebración antes del matrimonio de las *capitulaciones matrimoniales*, “relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones o concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro” (art. 1771). Pero aún dichas capitulaciones se declararon *irrevocables* e inmodificables desde el día de la celebración del matrimonio, “aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas (art. 1778)”¹²³.

Los debates constitucionales alrededor de la irrevocabilidad de la adopción a partir de la vigencia de la Constitución Política Nacional, se desarrollan a partir del análisis de los artículos 42¹²⁴ y 44¹²⁵ constitucionales. Así, verbigracia la Sentencia T-723 de 18 de septiembre de 2012, la Corte Constitucional, en la Sala Quinta de Revisión, siendo Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, analiza y desarrolla el derecho constitucional a tener una familia, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad en donde debe respetarse los diferentes parámetros internacionales. Igualmente considera la relevancia del desarrollo del menor de edad alrededor de una familia que le garantice un desarrollo integral, en aras de

¹²³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. 2005. Pág.: 498.

¹²⁴ Artículo 42 de la Constitución Política: “*La familia es el núcleo de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia... Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes...*”.

¹²⁵ Artículo 44 de la Constitución Política: “*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión ... La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos ... Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”.

materializar el derecho de toda persona natural de tener una familia y a no ser separado de ella. Finalmente indica la prohibición de una cosificación de los niños, resaltando los derechos de este sector vulnerable por su condición física y mental.

Este mismo debate sobre el derecho a tener una familia desde el desarrollo del derecho civil familia, está entrelazado con el tema de la filiación y para el caso específico referida a la civil entendida como *“un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con la otra”*¹²⁶ recordando que una clase de filiación es la civil, refiriéndose a la institución de la adopción. En este sentido la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, de fecha 04 de septiembre de 1970, siendo Magistrado Ponente: Guillermo Ospina Fernández, Demandante: Ligia Ramírez Vda. de González, y Demandado: Pablo Villegas Botero, resalta el orden público como característica esencial del estado civil, siendo este otro de los argumentos arraigados para mantener la irrevocabilidad de la adopción, aunque es importante aclarar que con algunos antecedentes jurisprudenciales recientes del sector LGBTI, el estado civil puede ser actualmente modificado, en algunos elementos básicos como el sexo de las personas.

Entre los doctrinantes nacionales referidos al derecho de familia y de menores alrededor de la irrevocabilidad de la adopción se desatacan los siguientes:

Eduardo Umaña Luna describe el proceso de adopción en Colombia en sus dos fases, indicando sus reglas y características para cada etapa (administrativa y judicial), sin que sea posible la revocatoria de la misma, basado en la trascendencia de los efectos del proceso entre los cuales se puede mencionar la extinción del parentesco con la familia de origen, el surgimiento de deberes y derechos entre padres e hijos adoptivos y la imposibilidad de ejercer acciones de impugnación de filiación¹²⁷.

Por su parte Arturo Valencia Zea, realiza un análisis del consentimiento para la adopción en la fase administrativa, indicando su irrevocabilidad trascurrido un mes. Realiza un análisis del proceso judicial de adopción, menciona los recursos contra la sentencia, pero sin que se pueda realizar la revocatoria una vez consolidado dicho trámite¹²⁸.

Marco Gerardo Monroy Cabra¹²⁹, razona la prohibición de la revocabilidad de la adopción, desde los diversos efectos que surgen a partir de la culminación y

¹²⁶ SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II: Filiación y Régimen de los incapaces. 4ª edición. Editorial Temis. Bogotá. 2006. Pág.: 4.

¹²⁷ UMAÑA LUNA, Eduardo. La Familia Colombiana: Una Estructura en Crisis. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. Primera Edición. 1995. Pág.: 141 a 144.

¹²⁸ VALENCIA ZEA, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Familia, 7ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 1995. Pág.: 476 a 555.

¹²⁹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 14ª edición. 2014. Pág.: 152.

consolidación del proceso de la adopción como la adquisición de derechos deberes en la relación adoptante-adoptivo, la extinción del parentesco de origen y el surgimiento del civil, además de la prohibición de ejercer acciones de reclamación de filiación.

Es importante resaltar que el doctrinante Roberto Suárez Franco, indica que debe el legislador posibilitar la revocatoria del consentimiento prestado en los procesos de adopción en su fase administrativa, debido a que se trata de un proceso trascendental para todas las personas involucradas (familia de origen, adoptivos y adoptante), y en el fondo debe tratarse de evitar la lesión de sus intereses¹³⁰. Así, este autor es laxo frente a la fase administrativa, sin embargo, frente a la fase judicial sólo se limita a indicar los recursos de apelación contra la sentencia y con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia el recurso extraordinario de revisión¹³¹. Frente al recurso extraordinario de revisión en la actualidad con el Código General del Proceso, en su artículo 355 enumera de forma taxativa las causales, en las cuales de ninguna manera es posible interponerla frente al maltrato del hijo adoptivo en caso de interponerla con posterioridad a la ejecutoria de una sentencia de adopción¹³².

Por el contrario, Jorge Parra Benítez, destaca que la adopción como medida de protección, que tiene como fin primordial el preservar el derecho del niño, niña o adolescente, en principio a crecer en el seno de una familia¹³³, creándose un lazo de filiación. De allí concluye su carácter de irrevocable. Este autor señala además que tanto el Código del Menor, como el Código de la Infancia y la Adolescencia, el legislador quiso y confía en que tanto la actuación administrativa como la judicial se adelanten de forma estricta, de ahí que con la ejecutoria de la adopción queda cerrada toda posibilidad de discusión frente al trámite surgido. Además es enfático

¹³⁰ SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II: Filiación y Régimen de los incapaces. 4ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2006. Pág.: 126.

¹³¹ *Ibidem*. Pág.: 140.

¹³² “Son causales de revisión: 1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria; 2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida; 3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas; 4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba; 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida; 6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente; 7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad; 8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso; 9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

¹³³ PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2008. Pág.: 203 y 204.

al señalar que *“la irrevocabilidad de la adopción implica que ésta no puede dejarse sin efectos por voluntad de quienes intervinieron en su trámite”*¹³⁴. Más adelante agrega *“Por lo mismo, deberá afirmarse que con la ejecutoria de la sentencia que decreta la adopción queda cerrada toda posibilidad de discusión sobre el trámite surtido. Quedará a salvo, claro, la vía de la tutela por vulneración de derechos fundamentales. (...) La irrevocabilidad de la adopción implica que ésta no puede dejarse sin efectos por voluntad de quienes intervinieron en su trámite”*¹³⁵. Nótese igualmente que para este autor es nula la existencia de la etapa post-seguimiento.

Jorge Antonio Castillo Rugeles¹³⁶, desarrolla la característica de la irrevocabilidad de la adopción a partir de la vigencia del Código del Menor con el desarrollo del concepto de parentesco civil que surge entre adoptante y adoptivo. Señala que incluso modificó la parte final del artículo 50 del Código Civil, que indicaba que esta clase de parentesco no transcendía a las personas.

¹³⁴ Ibídem Pág.: 222.

¹³⁵ Ibídem. Pág.: 222.

¹³⁶ CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio. Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2004. Pág.: 46 y 47.

Capítulo 3: Problemas presentados una vez se consolida el proceso de adopción en su etapa judicial.

Una vez consolidado el proceso de adopción en su fase judicial con la ejecutoria de la sentencia, es posible que surgan diferentes situaciones conflictivas entre los nuevos miembros de la familia, que deben ser analizadas desde una perspectiva sociológica, psicológica y legal.

3.1. Problemas surgidos una vez se consolida la fase judicial de la adopción.

El informe a nivel latinoamericano¹³⁷ realizado por la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar, indicó con preocupación los problemas surgidos internamente en los países en procesos de adopción, en donde no prima el derecho de garantizar al menor abandonado o huérfano un medio familiar idóneo.

A nivel nacional¹³⁸, la Procuraduría General de la Nación realizó un Informe de Vigilancia Superior sobre el Programa de Adopciones en el año 2012 indicando varios problemas de las IAPAS (instituciones paralelas al ICBF en materia de adopción), y en general de los procesos de adopción en Colombia, en donde se concluye en uno de sus aspectos, la inexistencia de un verdadero seguimiento post-adopción, por falta de regulación al respecto y además porque los mismos adoptivos anteriormente contrataban al psicólogo que realiza el seguimiento de la misma, con resultados evidentemente, no muchas veces objetivos, es decir, con preocupación se evidenciaba en este informe, una ausencia total del ICBF en este aspecto, delegando de forma irresponsable su obligación de ser la autoridad central en materia de adopciones a particulares contratados directamente por los adoptantes.

Es decir, la crítica principal de este informe radica en que no se cumple el principio que la adopción se otorga bajo la suprema vigilancia del estado, ya que el papel del ICBF es determinante no sólo en la etapa administrativa, y deberá serlo en la etapa post-adopción¹³⁹. La labor del supremo vigilante de la adopción queda en entredicho, ya que el ICBF puede asesorarse de organizaciones no gubernamentales que tengan como finalidad el cuidado de la niñez para efectuar el seguimiento de los menores adoptados por extranjeros¹⁴⁰.

¹³⁷ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Informe de Vigilancia Superior sobre el Programa de Adopciones. 2012.

¹³⁸ RED LATINOAMERICANA DE ACOGIMIENTO FAMILIAR. Informe latinoamericano: Situación de la niñez sin cuidado parental o en riesgo de perderlo en América latina. 2008.

¹³⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Código del Menor – Jurisdicción de Familia. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. 1991. Pág.: 61.

¹⁴⁰ LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia – Seguridad Familiar. Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. 1997. Pág.: 133.

Además, se debe recordar que *“la adopción es de alto riesgo cuando las respectivas relaciones no adquieren la calidad socializante de las materno y paterno filiales normales. Los riesgos de desadaptación tienen origen en diferentes causas, entre las cuales se citan: adopciones de niños ya estigmatizados por carencias y abusos paternos prolongados: cuando a la adopción precede un estado psicológico de espera y angustia que luego se manifestará con abusos como la sobreprotección y los escrúpulos. También hay riesgos de desadaptación si la adopción viene a ser la solución de un problema transitorio de la pareja. Si ésta después tiene un hijo propio, éste puede desplazar efectivamente al adoptado. Hemos conocido otros casos en donde los correspondientes vínculos afectivos no tienen la calidad que exige la seguridad del niño”*¹⁴¹.

Al consolidarse la adopción, inicia la adaptación del niño a su nuevo hogar, y por ello se trata de evitar que se consoliden relaciones familiares deficientes, o inadecuadas, y relaciones perjudiciales. Las primeras se definen cuando “comprometen en alguna forma, aunque no grave, la formación integral del niño. Generalmente dicha situación se califica en aspectos de la protección material, ejercicio de la autoridad, roles morales, relaciones fraternales, conflictos de pareja, etc., en este caso es necesaria la intervención judicial y administrativa para tratar de cambiar aquellos patrones familiares. Las relaciones familiares perjudiciales, se definen como aquellas que comprometen del menor su formación integral (en lo físico y lo psicológico)¹⁴².

Estos alarmantes estudios indican que pueden surgir problemas de maltrato hacia el hijo adoptado con la ausencia total de la autoridad central en la materia, que en el caso Colombiano es el ICBF.

Igualmente el día 30 de abril de 2015 en noticieros nacionales se retomó un caso de un extranjero que al culminar el proceso de adopción con niños colombianos y precisamente el mismo día en que el menor le es entregado en custodia, procede a maltratarlo física y verbalmente, dejando en duda el principio rígido de la irrevocabilidad de la adopción una vez queda ejecutoriada la sentencia de la misma¹⁴³.

3.2. La posibilidad de la revocatoria de la adopción en procesos de adopción simple en derecho y jurisprudencia comparada.

A nivel mundial existe gran polémica frente a la laxitud o no de los requisitos para adoptar, con un número reducido de países en los cuales no es permitida la adopción. Al respecto, Luis Fernández Clérigo en su libro *“El Derecho de Familia en*

¹⁴¹ MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Código del Menor – Jurisdicción de Familia. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. 1991. Pág.: 61.

