

## **HACIA UNA POLITICA DE PROTECCION DE LA NIÑEZ**

### **JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE REFORMAR LA NORMATIVIDAD SOBRE ADOPCIÓN.**

#### **INTRODUCCIÓN**

En Colombia, la regulación de la adopción se encuentra dentro del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, -el cual derogó la Ley 5 de 1975, que establecía los aspectos relativos a la materia-. Esta legislación ha ido perdiendo vigencia frente a las necesidades concretas actuales, pues no satisface plenamente el derecho de cada niño o niña a tener una familia, elevado por la Constitución Política a la categoría de derecho fundamental.

El Código del Menor es anterior a la Constitución de 1991 y por tanto no se atempera ni a sus principios fundamentales ni a los contenidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. En relación con la adopción tiene una estructura rígida y un procedimiento que imposibilita que la institución se desarrolle con el carácter humano que siempre debe tener.

#### **1. CONCEPTO Y ORIGEN DE LA ADOPCIÓN**

La palabra adopción proviene del latín Ad-opto, "optar". Es claro entonces que antes del hecho jurídico, se impone la voluntad del adoptante de optar, de decidir que un niño o una niña, o un grupo de hermanos, van a ser sus hijos. De igual manera, puede afirmarse que un progenitor, generalmente la mujer, opta por renunciar a la crianza de su hijo biológico.

Esta facultad de optar también recae en los operadores de justicia quienes pueden, según las circunstancias propias de un caso sancionar a los padres biológicos y "quitarles" los hijos cuando éstos son víctimas del maltrato, la crueldad, el abandono de quienes los procrearon.

Sin embargo, el acto de optar a que aludimos necesita una regulación legal, la cual ha conocido y conocerá multitud de facetas, requisitos y condiciones, para que social y jurídicamente la adopción conduzca a la filiación y a hacer efectivo el derecho del niño a tener una familia..

La adopción no puede verse sólo como una institución jurídica. Tiene además, un sentido biológico, afectivo y social.

Podría decirse entonces que la adopción se constituye en una respuesta para los niños que no tienen una familia y se inscribe en las legislaciones con miras a respetar un derecho fundamental de la infancia. Además, toda regulación en esta materia recoge: la posibilidad de los progenitores de asumir la decisión de entregar un hijo o hija en

adopción; la obligación del operador de justicia infantil para disponer por vía de la adoptabilidad y por encima del lazo biológico, cuando los progenitores no responden adecuadamente a las necesidades de los niños o cuando violan los derechos de ellos; la forma de satisfacer el anhelo de ser padres y de dar hogar a un niño que no lo tiene.

Mientras haya seres humanos, habrá adopción: es inherente a nuestra naturaleza y, dentro de la civilización occidental se halla vinculada, sin remedio, a la antigüedad greco-romana y judeo-cristiana. Porque la adopción aparece ligada al drama del recién nacido abandonado.

Algunos casos históricos constituyen lo que podría llamarse los “mitos fundadores”, los cuales han marcado nuestro ideario personal y colectivo: el de Edipo, el de Moisés y el de Jesús.<sup>1</sup>

## 2. LEGISLACIÓN VIGENTE

La legislación vigente determina la forma en que debe efectuarse el proceso de adopción en nuestro país y dispone que éste comprende un procedimiento administrativo y un proceso judicial. Se reconoce gran responsabilidad a los funcionarios del orden administrativo mientras que a los jueces se les asigna una función casi notarial: *“En la práctica los jueces no decretan pruebas adicionales y su tarea se reduce a certificar que la documentación esté completa y presentada de manera legal y correcta”*.<sup>2</sup>

La necesidad de garantizar la seguridad jurídica, no puede ser la excusa para convertir un proceso de adopción en un trámite dispendioso que muchas veces permite “el envejecimiento” de los niños en las instituciones de protección, impidiéndoles de hecho el derecho a tener una familia.

Tratándose los procesos, tanto de adoptabilidad como de adopción, de trámites inherentes a la garantía de un derecho fundamental, el funcionario responsable de su desarrollo debe ser necesariamente un juez.