¹⁴² Ibídem. Pág.: 64.

¹⁴³ <http://www.noticiasrcn.com/nacional-justicia/fiscalia-pediria-extradicion-espanoles-adoptaron-y-maltrataron-ninos-colombianos> Noticiero RCN del 30 de abril de 2015.

la Legislación Comparada” analiza los diferentes sistemas, en donde se puede concluir que Colombia en apariencia es uno de los países más laxos al respecto. Estos contrastes de la institución de la adopción han existido en diferentes etapas históricas: desde los pueblos antiguos, el derecho romano, el derecho feudal, la Revolución Francesa hasta llegar a una concepción individualista actual que tiene un fin eminentemente social que es asegurarle un hogar a quien no lo tiene, en condiciones dignas.

“En derecho comparado la tendencia es a establecer una desvinculación total del adoptado con su familia de origen” ejemplo de ello es la legislación belga, francesa, inglesa, filipina, derecho portugués, alemán, Italiano y español¹⁴⁴.

A nivel latinoamericano los tratadistas Rafael Sajón y Calvento observan que *“en materia de adopción existen dos sistemas diferentes: Un grupo de países (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Perú) que regulan la adopción en general siguiendo los lineamientos de la adopción clásica respondiendo a las siguientes características: 1) predominio de la naturaleza contractual, aun cuando se prevé la intervención judicial para homologar; 2) no existe incorporación del adoptado a su familia adoptiva, quedando subsistentes los vínculos con su familia natural; 3) posibilidad de mutuo disenso o revocación de la adopción. Otro grupo de países (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) junto a la adopción clásica, organizan bajo denominaciones diferentes un tipo de adopción destinada a cumplir en forma más cabal los objetivos actuales de la institución, cual es proteger a la infancia abandonada, mediante su incorporación definitiva a una familia estable. Bajo los nombres de legitimación adoptiva (Brasil, Chile y Uruguay), adopción plena (Argentina, Costa Rica y Venezuela), adopción privilegiada (República Dominicana), o arrogación de hijos (Bolivia), estas legislaciones organizan una forma de adopción que establece un símil con la filiación y reservándola solamente en favor de niños abandonados, huérfanos de padre y madre e hijos de padres desconocidos, es decir, situaciones de hijos desamparados. Sus características principales son: 1) naturaleza institucional del vínculo, fundándose el mismo en un procedimiento judicial; 2) incorporación definitiva del menor a la nueva familia, asimilándose al hijo nacido del matrimonio; 3) no revocabilidad del vínculo de adopción”*¹⁴⁵.

Sin embargo, para el presente estudio y desde derecho comparado, países latinoamericanos como Argentina y México establecen la revocatoria de la adopción (simple) en casos excepcionales, con causales pre- establecidas:

¹⁴⁴ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 15ª edición. 2014. Pág.: 138 y 139.

¹⁴⁵ SAJÓN, Rafael y CALVENTO, Ubaldino. Legislación atinente a menores en las Américas. Montevideo. 1977. Pág.: 29.

ARGENTINA	MÉXICO
<p style="text-align: center;"><u>Ley 24.779 de 1997</u></p> <p>Artículo 335.-Es revocable la adopción simple:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Por haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad de los supuestos previstos en este Código para impedir la sucesión; b) Por haberse negado alimentos sin causa justificada; c) Por petición justificada del adoptado mayor de edad; d) Por acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad. <p>La revocación extingue desde su declaración judicial y para lo futuro todos los efectos de la adopción.</p>	<p style="text-align: center;"><u>Artículo 405 Código Civil</u></p> <p>La adopción simple permite la revocación restituyendo todo al estado en que estaban antes de que se efectuara. La adopción se revoca o extingue:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Si ambas partes están de acuerdo; b) Si se demuestra que existe peligro para el menor; c) Por ingratitud, esto significa (Art 406): <ul style="list-style-type: none"> - Cometer un delito en contra de la honra y bienes del adoptante. - Denunciar al adoptante aunque el delito se pruebe. - Si se rehúsa a dar alimento cuando el adoptante cae en pobreza.

Igualmente, la Ley 7613 (artículos 9 y 11) de Chile permite la nulidad e impugnación de la adopción, y oposición de la misma. La nulidad opera cuando no se reúnen los requisitos de la adopción, y corresponde a todo aquél que tenga interés. La impugnación de la adopción se produce una vez consolidado el proceso de adopción, cuando la misma no es beneficiosa para el adoptado¹⁴⁶. A la par, el art. 32 de la Ley de la adopción establece que la adopción puede expirar cuando¹⁴⁷:

1. Por **voluntad del adoptado**, manifestada en escritura pública dentro del año siguiente a la cesación de la incapacidad.
2. Por **consentimiento mutuo** del adoptante y del adoptado mayor de edad que conste en escritura pública.
3. Por **sentencia judicial que prive al adoptante de la patria potestad** en los casos contemplados en el artículo 267 del CC; y
4. Por **sentencia judicial que declare la ingratitud** del adoptado para con el adoptante.

¹⁴⁶ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1946. Pág.: 479 a 481.

¹⁴⁷ Ibídem. Pág.: 482.

Esta información en derecho comparado, contrastada con nuestra legislación. Hacen concluir que, si bien es cierto en Colombia se abolió la adopción simple por una serie de inconvenientes surgidos y relatados de manera detallada en el tomo de Derecho de Familia de Arturo Valencia Zea¹⁴⁸, es importante resaltar que la misma en el caso mexicano se extingue si se demuestra que existe peligro para el menor, abriendo el camino en primacía de los derechos del hijo adoptivo.

Indistintamente, a nivel internacional existen precedentes jurisprudenciales que permiten la revocatoria de la adopción en la etapa administrativa. Un ejemplo es la Sentencia del 13/01/2009 Temenuzhka Ivanchova Todorova Vs. Corte Italiana, No. 33932/06, en la cual la Corte Europea de Derechos Humanos establece la revocabilidad de la adopción por el arrepentimiento de dar en adopción al hijo, aun transcurrido un tiempo prudencial.

En Colombia es importante resaltar algunos antecedentes que posibilitan el camino de la revocatoria de la adopción:

La sentencia T-115 de 22 de febrero de 2007, la Corte Constitucional en la Sala Novena de Revisión, siendo Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, precisó:

“Por supuesto, cuando se investigan posibles irregularidades en la conducta y gestiones de un padre respecto del hijo, sobrevendrá un dilema y una tensión jurídica entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y las fórmulas de salvaguardia aplicables; para dar solución a tal conflicto el operador judicial o administrativo debe actuar con extrema cautela y prudencia, y sustentar cuidadosamente cuál es la medida más apropiada para amparar los derechos del niño o niña. En cualquier caso, la intervención de la sociedad y el Estado en defensa del menor no puede engendrar un daño mayor de aquel que hubiere sido ocasionado por su padre o madre”.

Un segundo antecedente es la sentencia de la Corte Constitucional, T-844 del 8 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la cual inicia el camino de la posibilidad de la revocatoria de la adopción en situaciones excepcionalísimas. Este antecedente evidencia un problema en su aplicación, en el que se ordena la ubicación del niño, niña o adolescente en su medio familiar, para tratar de evitar la adopción, sin señalar cuanto tiempo se requiere para ello, vacío que fue desarrollado por la Ley 1753 de junio 9 de 2015, que en su artículo sobre ubicación en medio familiar, que modificó el artículo 56 de la Ley 1098 de 2005, el cual establece:

“ARTÍCULO 56. Ubicación en medio familiar. Es la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior.

La búsqueda de parientes para la ubicación en medio familiar, cuando a ello hubiere lugar, se realizará en el marco de la actuación administrativa, esto es, durante los cuatro meses

¹⁴⁸ VALENCIA ZEA, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Familia, 7ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 1995. Pág.: 556 a 558.

que dura la misma, o de la prórroga si fuere concedida, y no será excusa para mantener al niño, niña o adolescente en situación de declaratoria de vulneración. Los entes públicos y privados brindarán acceso a las solicitudes de información que en dicho sentido eleven las Defensorías de Familia, las cuales deberán ser atendidas en un término de diez (10) días. El incumplimiento de este término constituirá causal de mala conducta.

Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos”.

Es decir, a la autoridad administrativa se le otorga un término muy corto en meses, para realizar el proceso de restablecimiento de derechos, y dentro del mismo la labor de ubicar los parientes del posible adoptado.

El tercer antecedente que abrió el camino de revocatoria de la adopción es desarrollo de la sentencia mencionada, ya que el ICBF desarrolla el concepto 126 de 13 de agosto de 2012, antecedente administrativo que debe analizarse de forma detenida por la importancia y trascendencia que tiene.

A continuación, se extraen los apartes más relevantes del concepto 126 de 13 de agosto de 2012, del Instituto Colombiano De Bienestar Familiar – ICBF:

“(…) PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuál es la herramienta jurídica apropiada para corregir aquellos yerros cometidos en el trámite del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, en sus diferentes etapas (en trámite, con declaratoria de adoptabilidad en firme sin homologación, con declaratoria de adoptabilidad en firme con homologación) que ponen en situación de vulnerabilidad los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes?

ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

(…) La Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral primero del artículo tercero establece que “(…) todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (subrayado fuera de texto).

(…) La Corte Constitucional en la sentencia T-844 de 2011 analizó los hechos materia de la acción de tutela instaurada por una ciudadana contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Juzgado Noveno de Familia del Circuito de Ciudad Verde.

Frente al análisis de los hechos y con base en los principios constitucionales de los niños, las niñas y los adolescentes, la Corte Constitucional realizó un estudio a partir del anterior Código del Menor y el actual Código de la Infancia y la Adolescencia.

En ese sentido, dentro de los argumentos expuestos por la Corte, resulta importante resaltar:

“(…) En este orden de ideas, la sentencia referida señala que la acción estatal a favor de los menores de dieciocho años no puede dirigirse exclusivamente a la implementación de medidas de restablecimiento de derechos como la ubicación de los niños, niñas y adolescentes afectados en centros de emergencia, hogares de paso o disponiendo su adopción, pues, a pesar de tratarse de mecanismos legítimos y necesarios en algunos casos

para proteger efectivamente sus derechos frente a peligros o amenazas verdaderamente reales contra sus derechos fundamentales, esas medidas estatales deben prioritariamente ser aquellas que "les faciliten a los padres poder cumplir con sus deberes constitucionales y legales en relación con la prole, y al mismo tiempo, suplir las necesidades económicas del núcleo familiar (vr. Programas de madres comunitarias, jardines del ICBF, etc.),"

(...) En suma, la Corte determinó que la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva iusfundamental del derecho, genera para las autoridades públicas competentes, un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes; y, por otra parte, desde la faceta prestacional, el Estado debe implementar acciones positivas, dirigidas a mantenerla y preservarla. De tal suerte que el accionar de las autoridades públicas competentes en materia de infancia y adolescencia, no puede ser ajeno a la existencia de una realidad social consistente en que miles de familias colombianas no cuentan con los recursos económicos suficientes para cumplir ciertas obligaciones pero que ello no puede tener como consecuencia la separación de las familias que se encuentren en esa precaria situación,^[11] debe buscarse la preservación de la unidad familiar, implementando programas de apoyo para las mismas.

(...) En ese contexto, únicamente se podía declarar la situación de abandono cuando en el proceso administrativo se lograra demostrar claramente que el niño o niña de que se trate, carecía de las personas que por ley están llamadas a satisfacer sus necesidades básicas, esto es, que el niño o la niña ha sido, en efecto, abandonado. En cualquier caso, en el trámite que conducía a la declaración de situación de abandono, los funcionarios administrativos debían -y hoy también- observar estrictamente la Constitución y, en especial, el derecho constitucional fundamental al debido proceso y a la prevalencia de la unidad familiar.

(...) En otras palabras, la declaración de adoptabilidad sólo se impone cuando existe evidencia clara de que ni los padres biológicos ni la familia extensa ni las personas que de hecho se han ocupado de su crianza, están en la capacidad de garantizar sus derechos – capacidad que nada tiene que ver con lo económico- o que de permanecer en la familia biológica o de crianza conlleva para el niño o para la niña un riesgo insuperable que el Estado está en la obligación de evitar.