## 3. MARCO CONSTITUCIONAL

La Carta Política de 1991, marca una transformación de las relaciones entre la sociedad, la norma, y el Estado. Entre los principios fundamentales del Título I recordemos: Estado social de derecho; democracia participativa y pluralista; respeto por la dignidad humana, como fundamento de la Constitución; la descentralización y la

<sup>1</sup> EDIPO: Edipo, casual e inconscientemente, realiza la predicción del oráculo y transgrede dos leyes fundamentales y universales: matar a su padre y tener relaciones incestuosas con su madre. El siglo 20, a través de Freud y sus discípulos, ha mantenido vivo el mito de Edipo.

MOISÉS: Su historia está en los orígenes mismos de la adopción, pues fue criado por la hija del Faraón.

JESÚS: Adoptado por José, forma la Sagrada Familia, la cual entra al cristianismo y a la historia universal como un caso de adopción “sagrada”.

<sup>2</sup> Salazar, María Cristina, Uribe Muñoz Alirio, Temmink María Cristina y Páez Juan Antonio. *“Las adopciones nacionales e internacionales en Colombia: Legislación, procesos y procedimientos”*, Unicef y Defensa de los niños Internacional-Colombia, Santafé de Bogotá, mayo de 1999, fotocopias heliográficas, pág.38.

autonomía de las entidades territoriales; la solidaridad; la primacía de los derechos inalienables de la persona; el amparo a la familia como institución básica de la sociedad; la prevalencia de los derechos del niño y de la niña.

### **3.1 La familia en la Constitución Política de 1991**

La Constitución Política se pronuncia sobre el tema de los niños y de la familia y a este respecto establece en su artículo 42: “La familia es el núcleo fundamental de las 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.

...

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre las diversas formas de entender la familia y ha ampliado su concepto en varias de sus sentencias.

Lo importante no es la forma como se creó el vínculo familiar sino el tratar de mantenerlo, como presupuesto indispensable para hacer efectivos los derechos de los niños.

*“Protección a la familia extramatrimonial. En la Carta Política de 1991, en primer lugar es de advertir como no sólo el matrimonio es fuente de la familia que promete proteger el Estado, sino también la constituida por un hombre y una mujer con voluntad responsable de conformarla, según pregona el artículo 42, inciso primero de dicha Carta.*

*Así que hoy, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, ante el criterio vigente de la Constitución, puede la Corte tomar una posición con suficiente certeza, puesto que del artículo mencionado aparece claro entonces que el Estado colombiano reconoce y promete proteger tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial, siempre que según el constituyente sea formada por un hombre y una mujer que lo hagan de manera responsable, seria y asumiendo las obligaciones que implica formar parte de un grupo familiar. Es decir, la Carta protege la familia extramatrimonial, pudiendo afirmarse que para serlo solamente faltaría el vínculo conyugal.*

...

*Tratándose, pues, de la unión marital de hecho, como parece ser la tendencia de llamar al concubinato, esto es la comunidad formada por un hombre y una mujer respecto de los cuales ningún impedimento hay para que puedan casarse, y constituida esta comunidad para formar una familia, es decir de manera permanente y estable, es incuestionable que faltando tan sólo la constitución del vínculo conyugal, tiene que recibir un tratamiento jurídico semejante por muchos aspectos al que merece la unión conyugal<sup>3</sup>.*

---

<sup>3</sup> C.S.J. Cas. Civil, Sent. Susitutiva, oct. 25/94. M.P. Eduardo García Sarmiento.

La Corte Constitucional ha hecho énfasis en que la familia es el ambiente y el paradigma de relación social primaria más adecuada para el desarrollo humano y que por tanto el Estado debe brindarle protección.

Sin embargo, no se habla sólo de la familia unida por el vínculo matrimonial. La Carta consagra derechos y deberes también surgidos de otras formas de familia y la protección y tutela a estos nuevos vínculos.

*“La familia biológica está siempre amparada por la Carta Política. Sin embargo, lo anterior no implica que la familia que se constituye al margen de los vínculos biológicos no sea también objeto de protección constitucional. Por el contrario, a este respecto la Corte ha indicado: Como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico”<sup>4</sup>.*

### **3.2 La prevalencia de los derechos de los niños**

Igualmente el artículo 44 consagra los derechos fundamentales de los niños y dice que estos son: *“la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestros, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

*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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.*

La Corte Constitucional, en algunas de sus sentencias de tutela ha tratado de determinar el alcance de estos artículos y ha sentado jurisprudencia en el tema específico de la adopción.

A este respecto la jurisprudencia ha sido reiterada en mantener por encima de cualquier consideración, el derecho fundamental de los niños a tener una familia.

La Corte Constitucional se remite a la Convención sobre los Derechos del Niño y por tanto considera que el ambiente físico familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio- emocional del niño.

*“Las normas sustantivas y procedimentales en materia de familia y del derecho de los menores, deben interpretarse en consonancia con los derechos fundamentales del niño*

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*consagrados en la Constitución. Esto significa que los padres en el cumplimiento de sus deberes para con los hijos y las autoridades públicas facultadas para intervenir en interés del menor (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, defensores de familia, jueces de familia, etc.), deben respetar y efectivamente aplicar el contenido y alcance de los derechos consagrados de forma prevalente en la Constitución, cuyo desconocimiento o amenaza permite a cualquier persona exigir de la autoridad competente el cumplimiento de las obligaciones respectivas<sup>5</sup>.*

### **3.3 El derecho constitucional prevalente a tener una familia y a no ser separados de ella.**

Según esta consagración constitucional una sola debe ser la causa para que un niño sea separado de su familia y es en el caso en que su interés superior así lo requiera. *“Solamente se justifica esta separación, cuando no exista la posibilidad de proporcionar a los niños una vida plena, dentro de su entorno familiar”<sup>6</sup>.*

### **3.4 El proceso de adopción, la declaración de abandono y el respeto de las garantías procesales.**

Para que los padres biológicos pierdan los derechos frente a los niños y que estos últimos, según el ordenamiento legal vigente, sean declarados menores en estado de abandono, debe haberse seguido un trámite que respete el debido proceso y que otorgue todas las garantías a estas personas, en consideración a la importancia de esta declaratoria y de las consecuencias que la misma trae.

*“La adopción como mecanismo de protección socio-legal del niño abandonado, se constituye en un acto de intervención estatal con miras a proteger el interés superior del menor, pero de ninguna manera puede desconocer las garantías procesales que atañen a los padres biológicos<sup>7</sup>”.*

*“El respeto de las garantías procesales, dentro del trámite propio de la etapa de declaratoria de abandono, determina la posibilidad del menor, de encontrar una familia con capacidad de brindar la estabilidad de la cual carecía. Pero esto no obsta para señalar que ante la intervención judicial o administrativa en la vida del menor y de su familia biológica, deben respetarse los límites establecidos por la Constitución y la Ley<sup>8</sup>”.*

### **3.5 La gestación humana, una mirada integral.**

La responsabilidad en la gestación y en el crecimiento de un niño no corresponde sólo a la madre, sino también al padre y se extiende aún a la comunidad.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-531. Sept 23 de 1992. M.P. Eduardo García Sarmiento.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-278 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>7</sup> Corte Constitucional Sentencia T-412 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Op. Cit.

En el estudio “La gestación humana, una mirada integral”, de la Fundación Antonio Restrepo Barco, desde su presentación se expresa la necesidad de *“incluir al padre y a los responsables del cuidado en la crianza del niño o de la niña, reforzar la participación de la comunidad en torno al desarrollo de los infantes y contar con instrumentos de evaluación que puedan ser usados tanto por los funcionarios de salud, como por los grupos comunitarios y los docentes...”*<sup>9</sup>

### **3.6 La maternidad biológica o por adopción.**

La maternidad ya sea biológica o por adopción, debe ser una verdadera actitud afectiva tendiente a asumir esta misión. Implica pues, una conducta integral en función del bienestar del niño y un compromiso serio por parte de los padres.

*“La maternidad está reconocida por el orden jurídico internacional como un derecho humano, y, por tanto, se protege en todas las situaciones. Pero no es un derecho absoluto, porque se encuentra como todo derecho, limitado, por los derechos del mismo hijo y por el orden social y justo”*<sup>10</sup>

## **4 - EXPLICACIÓN DEL PROYECTO**

### **4.1. Características de la ley.**

Una ley en materia de adopción no puede responder a todas las necesidades de la infancia en peligro, maltratada y víctima de violaciones innumerables. No obstante, sus normas deben fundarse en los siguientes elementos:

**a) Eficacia.** La misión de la norma que jurídicamente enmarque la adopción será por sobre todo, garantizar el interés superior de cada menor adoptable, para que su derecho a desarrollarse dentro del marco de una familia, sea plenamente satisfecho. La legislación debe entonces propender por que los niños siempre puedan vivir dentro de un medio familiar.