(...) Por tanto, el ICBF estaba en la obligación de analizar la situación de la familia extensa de la niña y determinar si para la protección de sus derechos se podía optar por otras medidas de protección distintas a la adopción, tales como entregar la custodia a su familia extensa y brindarles el apoyo necesario para preservar dicho vínculo, por ejemplo, apoyo psicológico, terapias familiares, sensibilización a los familiares que cuidaban a la niña; como también brindarle a la menor de dieciocho años todos los cuidados especiales que requería para atender sus necesidades y propender por su desarrollo armónico e integral, sin que ello implicara la separación de su núcleo familiar, como en efecto ocurrió, sin una motivación razonada y evidente para ello. El ICBF no demostró, como ya se señaló en otro aparte de este fallo, que la medida que mejor se ajustaba al/establecimiento o protección de los derechos de la niña era la adopción.

(...) En ese sentido, corresponde al Director del Instituto de Bienestar Familiar tomar todas las previsiones para que casos como el que es objeto de análisis no se vuelvan a presentar. En ese sentido, se impone el diseño de protocolos de actuación que permitan a los Defensores de Familia cumplir su importante rol en lo que hace a la protección y restablecimiento de derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes".

En ese orden de ideas, esta Oficina Asesora Jurídica mediante memorando con radicado No. 002540 del 14 de febrero de 2012 realizó una serie de recomendaciones a la Dirección de Protección, a partir de los parámetros dados por la Corte Constitucional respecto al

proceso administrativo de restablecimiento de derechos y al proceso de adopción, donde se hicieron entre otras las siguientes consideraciones:

"(...) El fallo debe servir al Instituto para verificar los procesos y protocolos existentes en estos temas, considerando que las acciones de tutela, si bien son resoluciones en un caso particular, no limitan el sentido a las partes que intervienen sino que sostiene la pretensión de corrección de una situación inconstitucional, disponiendo una decisión para que situaciones del mismo orden como la ocurrida con la menor, tengan un amparo frente a los jueces.

*Si bien el fallo, que debe la atención por la muy nutrida jurisprudencia citada, es a la postre una nueva variable que debe ser tenida en cuenta para los programas de restablecimiento y en especial lo relacionado con la adopción, pues reconoce que aunque la reforma introducida al Decreto 2737 de 1989 en el año 2006 supone la irrevocabilidad de la adopción, **esta puede excepcionalmente ser revocada cuando sea contraria al interés superior del menor y se desconocen los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente y los de su familia en el trámite de adopción.** (...)"*

De acuerdo con lo anterior, se presentaron las siguientes recomendaciones:

- Escuchar al niño, niña y adolescente.*
- Obligación de información.*
- Averiguaciones e investigaciones.*
- Indagación del entorno familiar.*
- Poner en conocimiento de este fallo a los defensores de familia.*
- Capacitación del lineamiento técnico administrativo del programa de adopciones.*

Análisis de las situaciones planteadas por la Subdirección de Adopciones

La Subdirección de Adopciones presenta las siguientes situaciones que deben ser analizadas, con el fin de determinar la vía jurídica para la solución de cada una de ellas, a saber:

Situación No. 1: *"Procesos en que no se ha resuelto la situación jurídica del niño, niña o adolescente".*

Situación No. 2: *"Procesos con fallo de situación de adoptabilidad en firme sin homologación".*

Situación No. 3: *"Procesos con fallo de situación de adoptabilidad en firme en razón a homologación del Juez de Familia".*

Situación No. 4: *"Procesos con fallo de situación de adoptabilidad en firme en razón a ser definidos por el Juez de Familia por pérdida de competencia de la autoridad administrativa".*

Situación No. 5: *"Procesos con sentencia de adopción emitida por el Juez de Familia".*

De acuerdo a las situaciones aquí planteadas, es importante precisar que ante un defecto en el cual se ha incurrido, no se puede considerar que este resulte inamovible en desmedro de uno de los principios de mayor intensidad de nuestra Carta Política, como lo es, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; pues lo cierto es que en cualquiera de las situaciones planteadas, se advierte claramente que su no corrección implicaría la vulneración de derechos de orden constitucional, tal como el de la preservación de la unidad familiar.

(...) En primer lugar, habría que acordar que un principio es una regla ideal, y como tal se debe procurar las condiciones más favorables para el pleno desarrollo de los derechos, en el caso que nos ocupa, el garantizar el pleno ejercicio de los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes.

Pues bien, los principios desde un punto de vista más técnico son mandatos de optimización,^[14] es decir, que estos obligan a "hacer aquello que sea necesario para que los estados de cosas ideales se realicen en la mayor medida posible", los imperativos

contemplados en la Constitución Política no podrían ceder ante criterios de legalidad, cuando lo que se procura es mantener la integridad de los derechos de sujetos de mayor protección, motivo por el cual para las autoridades deben gozar de un tratamiento y rango preferencial.

Situación No. 1: "Procesos en que no se ha resuelto la situación jurídica del niño, niña o adolescente".

La Subdirección de Adopciones sugiere que: "Es importante tener en cuenta que en estos procesos procede el saneamiento de la actuación administrativa inclusive con la revocatoria directa de oficio desde la decisión que vulnera el ordenamiento constitucional y legal vigente, igualmente, procede entre otros aspectos, aplicar lo ordenado en los artículos 53 y siguientes y el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006 para el cambio de medida o medidas a favor del niño, niña o adolescente. Lo anterior sin perjuicio del recurso de reposición procedente ante la misma autoridad y de la homologación ante el Juez de Familia, previstos para el fallo del proceso en la misma Ley".

Sea lo primero precisar que para ésta Oficina la hipótesis aquí planteada va encaminada a determinar cuál es la mejor solución jurídica a favor del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en aquellos casos donde se observa algún yerro en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, o se ha tomado alguna medida de protección de carácter provisional que está vulnerando los derechos del niño, niña o adolescente.

En ese sentido, bien puede el funcionario administrativo proferir un auto de trámite en el que ordene subsanar los defectos procedimentales en los que ha incurrido, tales como, falta de notificación a las partes, falta de vinculación de la familia extensa, entre otros, claro está, dentro del término contemplado en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia para proferir la decisión de fondo.

Situación No. 2. Procesos con fallo de situación de adoptabilidad en firme sin homologación".

La Subdirección de Adopciones propone como solución jurídica que: "procede la revocatoria directa desde la decisión que vulnera el ordenamiento constitucional y legal vigente, igualmente, procede dar aplicación a lo ordenado en los artículos 53 y siguientes y 103 de la ley 1098 de 2006, para el cambio de medida o medidas a favor del niño, niña o adolescente. Sin perjuicio del recurso de reposición procedente ante la misma autoridad y de la homologación ante el Juez de Familia previstos para el fallo del proceso en la misma Ley".

(...) En relación con la competencia, se reitera lo dicho con anterioridad sobre la legitimidad que tiene el defensor de familia para actuar en beneficio de la protección integral del niño, niña o adolescente, en los términos del artículo 53, numeral 6 del código, según el cual, en materia de adopción, el Defensor de Familia puede adoptar cualquier medida que les garantice la protección integral de sus derechos; finalmente, no existe disposición conocida que haga irrevocable la declaratoria de adoptabilidad como sí lo es, por expresa disposición legal, la sentencia del juez de familia que declara la adopción.

Por el contrario, el artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece claramente el "carácter transitorio de las medidas" y abre la posibilidad de que la autoridad administrativa las modifique o suspenda, consagrando este artículo como única excepción a la regla la declaratoria de adoptabilidad, cuando esta, haya sido homologada por parte del juez. Esta interpretación es acorde con lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-572 de 2010, en la cual se afirma:

"(...) de acuerdo con el artículo 103 de la nueva Ley de Infancia y Adolescencia, vigente y aplicable en este momento, la regla es el carácter transitorio de las medidas de protección,

y para que la declaratoria de adoptabilidad (antes declaratoria de abandono) quede en firme y adquiera el carácter de irrevocable, debe ser homologada por un juez, situación que no se presenta en este caso".

Dicho lo anterior, se hace necesario profundizar en el análisis del artículo 103 en comento, con el objeto de establecer porque este artículo se constituye como la medida adecuada para que el defensor de familia modifique o suspenda la declaratoria de adoptabilidad que se tomó con desconocimiento de los criterios jurisprudenciales que hacen parte integrante de la ley material según lo explicado con anterioridad.

Sea lo primero advertir que el defensor de familia adopta una medida de protección con base en circunstancias fácticas que dan cuenta de la vulneración o riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que dicho sea de paso deben estar debidamente probados, pero además, la adopta con base en la normativa legal y constitucional vigente y con acatamiento de la jurisprudencia que le asigna los parámetros sobre los cuales debe realizar su actuación.

Así pues, la autoridad administrativa puede recurrir al artículo 103 cuando quiera que en relación a la declaratoria de adoptabilidad, este demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas, en el entendido de que dicha alteración incluye también aquellas situaciones jurídicas que en el momento fueron determinantes para tomar la decisión pero que solamente con posterioridad han sido identificadas.

(...) En conclusión, cualquier autoridad administrativa que en cualquier momento o instancia del trámite administrativo, identifique una posible vulneración de los derechos iusfundamentales de los niños, niñas y adolescentes, deberá informar con la mayor celeridad al defensor que impulso la medida, para que revise la actuación, y de ser necesario, a la luz de los fundamentos legales que le otorga el artículo 103 y 53 #6 del Código de la infancia y la Adolescencia y su interpretación constitucional aquí señalados, modifique la medida de declaratoria de adoptabilidad que no ha sido homologada por el juez y las medidas de restablecimiento ordenadas en la misma.

Situación No. 3: "Procesos con fallo de situación de adoptabilidad en firme en razón a homologación del Juez de Familia".

La Subdirección de Adopciones en este evento sugiere que: "No procede la Revocatoria Directa conforme a la advertencia consagrada en el inciso segundo del artículo 103 de la ley 1098 de 2006 (Éste artículo no se aplicará cuando se haya homologado por el Juez la declaratoria de adoptabilidad o decretado la adopción). Adicionalmente, dada la naturaleza jurídica de la decisión y de la autoridad que la emite el Juez de Familia".

En este caso consideramos que no es procedente la aplicación de la figura de la revocatoria directa del acto administrativo por el cual se declaró en situación de adoptabilidad al niño, niña o adolescente, por las razones que se exponen a continuación:

En este evento, aun cuando no es posible anticipar la decisión del juez, si es posible asegurar que su decisión debe estar sujeta a las normas constitucionales y legales y a las subreglas de la jurisprudencia de las altas cortes, por esta razón, es necesario que la solicitud a presentar, se realice con total claridad y especificación sobre los defectos de cada caso en particular, si estos son defectos procedimentales, fácticos, error inducido falta de motivación o cualquier otro que afecta gravemente el interés superior del niño, niña o adolescente.

Situación No. 4: "Procesos con fallo de situación de adoptabilidad en firme en razón a ser definidos por el Juez de Familia por pérdida de competencia de la autoridad administrativa".

La Subdirección de Adopciones sostiene en esta situación que: "No procedería la Revocatoria Directa conforme a la naturaleza jurídica de la decisión y de la autoridad que la emite: El Juez de Familia".

En el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia se establece el trámite que se debe seguir durante los procesos administrativos de restablecimiento de derechos. En efecto, en el párrafo 2o del citado artículo se contempla que vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y deberá remitir de forma inmediata el expediente al Juez de Familia, para que de oficio adelante el proceso respectivo.

En ese evento, el Juez de Familia es la autoridad que adelanta el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y define la situación jurídica del menor de edad, por ello, no se está ante un acto administrativo sino frente a una decisión de carácter judicial.

De ahí que, el artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia establezca que le corresponde al Juez de Familia en única instancia resolver sobre el restablecimiento de derechos del niño, niña o adolescente, cuando el Defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia.