**b) Totalidad.** Debe ocuparse la norma de satisfacer las necesidades de todos los niños y las niñas y tener como punto de partida su dignidad intrínseca sin ningún tipo de discriminación.

**c) Corresponsabilidad.** Además, su punto de partida radica en que los niños deben ser protegidos, cuidados y ser objeto de una asistencia especial, bajo un criterio de corresponsabilidad por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

**d) Adaptabilidad.** Es conveniente que la norma permita la realización de estudios individualizados en todos los casos para que la medida que se adopte en relación con cada niño sea la más adecuada posible.

### **4.2. Control.**

<sup>9</sup> “La Gestación Humana, una Mirada Integral”, Instrumento de apoyo para equipos de salud y de educación, Fundación Antonio Restrepo Barco e Instituto de Desarrollo Infantil Hugo Gensini Barra, Santafé de Bogotá, 1998, pág.XII.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 339 de 1994.  
M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

El control debe ser recíproco, entre todos los actores, basado en la transparencia, la confianza y el respeto a la dignidad de cada ser humano. Por tanto, no será un simple control vertical ni jerárquico, sino que comprometerá la responsabilidad de cada individuo y de la totalidad de las instituciones y de la comunidad.

#### **4.3. Principios.**

El proyecto prevé como principios que rigen la adopción:

Que los derechos de los niños y las niñas prevalezcan sobre los derechos de los demás.

Que los niños y las niñas tengan derecho a crecer en el seno de una familia, en un ambiente de afecto y comprensión.

Que el Estado Colombiano, cuando autorice la adopción, asegure que el interés superior del niño sea la consideración primordial.

Que la adopción sólo pueda ser autorizada por las autoridades competentes, de acuerdo con los procedimientos legales.

Que los procedimientos en esta materia sean transparentes, eficientes y que quienes intervengan en ellos siempre tengan en cuenta que están comprometidas la vida y la dignidad de un niño o de una niña.

Que la adopción no puede dar lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella.

Además de estos principios, el texto propuesto concuerda con los fundamentos del proyecto de "Hacia una Política de Protección de la Niñez"<sup>11</sup>, por lo tanto prevalecerá la desconcentración de la responsabilidad, la participación de la comunidad en la definición, gestión, ejecución y control de las políticas públicas sobre infancia y la corresponsabilidad entre los progenitores, la sociedad, las comunidades y el Estado.

#### **4.3. Judicialización del proceso.**

El procedimiento actual no es eficiente y las dos instancias ante las que se adelanta una adopción no permite que se considere como eje principal, el interés superior de los niños. Las demoras en los procesos se deben en gran medida a esa división entre el proceso administrativo y el proceso judicial.

Con base en la Constitución Política y en la Convención sobre los Derechos del Niño se propone la judicialización del proceso de adopción y que sean por tanto los jueces quienes tengan la dimensión protagónica dentro del mismo.

---

<sup>11</sup> Cuadernos de Reflexión 2, Fundación Antonio Restrepo Barco, Santafé de Bogotá, junio de 1999.

Es evidente la necesidad de dar a los procedimientos la flexibilidad que pueda garantizar tanto formal como sustancialmente, los derechos fundamentales de los niños en nuestro país.

De esta forma el juez adquiere amplias facultades dentro del mismo. Para que pueda hacerlo de manera adecuada deberá contar con un equipo pluridisciplinario el cual servirá de apoyo para las decisiones que debe tomar.

Lo anterior no sólo se propone para efectos prácticos sino que además tiene su origen en la Constitución, pues un funcionario administrativo no puede decidir sobre los derechos fundamentales de los niños, como lo hace el defensor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la actualidad.

*“En un proceso de adopción se encuentran involucrados no sólo el derecho fundamental del menor a tener una familia, sino un conjunto mucho más amplio de derechos fundamentales constitucionales cuyo titular no es únicamente el niño sujeto de la eventual adopción. En efecto, el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella tiende a garantizar todo el plexo constitucional de los derechos del niño, así como derechos fundamentales de otros miembros de la familia. En consecuencia, todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso de adopción deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación de los menores y su desarrollo libre y armónico”<sup>12</sup>.*

#### **4.4. Declaratoria de adoptabilidad.**

La declaratoria de adoptabilidad de un niño precede el proceso de adopción y puede darse por ausencia de la familia biológica, incapacidad de ésta para brindar al niño o a la niña condiciones dignas o la decisión libre de los padres biológicos de entregar su niño en adopción. El proyecto acaba con la figura de la declaratoria de abandono por el defensor del I.C.B.F., por considerarla contraria a la dignidad del niño o de la niña.

#### **4.5. La Decisión libre de los padres biológicos.**

El proyecto busca que los padres biológicos tengan todas las garantías necesarias. Para ello se prevé un procedimiento en el cual el juez de familia tiene la obligación de informar a los padres biológicos sobre las consecuencias de la adopción y después debe certificar que esta decisión fue tomada con plena libertad.

Con esta obligación en cabeza del juez, se busca crear una verdadera conciencia en los padres adoptantes para que conozcan la importancia e irrevocabilidad de la decisión que están tomando y para que asuman la responsabilidad de haber entregado su niño.

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



#### **4.6. La Autoridad central en materia de adopción.**

Colombia suscribió el Convenio en materia de adopción internacional. Este convenio dispone que debe existir en cada país, un ente que se responsabilice por las adopciones que han de efectuarse con otros países.

Actualmente, esta autoridad en Colombia es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Como autoridad central debe cumplir diferentes funciones y establecer las políticas en esta materia dentro del País.

El presente proyecto propone que la autoridad central tenga un carácter mixto. Es decir que en él participen el sector público y el sector privado para efectos de una interacción entre todas las personas y sectores que tienen interés en el tema de la infancia.

Formarían parte de esta autoridad, el Ministerio de Justicia y también el Ministerio de Relaciones Exteriores. De esta manera, la responsabilidad radicaría entre otras personas, en una instancia ministerial, que se vincularía de manera seria a las políticas en materia de infancia.

#### **4.7. Descentralización.**

La ley 75 de 1968 estableció que el Estado, a través del I.C.B.F. asumía la protección del menor abandonado y la familia. El decreto 2388 de 1979 definió esta misión de la siguiente forma: “El servicio público de Bienestar Familiar es el conjunto de actividades del Estado encaminadas a satisfacer en forma permanente y obligatoria las necesidades de la sociedad colombiana relacionadas con la integración armónica de la familia, la protección preventiva y especial del menor necesitado y la garantía de sus derechos”.

*“El I.C.B.F., debe, entonces, compensar las carencias que sufre el niño en su familia, con acciones decididas de sus funcionarios para quienes muchas veces la prioridad es la construcción de edificios y el cumplimiento de los trámites administrativos por encima de los altos objetivos del instituto”<sup>13</sup>.*

Con una visión simplemente objetiva de la realidad de nuestros niños, es claro que un propósito tan serio y complejo no ha podido satisfacerse, con la estructura actual del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Carta Política establece en su artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

La descentralización debe entenderse como un proceso en el cual se da un traspaso de funciones de un nivel de gobierno a otro, transfiriendo además poder decisorio a autoridades locales o regionales. Sin embargo, en materia tan importante como la

<sup>13</sup> Sonia Martínez. “Derecho del Menor” p.62

protección de los niños y la garantía de sus derechos, sigue centralizado el poder en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El régimen de adopciones, así como todo lo relacionado con la protección de los niños y las niñas, debe ser objeto de claras responsabilidades locales y regionales.

## **5. CONCLUSIÓN**

Después de haber investigado y analizado el tema de la adopción, puede decirse que esta figura se convierte en un instrumento para dar una familia a los niños que por cualquier causa se han quedado sin ella. Sin embargo, también hay que anotar que dentro de todas las alternativas posibles, la adopción es la institución que aporta la solución más completa y la mejor alternativa para los padres adoptantes y para los niños adoptivos.

Es por esto que se ha procurado, en todo el proyecto, hacer de la adopción, una figura humana y flexible, extendiendo así la posibilidad de que la mayor cantidad de niños colombianos vivan en condiciones dignas.

De igual manera, se ha judicializado totalmente el procedimiento, con el objeto de que sea el Juez de Familia con la colaboración de su equipo pluridisciplinario, quien tenga la responsabilidad en materia de adoptabilidad y de adopción, en busca de mayor eficacia y de mayor garantía para los derechos de los niños y de las niñas a crecer dentro de un medio familiar.

Para: FUNDACION ANTONIO RESTREPO BARCO

Autores del Texto:

Maria Teresa GARCES

Carmen Elisa PALACIOS

Bogotá, Noviembre de 1999