Respecto a los fallos emitidos por los administradores de justicia, el ordenamiento jurídico contempla el recurso extraordinario de revisión, el cual según la Corte Constitucional, es un "mecanismo excepcional contra la inmutabilidad de la cosa juzgada, por la ocurrencia de hechos y conductas contrarios a derecho que, una vez configurados, desvirtúan la oponibilidad de la sentencia, y por ende, la seguridad jurídica que le sirve de fundamento, al carecer de un elemento esencial: la justicia que debe inspirar toda decisión judicial".

Por lo anterior, cuando el defensor de familia hubiere perdido la competencia, y se identifique algún yerro en la decisión adoptada por parte del juez, con grave perjuicio de los derechos iusfundamentales del niño, niña o adolescente, es necesario dar a conocer esta circunstancia al mismo juez que resolvió sobre el restablecimiento de los derechos, y en el mismo escrito solicitar se realice la verificación de la decisión adoptada, con fundamento en el artículo 138. OBLIGACIÓN ESPECIAL PARA LAS AUTORIDADES COMPETENTES DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS, que establece que "En todos los casos y de manera inmediata a su conocimiento, la autoridad competente deberá realizar la verificación de la garantía de derechos ordenada en el artículo 52 de esta ley", como quiera que en este caso particular, la autoridad que realizó el restablecimiento de derechos, es el juez de familia en única instancia.

En concordancia con lo anterior, el artículo 121 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que: "los asuntos a que se refiere esta ley se iniciarán a instancia del Defensor de Familia, del representante legal del niño, niña o adolescente, o de la persona que lo tenga bajo su cuidado. El juez podrá iniciarlos también de oficio". (Subrayas fuera del texto).

No obstante lo anterior, ante la negativa del Juez de Familia de revisar su propia decisión que adoptó en calidad de autoridad competente de restablecimiento de derechos ante la pérdida de competencia del Defensor o el Comisario de,^[32] la vía más expedita para restablecer los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, que se encuentran vulnerados, es la acción de tutela por evidenciarse la existencia de causales específicas de procedibilidad de la acción. Y es que la acción de tutela está prevista en la Constitución Política como un mecanismo para proteger de forma inmediata y efectiva los derechos fundamentales de las personas, cuando estos, fueren desconocidos o amenazados por cualquier autoridad pública o por los particulares, excepto si el titular de los derechos tiene la posibilidad de hacerlos valer por otros medios legales.

Bajo las anteriores consideraciones, se puede determinar que el niño, niña o adolescente o las partes dentro del referido proceso, no cuentan con otro medio jurídico de impugnación en contra de la decisión que profiere el Juez de Familia en declarar en adoptabilidad al menor de edad, por lo que, se tendrá que acudir a la acción constitucional de tutela para salvaguardar el debido proceso, en el evento en que el Juez decida no modificar su decisión.

Situación No. 5: "Procesos con sentencia de adopción emitida por el Juez de Familia".

Por último, la Subdirección de Adopciones indica que: "En este caso, los procesos no podrán ser objeto en razón a la reserva prevista en los artículo (sic) 81 y 75 de Ley 1098 de 2006. Las acciones que pueden adelantarse para levantar la reserva de los documentos y actuaciones de un proceso de adopción, así como la facultad para dicho propósito, se encuentran expresamente señaladas en los citados artículos".

Respecto a la situación planteada, resulta importante denotar que esta clase de procesos termina con la sentencia de adopción emitida por el Juez de Familia, que produce como efectos jurídicos los establecidos en el artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia, además de la irrevocabilidad de la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza en virtud del artículo 61 de la misma ley.

Así las cosas, en virtud del bloque de constitucionalidad y de lo establecido en la Carta Política, esta Oficina considera que como regla general debe primar la seguridad jurídica que le asiste a los fallos emitidos por los Jueces así como la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

No obstante lo anterior, no se puede desconocer lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-844 de 2011, respecto al desconocimiento de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos que trajo como consecuencia la sentencia de adopción:

"La irrevocabilidad de la adopción no significa que en los casos en donde se han desconocido los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente y los de su familia, ésta no sea procedente como algo excepcionalísimo, así como cuando los hechos que puedan dar origen a ella no pueden alegarse al interponer el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia judicial que declara la adopción. Lo anterior significa que la irrevocabilidad no se puede oponer cuando las actuaciones surtidas al interior del proceso administrativo de protección han desconocido los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente (...).

Lo anterior no significa que **en casos excepcionalísimos los jueces de familia y subsidiariamente los de tutela, puedan para dar prevalencia a los derechos de los niños, niñas y adolescente adoptados y revocar una adopción.** Para ello será necesario demostrar defectos de tal naturaleza que, al igual que sucede con las providencias judiciales, permitan afirmar sin lugar a hesitación que el procedimiento tanto administrativo como judicial resulta abiertamente contrario a su objeto: el restablecimiento de los derechos del niño, niña y adolescente".

Conforme a ello, en casos que tengan las características referidas por la sentencia en comento, se concluye que la autoridad administrativa, en su función de verificación reiterada a lo largo de este documento, deberá realizar un análisis riguroso, si tiene conocimiento de los mismos, a efectos de demostrar la existencia de una vulneración flagrante del interés superior del niño, niña o adolescente durante el proceso administrativo de restablecimiento en los cuales exista sentencia de adopción, y en seguida poner en conocimiento de esta situación al Juez que declaró la adopción para que este la revoque, si a ello hay lugar conforme con lo señalado por la Corte en su jurisprudencia respecto a la excepcionalidad de la irrevocabilidad de la adopción. Todo esto, sin perjuicio de lo afirmado en la situación

numero 4 acerca de la pertinencia de que ante la negativa del Juez de Familia de revocar su decisión, el defensor de familia interponga la acción de tutela con el objeto de restablecer los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, que se encuentran vulnerados, si lo encuentra procedente, a la luz de las sub reglas jurisprudenciales sobre las causales genéricas de procedibilidad de la acción de Tutela contra providencias judiciales”.

Del concepto del ICBF se puede concluir que existen formas de revocatoria directa y otras a través de la acción de tutela, dependiendo de la etapa administrativa o judicial en la que se encuentre un niño, niña o adolescente. Por ello, dichas acciones proceden de oficio por parte del Juez o Defensor de Familia, o ante el juez por solicitud de las partes del proceso judicial como son: el Defensor de Familia, el representante legal del niño, niña o adolescente, o de la persona que lo tenga.

Ahora bien, el mismo concepto del ICBF plantea la posibilidad en la etapa post-adopción, es decir, una vez ejecutoriada la sentencia, y sólo en casos excepcionales, para el caso de violación de derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes, la posibilidad de revocar la sentencia directamente el juez o la posibilidad de interponer una acción de tutela, aunque procedimentalmente no desarrolla en detalle dicha acciones. Nótese que no incluye esta posibilidad cuando se presenta maltrato físico, moral o abuso del niño, niña o adolescente adoptado por parte de su familia adoptiva, una vez se consolida la etapa judicial.

Capítulo 4:

Principio de protección a la integridad de los niños, niñas y adolescentes Vs situaciones de maltrato por parte de los padres adoptantes al hijo adoptado.

Se han presentado antecedentes de maltrato de hijos adoptivos, una vez se encuentra finalizada y consolidada la fase judicial del proceso de adopción, los cuales cuestionan la primacía de la característica de la irrevocabilidad de la adopción, frente a la protección y bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes dados en adopción.

4.1 Vulneración del principio de protección a la integridad de los niños, niñas y adolescentes frente a situaciones de maltrato.

La adopción debe analizarse desde una mirada más allá de lo legal, previamente a recopilar los principios de protección de los infantes. De esta manera, Jaime Buenahora Febres-Cordero¹⁴⁹ estudia las implicaciones no sólo jurídicas, sino también sociológicas de la adopción. Indica que la importancia de la adopción radica en que es un instrumento, por medio del cual se procura atenuar la situación de los niños desprotegidos, al tiempo que es una alternativa para las parejas estériles o en general con problemas de procreación, mientras jurídicamente corresponde a un conjunto de normas cuyo desarrollo implica el establecimiento entre dos personas.

Sin embargo, una de las implicaciones más grande es la garantía de los derechos del hijo adoptivo antes que del adoptante, cambiando actualmente el paradigma de la adopción. Dentro de estas garantías se encuentra el principio de protección a la integridad de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto Pedro Lafont Pianetta¹⁵⁰, indica que existe una protección tanto general como espacial consagrada en la Constitución Política de 1991 para los niños, niñas y adolescentes, entre las que hace parte el derecho a la integridad, sin distinción de ninguna especie. Luego de allí se encuentra recogida la integridad física, psíquica, moral e interna de las personas, y en particular la de los menores. Igualmente este autor, señala cada uno de los trámites establecidos en la jurisdicción de familia, cuando se amenazan o vulneran estos derechos de los niños, niñas o adolescentes.

Estos derechos deben ser analizados en los nuevos marcos teóricos. Por ello en la Tesis de Grado de Mario Andrés Castro y Juanita Hernández Vidal¹⁵¹ se compara

¹⁴⁹ BUENAHORA FEBRES-CORDERO, Jaime. La adopción. Implicaciones jurídicas y sociológicas. Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Bogotá. 1977. Pág.: 51 a 79.

¹⁵⁰ LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia. Tomo III. Librería Ediciones del Profesional. 2012.

¹⁵¹ CASTRO, Mario Andrés y HERNÁNDEZ VIDAL, Juanita. Los derechos de la Infancia y la adolescencia en Colombia como sistema constitucional. Universidad Externado de Colombia. 2010. Pág.: 147 a 184.

el nuevo paradigma del Código de la Infancia y la Adolescencia, en contraste con el paradigma anterior del Código del Menor. Este nuevo paradigma presenta algunos ejes fundamentales entre los que se encuentra el interés superior del menor, el cual se encuentra integrado a un sistema internacional de derechos de la infancia y la adolescencia, que irradia como principio rector y principal al resto de la normatividad.

El principio del interés superior del niño, tiene su primer antecedente a nivel mundial con la primera jurisdicción de menores en Illinois en 1899¹⁵². Sin embargo este principio inicia desde una doctrina que considera al menor como objeto de control y prevención. Por ello, Emilio García Méndez afirma que *“la creación del primer tribunal de este tipo, en Illinois, EEUU, en 1899, constituye el punto cero de la historia moderna del control de esta categoría vulnerable considerada como objeto de la “protección-represión”*¹⁵³.

En Colombia, el primer antecedente legislativo de este principio se desarrollaba en la Ley Orgánica de la Defensa del Niño¹⁵⁴. Actualmente es desarrollado con el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 8:

“Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

Ahora bien, en la historia jurídica moderna, el principio de interés superior del niño, es pilar de la doctrina de protección integral. Así, a nivel internacional dentro de una concepción más desarrollada, el alcance del interés superior del niño y de la niña, lo desarrolla el Comité de los Derechos del Niño (CDN), a través de la Observación General número catorce (2013), “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, especifica, entre otros aspectos, el alcance del concepto “interés superior” desde tres dimensiones:

- i) como derecho sustantivo (la consideración del interés superior se convierte en una obligación que debe ser reconocida por los Estados, de aplicación inmediata y que puede ser invocada ante un tribunal);
- ii) como principio jurídico de interpretación (en aquellas circunstancias donde pueda ser admisible más de una interpretación respecto de la aplicación de un derecho, prevalecerá aquella que reconozca de manera más efectiva el interés superior del niño); y

¹⁵² GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Entre el autoritarismo y la banalidad: Infancia y Derechos en América Latina. En: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary. “Infancia, ley y Democracia en América Latina”. Tomo I. Temis. Bogotá. 2004.

¹⁵³ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos. En: “Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral”. Bogotá. UNICEF. 1998.

¹⁵⁴ Ley 83 de 1946.

- iii) como norma de procedimiento (entraña para el operador jurídico, juez, o autoridad administrativa, respecto de escenarios donde se deban tomar decisiones que afecten a un niño o niña, que deben considerarse las consecuencias para él o ella, y contar con la motivación y justificación del sentido de la decisión).

Miguel Cillero Bruñol (2008, On Line), al ampliar el tema de los principios del Código de la Infancia y la Adolescencia, señala que *“los principios describen derechos: tales como la igualdad, la protección efectiva, la autonomía, la libertad de expresión. En el caso de la Ley 1098 de 2006 de Infancia, son principios de interés superior del adolescente, la protección integral, prevalencia de los derechos, corresponsabilidad, exigibilidad de los derechos, el género, la responsabilidad parental, cuyo cumplimiento es una exigencia obligatoria que se le debe hacer al Estado, a la administración, a la justicia, a la familia y a la sociedad”*.

Además desarrolla la importancia de los principios cuando existan conflictos de aplicación relacionados con casos concretos, indicando que *“Los principios en nuestro medio además de ser normas de obligatoria aplicación, son adecuados para resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos, que en dado caso se oponen o excluyen entre sí, de manera que la aplicación del principio define la interpretación y la solución del caso planteado. Las normas o reglas jurídicas son prescripciones generales y abstractas que están dadas para resolver los casos concretos, a través de la aplicación concreta del intérprete. Cuando un caso no tiene solución aparente en las normas vigentes, las normas vigentes son contradictorias respecto de la solución del caso, cuando las normas entran en contradicción, se presentan vacíos o indeterminaciones que no permiten resolver el caso concreto, o estamos ante un caso difícil, es precisamente en estos casos en los que más funcionan los principios del ordenamiento jurídico, pues desempeñan un papel esencial al fundamentar los argumentos en los que se debe tomar una decisión”*¹⁵⁵.

Alessandro Baratta, al analizar si los niños son o no considerados como parte integrante en las relaciones de democracia, y cómo se entienden las relaciones entre niños y adultos, dentro de la doctrina de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes que fue adoptada por la ONU en la Convención en 1989, indica que *“el criterio del interés superior del niño se convierte en el principio de la relevancia universal, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños”*¹⁵⁶.

Pedro Lafont Pianeta, indica que el derecho de la infancia y la adolescencia es un derecho de seguridad social que protege a niños e infantes, el cual tiene como base especial es el interés superior del menor.

¹⁵⁵ Pág. 30.

¹⁵⁶ BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary. “Infancia, ley y Democracia en América Latina”. Tomo I. Temis. Bogotá. 2004.

Igualmente en materia jurisprudencial, este principio del interés superior, ha sido desarrollado con mayor profundidad. Al respecto, José Francisco Acuña Vizcaya y Estanislao Escalante Barreto, indican la importancia de revisar la doctrina de la Corte Constitucional, debido a que han precisado el alcance y aplicación del principio, pero enmarcado desde la doctrina de protección integral, por ello indican: *“el principio del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes no es un principio nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, el mismo ha tenido un desarrollo jurisprudencial importante, especialmente a nivel constitucional. Este principio hoy debe valorarse en conjunto con las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia, teniendo en cuenta la finalidad de la nueva normatividad”*¹⁵⁷.

Entre las sentencias más destacadas al respecto, pueden enumerarse las siguientes: T-068 de 2011, T- 1042 de 2010, T-671 de 2010, T-572 de 2010, T-968 de 2009, T-887 de 2009, C-804 de 2009, T-572 de 2009, T-090 de 2007, T-808 de 2006, T-466 de 2006, T-497 de 2005, C-997 de 2004, T-397 de 2004, T-292 de 2004, T-1078 de 2003, T-510 de 2003, T-503 de 2003, T-979 de 2001, T-941 de 1999, T-514 de 1998, T-477 de 1995, T-408 de 1995. A continuación se seleccionaron algunas de las más destacadas:

La Sentencia T-408 de 1995 siendo Magistrado Ponente: T-408 de 1995 Eduardo Cifuentes Muñoz, realiza un análisis del alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia, indicando que es *“la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”*.

La sentencia de la Corte Constitucional, T-1078 de 2003, siendo Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, la cual hizo extensiva la licencia de maternidad a la madre y padre adoptante (artículo 34 Ley 50 de 1990), asimilando la fecha del parto a la entrega oficial del menor, basados en el interés superior indica en su tesis que: *“.....Como se ha señalado, una de las características principales del principio del interés superior del menor, según las más especializada doctrina, es que dicho principio constituye un concepto relacional según la cual la garantía de la protección de ese principio se predica frente a la existencia de intereses que se encuentran en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los intereses del menor. Ciertamente, tratándose de asuntos de menores, el principio del interés general del menor debe orientar su decisión en procura de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los niños.....Si las autoridades administrativas y judiciales, y en general quienes por cualquier motivo tienen que tomar decisiones en las cuales se traten asuntos de menores, no tienen en cuenta que sus derechos prevalecen sobre los demás, las sociedades entran en franca decadencia al permitir que otras consideraciones primen sobre los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la familia, a la recreación, a la educación, al cuidado y al amor, de los niños, así como a no ser maltratados ni abandonados,*

¹⁵⁷ ACUÑA VIZCAYA, José Francisco y ESCALANTE BARRETO Estanislao. Alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia En: “ICBF Alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia”. Módulo 1. Primera edición. 2008. Pág.: 35.

más aún cuando esas consideraciones, como en el caso que nos ocupa son netamente económicas”.

La sentencia C-997 de 2004, que desarrolla las funciones de los servidores del Sistema Nacional de Bienestar, quienes deben aplicar este principio dentro de situaciones conflictivas, señala que *“...dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección; deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos”.*

La sentencia T- 497 de 2005, enumera criterios para determinar el interés superior del niño, la niña y el adolescente: *“(1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado; y (6) la necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto a decidir”.*

Para determinar dicho principio, *“básicamente son tres los criterios específicos (...), estos criterios tienen como finalidad última la de prestar la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal. Estos criterios son: (I) la necesidad de preservar el derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella; (II) la traslación del ámbito de protección del derecho a la familia del menor hacia su familia de crianza y, finalmente, (III) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención estatal en las relaciones familiares de crianza del menor”.*

Es decir, todo tipo de decisiones deben girar en torno de la prevalencia de los derechos del hijo adoptivo.

4.2 Aspectos relevantes de la psicología de la familia y la adopción.

Desde un punto de vista psicológico, la institución de la familia es muy relevante debido a que:

“es el primer entorno natural en donde los miembros que la forman evolucionan y se desarrollan en términos afectivos, físicos, intelectuales y sociales, según modelos vivenciados e interiorizados. Cada familia es un sistema abierto en continuo movimiento,

cambio y reestructuración, en busca de una estabilidad y equilibrio, entre todos los miembros que la componen y el entorno social en el cual viven. Además ha sido descrita, como sistema social universal, ya que es la base en que se han cimentado hasta ahora todas las sociedades. Puede considerarse, a su vez, un macrocosmos social ya que en su interior se reproducen relaciones sociales con una diferenciación de los roles en función de la edad, sexo, etc. Por lo demás, se ha reconocido que la familia generalmente es la mayor fuente de apoyo social y personal de que pueden disponer las personas, tanto en los periodos de independencia como en los de dependencia (niñez, enfermedad, desempleo, etc.), y que los procesos que tienen lugar al interno de ella son interactivos, de forma que cualquier evento que afecte a uno de sus miembros repercute de una u otra manera en todos los demás ... Igualmente "a la familia también se le conoce como "grupo primario", debido a que generalmente constituye el primer grupo al que pertenece una persona y, también, a que éste grupo se considera generalmente prioritario respecto a otros grupos en los que sus integrantes pueden participar"¹⁵⁸.

Cada familia al interior crea sus propios roles, reglas, compromisos y límites a sus integrantes, aunque cada vez con estructuras más complejas en este siglo XXI, por ello en su interior *"se tejen los lazos afectivos primarios, los modos de expresar el afecto, la vivencia del tiempo y del espacio, las distancias corporales, el lenguaje, el ejercicio de la autoridad, qué tareas corresponden a cada sexo, cómo se ayuda al grupo familiar, quién provee las necesidades, qué códigos de comunicación están permitidos, ya sea gestuales, orales o el silenciamiento de emociones y sentimientos, el sentido de la vida y la muerte, la importancia de las fiestas, reuniones sociales o ceremonias, se inscribe también la historia de la familia"*¹⁵⁹.

Autores como José de Souza Silva, indican que toda institución, ya no corresponde con la realidad social que se vive en el siglo XXI, pues, *"el actual cambio de época está asociado a tres revoluciones: socio-cultural, tecnológica y económica, dejando atrás la época del industrialismo y forjando la época del informacionalismo"*¹⁶⁰, que han impactado en todos los ámbitos de la vida, lo que conlleva a una transformación de *"la familia, la sexualidad, las relaciones de género, las relaciones interpersonales y sociales, las relaciones con la naturaleza, etc."*¹⁶¹.

Sin embargo, a pesar de estos cambios, desde el surgimiento mismo de la familia se han presentado actos de maltrato al interior de sus miembros, generalmente siendo afectados los integrantes más vulnerables, lo que ha obligado desde el punto de vista legal a fomentar una serie de herramientas legales para la protección y en el caso de los niños, niñas y adolescentes su restablecimiento de derechos.

¹⁵⁸ MURUETA, Marco Eduardo y OSORIO GUZMÁN, Maricela. Psicología de la familia en países latinos del siglo XXI. Capítulo 1 Familia y proyecto social en la teoría de la praxis. Amapsi Editorial. México. 2009. Pág.: 23.

¹⁵⁹ *Ibidem* Pág.: 44.

¹⁶⁰ DE SOUZA SILVA, José. Una época de cambios o un cambio de época? Elementos de referencia para interpretar las contradicciones del momento actual. Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 3, No. 25, abril de 2001. Pág.: 1.

¹⁶¹ *Ibidem*, Pág.: 8.

4.3. Conflictos conceptuales de la revocatoria de la adopción.

Sin embargo, frente a situaciones particulares de vulneración derechos de los miembros más vulnerables al interior de la familia, se han desarrollado campañas y cambios legislativos de protección especialmente para la mujer y los niños, niñas y adolescentes, en general contra cualquier forma de maltrato. Un ejemplo de ello es la transformación de las leyes que prevén y sancionan la violencia intrafamiliar, pero muchos de estos mecanismos son ineficaces frente a la solución real del problema.

Es importante mencionar que en materia legal de infantes, el artículo 18 del Código de Infancia y Adolescencia desarrolla la definición de “maltrato infantil”, en donde se encuentran acciones y omisiones, de diferentes índoles: física, psicológica, sexual, por negligencia, entre otras. Veamos:

“Artículo 18. Derecho a la integridad personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil 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”.

Sin embargo, curiosamente el ICBF no desarrolla en sus lineamientos técnicos ninguna clasificación de maltrato infantil, en aras de ampliar este artículo del Código.

Frente al caso concreto del maltrato del hijo adoptivo no existen estudios en Colombia que indiquen su frecuencia, tal vez por la dificultad de obtener la información precisamente por la reserva de información. A pesar de ello, se han denunciado en medios masivos de comunicación casos particulares de maltrato del hijo adoptivo por parte de su o sus padres adoptantes, lo que indica la vulneración del derecho a su integridad.

Este tipo de situaciones revalúan el concepto de la irrevocabilidad de la adopción, contrario a la posición de mayoría de la doctrina civil colombiana. Por ello, se plantean algunos conflictos conceptuales. En primer lugar, retomando a Jorge Cubides Camacho¹⁶², indica que la revocación se predica para actos jurídicos netamente patrimoniales, precontractuales o unilaterales. Igual tesis se desarrolla con Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, quienes han mantenido una posición reiterativa en sostener que, en los actos jurídicos que poseen

¹⁶² CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana, Quinta Edición, 2005.

consecuencias personales, no es posible predicar la revocación de los mismos, basados en la seguridad jurídica y el orden público de las relaciones familiares¹⁶³.

No hay duda que la institución de la adopción es netamente familiar y solo tiene en cuenta aspectos personales y de índole moral para las personas que son objeto de medida de adopción, conflicto conceptual que debe superarse en aras de conceptualizar la viabilidad de la revocatoria de la adopción una vez se consolida su fase judicial, es decir, con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia.

El segundo conflicto conceptual para viabilizar la revocatoria de la adopción, radica en que una posible solución frente al maltrato del hijo adoptivo, sería la pérdida o suspensión de la patria potestad del padre o padres adoptantes. Sin embargo, con este argumento se imposibilitaría la materialización del principal objetivo de la adopción, ya que el niño, niña o adolescente no tendría la posibilidad de tener una familia que le brinde las condiciones de bienestar adecuado.

El tercer conflicto conceptual que se plantea, se fundamenta en que al perder la adopción, se perderían con una serie de derechos a favor del hijo adoptivo, como la vocación sucesoral, derecho de alimentos, apellidos del padre o padres adoptantes, lo que ocasionaría nuevamente el cambio del estado civil, ya que este último componente se considera como de orden público. Sin embargo debe balancear si es más razonable que primen una serie de derechos patrimoniales, y a su vez extra patrimoniales, frente al derecho a tener una familia que brinde condiciones mínimas de bienestar.

Lo que se concluye desde el punto de vista positivista y por tanto exegético, es que sería imposible viabilizar la revocatoria de la adopción consolidada su fase judicial, por ello, se hace indispensable retomar la teoría del neo-constitucionalismo, que tiene una metodología desde la ponderación, en aras de dar salida a situaciones en la que colisionan dos o más derechos entre sí.

¹⁶³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis, Séptima Edición, 2005.

Capítulo 5: Revocatoria de la adopción una vez consolidada la fase judicial desde un enfoque neo-constitucionalista.

En el capítulo final se teoriza la viabilidad de la revocatoria de la adopción una vez se consolida la fase judicial, a partir de la metodología de la ponderación, desarrollada por el neo-constitucionalismo, solamente en casos de maltrato físico, moral y/o abuso sexual del hijo adoptivo por parte de su familia adoptante.

5.1. El neo-constitucionalismo como alternativa frente a la rigidez judicial.

A partir de los textos seleccionados para esta investigación, existe una tendencia a desarrollar el neo-constitucionalismo enlazado con otros temas así: “Neo-constitucionalismo y globalización”, “Neo-constitucionalismo y democracia”, “Neo-constitucionalismo y Estado Social de Derecho ó Estado de Derecho”, “Neo-constitucionalismo y derechos fundamentales”, “Neo-constitucionalismo y justicia constitucional”, “Neo-constitucionalismo e interpretación judicial”, “Neo-constitucionalismo y argumentación jurídica”, entre otros.

A continuación se analizarán de forma breve los teóricos seleccionados, resaltando los aspectos más relevantes del neo-constitucionalismo:

Jesús Antonio García Amado en su texto denominado “Sobre el neo constitucionalismo y sus precursores”¹⁶⁴, sintetiza diez características del neo constitucionalismo así:

1. La presencia en las constituciones contemporáneas de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía;
2. Las constituciones contienen una parte central de orden de valores, de carácter objetivo;
3. La constitución refleja un orden social necesario;
4. Estos valores constitucionales o morales constitucionalizados, poseen la fuerza para obtener una respuesta cierta o aproximada a cualquier caso;
5. Las respuestas constitucionales deben ser la labor de jueces en general y de tribunales constitucionales en particular;
6. El juez al resolver casos no ejerce ningún tipo de discrecionalidad;
7. El método a utilizar es la ponderación;
8. Las cortes constitucionales son superinstancias judiciales de revisión;
9. Fuerte desplazamiento de la argumentación y de sus reglas;

¹⁶⁴ GARCÍA AMADO, Jesús Antonio. Sobre el neo constitucionalismo y sus precursores. Universidad de León. España. Pág.: 3 y 4.

10. El neoconstitucionalismo posee tres componentes filosóficos: en lo ontológico: el objetivismo¹⁶⁵, en lo epistemológico: el cognitivismo¹⁶⁶, y en lo político y social: el elitismo.

El escrito “El neo-constitucionalismo global y el Estado de Derecho” de César Rodríguez Garavito¹⁶⁷, indica que dentro del contexto global y regional la Corte Constitucional Colombiana por medio de su jurisprudencia sobre derechos sociales se ha destacado como “*ícono del neo-constitucionalismo progresista*”¹⁶⁸, siendo citada por otros países a pesar de la contradicción social que se vive en nuestro país. Indica una relación principalmente de choque entre el proyecto neo-constitucional con el neoliberalismo latinoamericano, la que en Colombia se evidencia con la pugna entre ONG’s y Gobierno, pero también de convergencia impulsando principios de democracia liberal como la separación de poderes y transparencia de acción del gobierno, concretándose con las reformas judiciales impulsadas en América Latina.

En el texto “Neo-constitucionalismo y ponderación judicial” de Luis Prieto Sanchís, indica que esta teoría, puede ser denominada por otros autores como constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas, por ello existen diferentes significados como:

- *“En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando, por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política;*
- *En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo;*
- *Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada”*¹⁶⁹.

Identifica este autor que el constitucionalismo de la posguerra retoma diferentes elementos como: la teoría de Rousseau sobre soberanía popular permanente activa, que se adopta a través de una constitución, además se limita al legislador a través de garantías judiciales.

En el texto “Neo-constitucionalismo y derechos fundamentales” de Raymundo Gil Rendón, indica que el neo-constitucionalismo “*alude a una nueva visión del estado de derecho que parte de constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas*

¹⁶⁵ Se refiere a la objetividad de los juicios morales.

¹⁶⁶ Se refiere a un cognitivismo ético.

¹⁶⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El neo-constitucionalismo global y el Estado de Derecho. En: La Globalización del Estado de Derecho. Universidad de los Andes. Bogotá. Pág.: 40 a 45.

¹⁶⁸ *Ibidem* Pág.: 40.

¹⁶⁹ PRIETO SANCHÍS Luis. Neo-constitucionalismo y ponderación judicial. Universidad de Castilla – La Mancha. Pág.: 201.

*constitucionales*¹⁷⁰. Desarrolla el origen del término neo-constitucionalismo a un nuevo constitucionalismo o a una opción diferente para el “Estado de Derecho”, donde impera un concepto distinto acerca del “derecho”, implicando como primera fuente del derecho: la constitución.

Este autor señala como características del neo-constitucionalismo¹⁷¹:

- Carácter normativo o fuerza vinculante;
- Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes;
- Eficacia o aplicación directa;
- Garantía judicial;
- Presencia de un denso contenido normativo;
- La rigidez constitucional.

Finalmente el autor concluye que esta nueva concepción del derecho, supera la idea del estado legislativo, ocasionando importantes consecuencias para el derecho.

Por su parte J. Alberto del Real Alcalá con el texto “Interpretación jurídica y Neoconstitucionalismo”¹⁷², concluye como la vaguedad de las normas jurídicas especialmente constitucionales, son la piel del sistema constitucional actual, es decir, es un modo de legislar contemporáneo, porque permite respetar el pluralismo en el conjunto de valores y principios que integran el ordenamiento jurídico.

Mario Fernando Muñoz Agredo con el texto “Argumentación Jurídica y Neoconstitucionalismo en Colombia (Reflexiones)”¹⁷³, parte de la diferenciación entre el estado legislativo y el estado constitucional basado en cuatro tópicos a saber:

- Reconocimiento de derechos, los cuales a partir del estado constitucional cobran autonomía respecto de la ley;
- Separación de poderes, superando la subordinación de las ramas del poder público a una de ellas;
- Principio de legalidad, así el estado constitucional supera el imperio de la ley y la sustituye por la supremacía constitucional;
- Control judicial, en el cual se elimina la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia y se sustituye por una nueva entidad: la Corte Constitucional.

¹⁷⁰ GIL RENDÓN, Raymundo. Neo-constitucionalismo y derechos fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México. Pág.: 43.

¹⁷¹ *Ibidem* Pág.: 52.

¹⁷² DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto. Interpretación jurídica y Neo-constitucionalismo. Universidad Autónoma de Occidente. Colombia. 2011. Pág.: 44.

¹⁷³ MUÑOZ AGREDO, Mario Fernando. Argumentación Jurídica y Neoconstitucionalismo en Colombia (Reflexiones). Editorial Universitaria – Universidad de Nariño. Bogotá. Pág.: 48 a 50.

Luigi Ferrajoli¹⁷⁴, identifica dos modelos de estado de derecho: el primero, estado legislativo de derecho, en donde prima la legalidad apartada de la noción de justicia, y un segundo modelo, denominado estado constitucional de derecho, que surge a partir de la segunda guerra mundial con ejemplos de las constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978). Desarrolla el garantismo y democracia constitucional, proponiendo subdividir las garantías en dos clases: las garantías primarias referidas a los límites y vínculos normativos; y las garantías secundarias que son las diversas formas de reparación. Desde el primer grupo debe ser analizada la irrevocabilidad de la adopción, ya que en concreto pueden ser prohibiciones y obligaciones formales y sustanciales, impuestas frente a los derechos.

Robert Alexy¹⁷⁵, concluye que no existe una discrecionalidad absoluta del juez, sino por el contrario está controlado o limitado por la metodología de la ponderación, revaluando la subsunción propia del legalismo. Para ello, se debe distinguir entre reglas y principios. Así las reglas ordenan algo, en cambio los principios son criterios generales frente a determinadas situaciones. La estructura de las dos es diferente ya que las primeras contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, los segundos no contienen una acción sino una directriz en general. Es decir, para este autor es obligatorio concluir que en el mundo del derecho está formado por reglas como principios.

La teoría neoconstitucional critica la rigidez de las ramas del derecho desde las raíces del derecho romano, e invita a adoptar sus lineamientos para irradiar hasta el derecho privado y de familia, lo que se denomina como “constitucionalización del derecho privado”¹⁷⁶.

5.2. Los derechos de protección del hijo adoptivo en el acto jurídico de la adopción. Un enfoque más allá del positivismo.

Colombia está estructurada en una concepción legalista, aún más para el derecho civil que ha tenido una tradición estática y casi inmodificable, revaluado hoy por los cambios y transformaciones de las sociedades actuales y desde una modernización casi obligada por la constitucionalización del derecho.

Se han presentado situaciones en las que el hijo adoptivo, una vez consolidado el proceso de adopción es maltratado por sus padres adoptantes, poniendo en riesgo su integridad física, moral y/o sexual.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000. Pág.: 132.

¹⁷⁵ Robert Alexy El Mecanismo de Ponderación. 2011.

¹⁷⁶ ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. Congreso Internacional “Neo-constitucionalismo y derecho privado. El debate”. Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá. Septiembre 13, 14 y 15 de 2006. Pág.: 65.

La legislación colombiana en aspectos de familia debe superar una postura Kelseniana, es decir, reevaluar un positivismo entendido como una concepción rígida, ya que al establecer la irrevocabilidad de la adopción con posterioridad a la fase judicial, no es capaz de dar solución a los interrogantes planteados. Es decir, esta postura se centra únicamente en la validez de la norma, desde un punto de vista estático¹⁷⁷, alejándose de una realidad cambiante con la sociedad misma y con situaciones materiales que replantean posturas o soluciones diferentes.

Desde la postura Kelseniana lo central es la validez, y sin darle importancia a la legitimidad y eficacia, aspectos esenciales para dar solución al problema planteado. Frente a estas situaciones la norma no le posibilita al juez de familia ni al defensor de familia ninguna discreción al decidir, puesto que la norma ya está creada al determinar la irrevocabilidad de la adopción, frente a casos de vulneración en la integridad física, moral o sexual del adoptado.

El Código de la Infancia y la Adolescencia -Ley 1098 de 2006- responde teóricamente a un paradigma de protección integral, en el cual el principio de interés superior del menor prima sobre todas las decisiones o actuaciones cotidianas, administrativas y judiciales. En este paradigma los niños, niñas o adolescentes, son sujetos de derechos, sin embargo y de forma contradictoria, aspectos como la irrevocabilidad de la adopción, reflejan rezagos del modelo anterior referido a la situación irregular.

Obviamente la ley busca como principio orientador el derecho de todo niño, niña a tener una familia, pero la misma debe estar limitada por principios de justicia y de equidad.

Si bien, la sentencia de la Corte Constitucional T-844 de 2011 de fecha 08 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sobre revocabilidad de adopción y consentimiento del menor, es de suma importancia para este trabajo, puesto que es un precedente establecido por la Corte Constitucional, que aunque muy tímido posibilita la revocación de la adopción cuando ocurren irregularidades en el etapa administrativa. Frente a esta sentencia, existió pronunciamiento del ICBF en el sentido de considerar este precedente jurisprudencial como un “obstructor” de los procesos de adopción al imponer la tarea al Defensor de Familia de localizar primero a la familia de origen del niño y tratar de lograr su ubicación allí, para tomar como última medida la adopción; esto es indicativo del malestar del ICBF frente al pronunciamiento del juez constitucional, pero frente a su labor en la fase administrativa.

Es importante enfatizar que a partir de esta sentencia, surge el Concepto 126 de 13 de agosto de 2012 del ICBF, ya analizado en capítulos precedentes, en dónde se posibilita además la revocatoria de la adopción una vez consolidada la fase judicial del proceso de adopción por medio de acciones de tutela, únicamente en casos de irregularidades en cualquiera de las etapas del procedimiento. Es decir, no se

¹⁷⁷ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Pág.: 203.

plantea una solución cuando se presentan situaciones de maltrato hacia el hijo adoptado una vez se consolida la etapa judicial.

Aunque para Robert Alexy, es imposible que el derecho otorgue solución a todos los casos¹⁷⁸, no debe irse a un extremo que no permita la salida a situaciones que pongan en peligro la integridad de los niños, niñas y adolescentes dados en adopción.

La justificación de esta norma estricta de irrevocabilidad para la adopción, está basada en el sistema de legalidad que genera una supuesta seguridad jurídica, sinónimo de la certeza y rigurosidad, argumento contrario al derecho constitucional de tener una familia y a no ser separado de ella, siempre y cuando la misma respete las garantías mínimas de bienestar y protección del infante.

Esta seguridad jurídica pierde su base rigurosa e impenetrable cuando nos enfrentamos a situaciones que vulneran derechos mínimos para el adoptado, ya que actualmente prima casi siempre, el derecho formal frente a los derechos de protección del niño, niña o adolescente adoptado. Si bien es cierto, debe existir seguridad jurídica mínima, en el sentido que los adoptivos no pueden caprichosamente renunciar a la adopción de un niño, una vez consolidado el proceso administrativo y judicial, la revocabilidad de la adopción debe considerarse como salida a situaciones excepcionales en las que se vulnere la integridad de adoptado, ya sea de forma física, moral y/o sexual.

La característica de la irrevocabilidad ha sido un aspecto reiterativo en las últimas normas nacionales que regulan las características de la adopción. Actualmente, esta rigidez legislativa pierde legitimidad frente a estas situaciones excepcionales de vulneración de derechos de los niños, niñas o adolescentes adoptados.

5.3. La revocabilidad de la adopción como amparo del derecho de protección del hijo adoptado desde una mirada neo-constitucional.

Para solucionar a esta problemática es importante desarrollar la filosofía que plantea la triada de legitimidad, validez y eficacia¹⁷⁹, aplicada a la norma en estudio.

Se dice que este sistema internacional debe estar coordinado con las leyes nacionales que regulen la materia, que para el caso en particular se remite al Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 61.

Se evidenció que la legislación no es eficaz frente a situaciones de vulneración de derechos del adoptado, y para dar la salida se recurrirá dentro de la filosofía del derecho a Robert Alexy, con la metodología de la ponderación. Es decir, el vacío

¹⁷⁸ ALEXY Robert. Interpretación jurídica y discurso racional. Pág.: 55.

¹⁷⁹ MEJÍA QUINTANA, Oscar. Elementos para una reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho. Pág.: 1.

del positivismo será resuelto desde esta teoría y metodología. Así, la validez de la norma debe responder a preceptos no solo jurídicos, sino sociales y éticos.

Sin embargo, previo a abordar y desarrollar a Robert Alexy, se retomaran algunos autores que desarrollan perspectivas desde el neo-constitucionalismo sintetizando de forma global las principales características. Los autores estudiados fueron: Raymundo Gil Rendón¹⁸⁰, Luis Prieto Sanchís¹⁸¹, Carlos Bernal Pulido¹⁸², y finalmente Miguel Carbonell¹⁸³, analizados en el capítulo anterior correspondiente al marco teórico.

A modo de conclusión y recopilación de estos autores, se puede caracterizar al neo-constitucionalismo con los siguientes tópicos:

- La nueva conexión entre la concepción del Estado de Derecho y Neo-constitucionalismo, y este último con la democracia;
- Separación de los poderes públicos y activación de justicia constitucional o la aparición de la Corte Constitucional;
- Importancia de la acción de tutela;
- Control judicial a partir del neo-constitucionalismo;
- La dignidad humana como núcleo de los derechos fundamentales;
- Introducción y primacía de normas sustanciales o materiales;
- El sujeto central: es el ciudadano;
- Importancia de la rama judicial en la organización estatal;
- El estado constitucional enlazado con los valores democráticos;
- Supremacía de las constituciones y rigidez constitucional;
- Jerarquía de las normas estrictamente determinadas, priorizando las constituciones que irradian el restante ordenamiento legal;
- Relación entre los parámetros del neoliberalismo y el neo-constitucionalismo;
- Se amplían los derechos sociales y los valores ambientales;
- La superación del Estado legislativo y por supuesto del positivismo, así se muta del principio de legalidad por el principio de constitucionalidad, haciendo tránsito de la primacía de la ley por la primacía de la constitución;
- El método utilizado por el neo-constitucionalismo es la ponderación o balanceo, así distingue dos tipos básicos de normas que son las reglas y principios, dando prioridad a las segundas. Con ello se supera el método de la subsunción;

¹⁸⁰ GIL RENDÓN, Raymundo. El neo-constitucionalismo y los derechos fundamentales. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹⁸¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid. 2003.

¹⁸² BERNAL PULIDO, Carlos. El neo-constitucionalismo y la normatividad del derecho. Universidad Externado de Colombia. 2009.

¹⁸³ CARBONELL, Miguel. Constitucionalismos. Universidad Nacional Autónoma de México. Tomado de: https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2010/09_Carbonell.pdf el 01/02/2015, Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina.

- La proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos;
- Metodológicamente el neo-constitucionalismo conecta el Derecho y la Moral.

Robert Alexy, quien con diferentes textos como “Derechos sociales y ponderación” (2009), “Ponderación del Juez” (2012), y “El Mecanismo de Ponderación” (2011), desarrolla la metodología de la ponderación, traspasa las objeciones del positivismo. Para este autor, obviamente es determinante diferenciar la regla del principio, en donde la relación entre derecho y moral, se expresa en la validez de la norma que debe responder a preceptos no solo jurídicos, sino sociales y éticos. Además este autor ha influenciado las sentencias contemporáneas en países como Colombia, a partir de este método.

Se concluye que la legislación no es eficaz, frente a situaciones de vulneración de derechos del hijo adoptado cuando es menor de 18 años, por ello, la salida a esta problemática es recurrir dentro de la filosofía del neo-constitucionalismo al método de la ponderación. Es decir, la rigidez del positivismo debe ser resuelta desde esta teoría.

El sustento teórico de la viabilidad de la revocabilidad de la adopción en Colombia es la **superioridad del derecho de protección del hijo adoptado**. Así, las leyes sobre adopción deben estar supeditadas a la protección de los derechos del hijo adoptado. Este principio debe primar frente a la naturaleza jurídica de la irrevocabilidad de la adopción. No debe primar el derecho formal, frente a situaciones materiales de vulneración de derechos del adoptado. Es decir, la regla: es la irrevocabilidad de la adopción, el principio: el derecho de protección del hijo adoptado dentro de una familia que le brinde las condiciones adecuadas de bienestar. Obviamente dentro de un esquema de racionamiento y de ponderación, no cabe duda que el principio tendrá más relevancia.

El día 03 de abril de 2017, se realizó una entrevista con algunos funcionarios de la Subdirección de Adopciones, sede nacional, del ICBF, a quienes se les indagó acerca del tema central de esta tesis, y de casos presentados en este sentido, y aunque existe reserva en procesos de adopción, la información recolectada se puede resumir así:

- A la pregunta: La Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016 “Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción en Colombia” establece en el Paso 32 sobre Seguimiento post-adopción, numeral 7: *“En los casos en que se evidencien situaciones de abuso sexual, maltrato o tratos inadecuados a los niños, niñas y adolescentes con su familia adoptante, se reportará de manera inmediata al Comité de Adopciones para que se adelanten las acciones pertinentes a que haya lugar”*. ¿Qué clase de acciones adelanta el comité de adopciones? Depende la gravedad del maltrato, es decir, si es algo leve, se puede ordenar por ejemplo unas terapias psicológicas por parte de profesionales del Instituto; pero si son hechos que revisten gravedad se inicia un PARD (Proceso Administrativo de

Restablecimiento de Derechos), en el cuál se retira al niño, niña o adolescente del medio agresor, y se toman las medidas para que sea nuevamente el hijo adoptivo entregado en adopción.

- A la pregunta: ¿Existen antecedentes en los que el hijo adoptivo es dado nuevamente en adopción? Sí, en varios casos el hijo adoptivo nuevamente es dado en adopción, básicamente por dos causas. La primera, cuando se evidencia maltrato grave por parte de la familia adoptante. La segunda, cuando la familia adoptante manifiesta la imposibilidad de continuar con la adopción, entregando nuevamente el infante al ICBF.
- A la pregunta: ¿Cómo se resolvió por parte del Comité de Adopciones el caso difundido por medios de comunicación masivos, específicamente por noticias nacionales, en el que denunciaban un caso de maltrato físico a un niño recientemente entregado en adopción en un ascensor, por parte de su familia adoptante española? Es un caso que goza de reserva, sin embargo, se indicó de forma general que, el Instituto procedió a retirar a los niños (hermanos) de su familia adoptiva, iniciando un PARD (Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos), que terminó con una segunda declaratoria de adoptabilidad de los niños.
- A la pregunta: ¿Existen otros mecanismos legales para dejar sin efecto la adopción una vez perfeccionada? A partir de la sentencia T-844 de 2011, se abre esta posibilidad por medio de acciones de tutela, sin embargo, son acciones muy largas en la práctica. Por ello, el mecanismo más rápido presentando hasta ahora en el instituto es la apertura de un PARD (Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos), que culmine nuevamente con la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente adoptivo.

Por ello, el derecho a tener una familia, debe ser entendido dentro de un contexto que brinde todas las garantías para el niño, niña o adolescente. Contradictorio sería que se ate al niño, niña o adolescente a una familia que no brinde amor, bienestar y protección; por ello, las posibilidades actuales radican en dos acciones: la acción de tutela ante un juez de familia, quien por medio de una sentencia está facultado para dejar sin efecto la adopción; o la apertura del PARD (Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos), que termina nuevamente o por segunda vez, con la declaratoria de adoptabilidad de los niños, niñas o adolescentes entregados en adopción.

Así, queda atrás el legalismo, para ser reemplazado por la metodología de la ponderación, que como desarrollo de la constitucionalización del derecho de familia en Colombia debe irradiar todas las demás normas legales. Es decir, en la actualidad deben primar los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes antes que la rigurosa legalidad. Contradictorio sería que si existe una seria vulneración en la integridad de un infante dado en adopción, prime la rigidez del acto jurídico, y no la posibilidad de nuevamente dar en adopción al menor a una persona o personas que realmente le brinden protección de sus derechos, es decir, pasa a recogerse la prevalencia del derecho formal.

En este contexto, el niño, niña o adolescente es incluido como ciudadano, y dentro de una democratización del derecho. Su protección integral desde la metodología de la ponderación, sería una aplicación por el respeto de la doctrina de protección integral. Por ello, el Concepto 126 de 13 de agosto de 2012 del ICBF es claro en afirmar que dentro de la ponderación entre principios y reglas *“los imperativos contemplados en la Constitución Política no podrían ceder ante criterios de legalidad, cuando lo que se procura es mantener la integridad de los derechos de sujetos de mayor protección, motivo por el cual para las autoridades deben gozar de un tratamiento y rango preferencial ... en el estado actual del derecho, ya nadie puede afirmar que la aplicación de las normas jurídicas es una simple subsunción lógica en un caso particular, porque de ser así, no tendría sentido referirse a una decisión, en tanto que siempre la conclusión sería la misma sin dar lugar a una posibilidad de escoger una opción dentro de un determinado caso”*.

Más adelante el concepto indica como los principios se desarrollan a partir del artículo 44 constitucional, el cual debe a su vez materializar el principio del interés superior del niño, niña o adolescente.

Finalmente a modo de sugerencia, es importante incluir al niño, niña o adolescente dentro de las decisiones de protección, es decir, debe tener un papel activo en la toma de decisiones sobre él, lo que en la práctica se concretaría con el derecho de ser escuchado, es decir, su reconocimiento como sujeto de derecho desde un enfoque diferencial.

Por ello, el enfoque diferencial, es la inclusión y reconocimiento como sujetos de derecho, de sectores de la población históricamente vulnerables:

“El enfoque diferencial de derechos como guía para la acción defensorial implica comprender que existen diferentes formas de discriminación contra grupos de personas o comunidades a las que se les vulneran sus derechos humanos, razón suficiente para considerar y tener presente esas formas históricas, sociales o culturales de discriminación, representadas en modelos hegemónicos de ejercicio y abuso de poder de unos sobre otros. Según un enfoque diferencial, se hace pertinente formular y diseñar políticas públicas, estrategias y mecanismos que, desde un enfoque de derechos, reconozcan las diferencias y los acentos propios que se deben incorporar, sea como acciones afirmativas, como criterios de priorización u otras medidas que apunten a contrarrestar y eliminar progresivamente imaginarios y prácticas adversas al pleno ejercicio y al goce efectivo de los derechos humanos.

Se reconoce que el enfoque diferencial concibe que las personas además de ser sujetos de derechos, tienen necesidades y rasgos específicos que demandan respuestas diferenciales por parte del Estado y sus instituciones como de la sociedad en general, que en marco del SRPA, precisa de los agentes de este sistema, acciones que reconozcan la pluralidad y diversidad de las y los adolescentes en conflicto con la ley penal, a través de acciones afirmativas que observen sus derechos”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Defensoría del Pueblo. Violaciones a los Derechos Humanos de adolescentes privados de la libertad.

Por ello es claro la viabilidad de la revocatoria de la adopción una vez consolidada la fase judicial, por varias vías:

- la primera, con la apertura de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos (PARD) ante la autoridad administrativa, es decir, ante el ICBF que culmine nuevamente con la declaratoria de adoptabilidad del infante;
- la segunda vía, por medio de una acción de tutela que puede ser interpuesta por cualquier interesado o incluso por un Defensor de Familia, que ataque la sentencia ejecutoriada de adopción; y
- la tercera vía, por medio de un proceso de revocatoria de adopción ante el mismo juez de familia que conoció del proceso de adopción, aun cuando el niño, niña o adolescente se encuentre en el exterior. El niño, niña o adolescente, el Defensor de Familia, o el Ministerio Público serían los únicos legitimados para presentar la demanda. No procedería en este proceso la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad por tratarse de un asunto del estado civil. Sería obligatorio la vinculación del ICBF como autoridad central en materia de adopciones, además de vincular al padre y/o madre adoptivos, para garantizar los derechos de contradicción y defensa. Debe ser posible tomar medidas cautelares de protección a favor del niño, niña o adolescente desde la presentación de la demanda. Este debe ser un proceso de doble instancia, la cual una vez ejecutoriada debe inscribirse en el registro civil de nacimiento del infante.

En conclusión, la aplicación del neo-constitucionalismo basado metodológicamente en la ponderación, posibilita la revocabilidad de la adopción una vez consolidada la fase judicial, en casos de vulneración a niños, niñas y adolescentes en situaciones de maltrato físico, moral y/o abuso sexual. Este mecanismo de ponderación, debe ser aplicado tanto por autoridades administrativas como por autoridades judiciales, que tienen competencia frente a la jurisdicción de asuntos de la niñez y adolescencia. El fin de aplicar el neo-constitucionalismo, es la realización de las garantías, protección y el restablecimiento efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entendidos como sujetos de derecho, dentro de un contexto democrático en donde el eje central es el principio el interés superior.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA VIZCAYA, José Francisco y ESCALANTE BARRETO Estanislao. Alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia En: "ICBF Alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia". Módulo 1. Primera edición. 2008.
- ALEXY, Robert. Derechos sociales y ponderación. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Segunda Edición. Madrid. 2009.
- ALEXY, Robert. El Mecanismo de Ponderación. 2011.
- ALEXY Robert. Interpretación jurídica y discurso racional.
- ALEXY, Robert. Ponderación del Juez. 2012.
- BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary. "Infancia, ley y Democracia en América Latina". Tomo I. Temis. Bogotá. 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El neo-constitucionalismo y la normatividad del derecho. Universidad Externado de Colombia. 2009.
- BUENAHORA Febres-Cordero, Jaime. La adopción. Implicaciones jurídicas y sociológicas. Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Bogotá. 1977.
- CARBONELL, Miguel. Constitucionalismos. Universidad Nacional Autónoma de México. Tomado de: https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2010/09_Carbonell.pdf el 01/02/2015, Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina.
- CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio. Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2004.
- CASTRO DE ARENAS, Rosa Herminia. Nociones básicas de las Obligaciones. Primera edición. Librería Doctrina y Ley. Bogotá. 1993.
- CASTRO, Mario Andrés y HERNÁNDEZ VIDAL, Juanita. Los derechos de la Infancia y la adolescencia en Colombia como sistema constitucional. Universidad Externado de Colombia. 2010.
- CLÉRIGO, Luis Fernando. El derecho de familia en la legislación comparada. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México. 1947.
- COLL, Jorge Eduardo y ESTIVIL, Alfredo. La adopción. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1947.
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Naturaleza del conflicto en el área de atención de familia. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá. 1999.
- CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana. Quinta Edición. 2005.
- DAGER CHADID, Gustavo. La adopción. Editorial Carbel. 1968.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Violaciones a los Derechos Humanos de adolescentes privados de la libertad.
- DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto. Interpretación jurídica y Neo-constitucionalismo. Universidad Autónoma de Occidente. Colombia. 2011.

- DE SOUZA SILVA, José. Una época de cambios o un cambio de época? Elementos de referencia para interpretar las contradicciones del momento actual. Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 3, No. 25, abril de 2001.
- Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L.
- DURAN ACUÑA, Luis David. Estatuto Legal de la Familia y el Menor. Compilación legislativa. Universidad Externado de Colombia. 2000.
- ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. Congreso Internacional “Neo-constitucionalismo y derecho privado. El debate”. Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá. Septiembre 13, 14 y 15 de 2006.
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio. La filiación adoptiva. Córdoba: Advocatus, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000.
- GAMBÓN Alix, Germán. La adopción. Editorial José M. Bosch. Barcelona. 1960.
- GARCÍA AMADO, Jesús Antonio. Sobre el neo constitucionalismo y sus precursores. Universidad de León. España.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Entre el autoritarismo y la banalidad: Infancia y Derechos en América Latina. En: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary. “Infancia, ley y Democracia en América Latina”. Tomo I. Temis. Bogotá. 2004.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos. En: “Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral”. Bogotá. UNICEF. 1998.
- GIL RENDÓN, Raymundo. El neo-constitucionalismo y los derechos fundamentales. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia. Maltrato al Menor. Editorial Universidad de Buenos Aires. 1992.
- GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Inere. Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio, ley y creencias. Problemas y soluciones legales. Universidad. Buenos Aires. 2000.
- KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia. Editorial Temis. 2011.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia – Seguridad Familiar. Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. 1997.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia. Tomo III. Librería Ediciones del Profesional. 2012.
- LECLERQ, Jacques. La familia. Editorial Herder. Barcelona. 1962.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Código del Menor – Jurisdicción de Familia. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. 1991.

- MEJÍA QUINTANA, Oscar. Elementos para una reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. 11ª Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 1998.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 15ª edición. 2014.
- MUÑOZ AGREDO, Mario Fernando. Argumentación Jurídica y Neoconstitucionalismo en Colombia (Reflexiones). Editorial Universitaria – Universidad de Nariño. Bogotá.
- MURUETA, Marco Eduardo y OSORIO GUZMÁN, Maricela. Psicología de la familia en países latinos del siglo XXI. Capítulo 1 Familia y proyecto social en la teoría de la praxis. Amapsi Editorial. México. 2009.
- NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho Civil. Personas y Familia. 11ª Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2006.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. 2005.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Editorial Leyer. Bogotá. 2008.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid. 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Neo-constitucionalismo y ponderación judicial. Universidad de Castilla – La Mancha.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Informe de Vigilancia Superior sobre el Programa de Adopciones. 2012.
- RED LATINOAMERICANA DE ACOGIMIENTO FAMILIAR. Informe latinoamericano: Situación de la niñez sin cuidado parental o en riesgo de perderlo en América Latina. 2008.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El neo-constitucionalismo global y el Estado de Derecho. En: La Globalización del Estado de Derecho. Universidad de los Andes. Bogotá.
- SAJÓN, Rafael y CALVENTO, Ubaldino. Legislación atinente a menores en las Américas. Montevideo. 1977.
- SANJURJO, Fernando José. La adopción. Librería Jurídica. Buenos Aires. 1947.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1946.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I: Derecho matrimonial. 6ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 1995.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II: Filiación y Régimen de los incapaces. 4ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2006.
- TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Quinta Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1997.

- UMAÑA LUNA, Eduardo. La Familia Colombiana: Una Estructura en Crisis. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. Primera Edición. 1995.
- VALENCIA ZEA, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Familia, 7ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 1995.

FUENTES

FUENTES INTERNACIONALES:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI y VII).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17).
- Convenio No. 33 de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, incorporado por la Ley 265 de 1996.
- Convención sobre los derechos del niño de 1989.
- Convención Interamericana sobre conflictos de leyes de adopción de menores, de mayo de 1984, aprobada por Colombia mediante la Ley 47 de 1987.

FUENTES NACIONALES:

- Constitución Política Nacional de 1991: Artículos 42 y 44.
- Código Civil: artículos 113, 140, 250, 262, 264, 291, 295, 306, 307, 411, 1045, 1046, 1240, 1502 y 1625.
- Código de Comercio: artículo 845.
- Código de la Infancia y la Adolescencia: Ley 1098 de 2006.
- Código del Menor: Decreto 2737 de 1989.
- Ley 750 de 2002.
- Ley 82 de 1993.
- Ley 54 de 1990.
- Ley 29 de 1982.
- Ley 5 de 1975.
- Ley 75 de 1968.
- Ley 140 de 1960.
- Decreto 2263 de 1991.
- Decreto 241 de 1996.
- Decreto 2820 de 1974.
- Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016 “Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción” del ICBF.
- Resolución No. 3748 de fecha 06 de septiembre de 2010 del ICBF.

SENTENCIAS INTERNACIONALES:

- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Sentencia de enero 13 de 2009 Temenuzhka Ivanchova Todorova Vs. Corte Italiana, No. 33932/06.

SENTENCIAS Y CONCEPTOS NACIONALES:

- CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1070 del 11 de marzo de 1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-214 de 2016. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-723 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-844 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-557 de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1235 de 2005. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-746 de 2005. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-497 de 2005. Magistrado Ponente: Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-997 de 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-722 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1078 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-510 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-184 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-477 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-408 de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-495 de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-123 de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-105 de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 04 de septiembre de 1970. Magistrado Ponente: Guillermo Ospina Fernández. Demandante: Ligia Ramírez Vda. de González. Demandado: Pablo Villegas Botero. Datos Bibliográficos: G.J.T. CXXXV No. 2330, 2331, 2332.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Concepto 126 de 13 de agosto de 2012.

INFOGRAFÍA

- <http://www.noticiasrcn.com/nacional-justicia/fiscalia-pediria-extradicion-espanoles-adoptaron-y-maltrataron-ninos-colombianos> Noticiero RCN del 30 de abril de 2015.