

CONCEPTO ICBF No 01

Fecha: 23/01/2020

ASUNTO: ¿Para declarar la adopción de hijo de cónyuge cuando no se presenta el consentimiento del padre biológico que abandonó al niño, niña o adolescente, deberá darse apertura a un proceso de restablecimiento de derechos a fin de declarar la adaptabilidad del menor de edad a favor de la nueva pareja con quien convive el cónyuge a cargo del niño, niña o adolescente? o se agotar el procedimiento de privación de la patria potestad?

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y el artículo 6°, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se da respuesta a la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Para declarar la adopción de hijo de cónyuge cuando no se presenta el consentimiento del padre biológico que abandonó al niño, niña o adolescente, deberá darse apertura a un proceso de restablecimiento de derechos a fin de declarar la adoptabilidad del menor de edad a favor de la nueva pareja con quien convive el cónyuge a cargo del niño, niña o adolescente? o se agotar el procedimiento de privación de la patria potestad?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas:

2.1. ¿Tiene competencia el defensor de familia para suspender o privar de la patria potestad a un padre o madre biológicos?; 2.2. La adopción como medida de restablecimiento de derechos y 2.3. Formas de adelantar el proceso de adopción.

2.1. ¿Tiene competencia el defensor de familia para suspender o privar de la patria potestad a un padre o madre biológicos?

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad *"es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone"*.

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, complementa la institución jurídica de la patria potestad establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribire todo acto de violencia física o

psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los "... actos que impidan el ejercicio de sus derechos".

Frente al tema de la patria potestad, la Corte Constitucional en Sentencia T- 384/18, con ponencia de la honorable magistrada Cristina Pardo Schlesinger, manifestó:

(...)

"4.2.1. En tratándose de la patria potestad, la versión modificada del artículo 288 del Código Civil la define como un conjunto de derechos que la ley le reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que como padres deben asumir. Dada su naturaleza, la patria potestad está conformada por poderes conjuntos que deben ejercer ambos padres, o a falta de uno de ellos le corresponde al otro, y refiere a la administración del patrimonio de los hijos, al usufructo de los bienes que les pertenecen, a la representación judicial y extrajudicial en todos los actos jurídicos que se celebren en beneficio de los hijos, y a la facultad de autorizar su desplazamiento dentro y fuera del país. En todo caso, según ha reconocido la jurisprudencia constitucional, "los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado.

Se trata entonces de una institución jurídica de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal, de la cual se deriva que los padres no pueden sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que tienen con sus hijos, a menos que la patria potestad sea suspendida o terminada por decisión judicial cuando se presenten las causales legalmente establecidas de allí que, la patria potestad sea reconocida en la actualidad no como una prerrogativa o derecho absoluto de los padres, sino como una institución instrumental que permite a éstos garantizar los derechos de sus hijos y servir al logro del bienestar de los menores. (Resaltado Fuera de texto)

Es decir que la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, y sólo puede ser ejercida por ellos, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos. Es por ello que la propia ley prevé que a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro, existiendo también la posibilidad de que en algunos aspectos, sea delegada entre ellos mismos, del uno al otro (C.C. arts. 288 y 307), sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permite.

Ahora bien, es importante señalar que la patria potestad sobre un menor de edad, debe ser suspendida y terminada vía judicial, cuando cualquiera de los padres incurre en alguna de las causales que ha erigido el legislador como motivos para su procedencia; en estos casos, el juez puede dejar su ejercicio en el padre que no ha dado lugar a los hechos, o designar un guardador al niño, niña o adolescente cuando ambos progenitores han incurrido en las conductas que ameriten la suspensión o privación de los mencionados derechos, y sus efectos jurídicos se proyectan concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo.

En efecto, el artículo 315 del Código Civil, norma que se aplica por remisión expresa del artículo 310 ibídem, se ocupa de consagrar las causales que dan lugar a la terminación de la patria potestad.

ARTÍCULO 310. “La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315, pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.”

Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos padres, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos. (negrita fuera de texto)

“ARTÍCULO 315. La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

- 1a) Por maltrato del hijo,*
- 2a) Por haber abandonado al hijo.*
- 3a) Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.*
- 4a) Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.*
- 5) Cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo 25 numeral 2 del Código Penal, que ordena.*

En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio.”

Los efectos de la terminación, tienen carácter definitivo siendo imposible su recuperación, puesto que su consecuencia es la emancipación del hijo.

Por virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 22 del Código General del Proceso, les corresponde a los jueces de familia, conocer de los procesos sobre pérdida, suspensión o rehabilitación de la patria potestad.

En cualquier caso, la suspensión o terminación de la patria potestad, no libera ni exonera a los padres de los deberes que tienen con los hijos, manteniéndose vigente la obligación de proveer alimentos en favor de ellos, al igual que los deberes de crianza, cuidado personal y educación.

Para que se configure la causal del numeral 2 del artículo 315 del Código Civil, la H. Corte Suprema de Justicia en providencia del 25 de mayo de 2006, Mag. Pon, Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, ha dicho que:

“Olvidó el juzgador ad quem que ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre, conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea

absoluto y que obedezca a su propio querer. Así lo destacó esta Corporación en sentencia del 22 de mayo de 1987, al decir que: en verdad el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado, no conduce por sí a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo, circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C.C. como causa de una u otra. En el caso presente dadas las particularidades que lo rodean, se concluyó en el aquel incumplimiento como causa de separación, pues la situación de enfrentamiento conyugal que de hecho separó a los esposos le dio origen, más no se puede concluir, por el mismo camino, que el demandado ha abandonado -por su querer-al hijo".

(...)

"No se trata, entonces de predicar un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre, ni de establecer cuánto aportó para la educación y bienestar material de la infante, sino de comprobar de manera irrefragable que éste se desentendió totalmente de estos menesteres

(...)“.

En lo que se refiere a las causales de larga ausencia y el abandono al hijo, según lo indicado por la Corte, podemos inferir que la primera se configura cuando el padre o la madre desaparece o se ausenta de su entorno habitual sin ninguna explicación, y el abandono en cambio, debe entenderse como un abandono total sobre un hijo, que se evidencia en no cuidarlo, no protegerlo, no cumplir con sus obligaciones para su manutención y otras prácticas que establece el Código Civil.

2.2 La adopción como medida de restablecimiento de derechos

El artículo 61, del código de la Infancia y la adolescencia, se refiere concretamente a la figura de la adopción indicando: “ *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*”.

Así las cosas, tenemos que la adopción es una institución jurídica que tiene como fin fundamental garantizar a los menores de edad que se encuentran en situación de abandono, un hogar estable en donde puedan desarrollarse armónica e integralmente, y puedan establecer una verdadera familia con todos los derechos y deberes que ello comporta, así como ser asistidos y educados en un ambiente de bienestar y afecto.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia T-319 de 2019, señaló: “ (...) *En síntesis, la adopción es una medida de restablecimiento de derechos con fundamento constitucional en el artículo 44 de la Constitución, que permite garantizar que, ante la imposibilidad de sus padres biológicos, los niños, niñas y adolescentes puedan reintegrarse –de forma irrevocable- a un nuevo núcleo familiar.*

La declaratoria de adoptabilidad se constituye entonces, en una decisión administrativa que es presupuesto de la adopción, define la situación jurídica del niño, niña o adolescente, y se encuentra sometida, en los eventos en que haya habido oposición en cualquier etapa del proceso, a la homologación por el Juez de Familia y una vez en firme, produce respecto de los padres la terminación de la patria potestad del hijo.

Así lo establece el artículo 108 del Código, modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018, al señalar:

(...)

“Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un Adolescente habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100 del presente Código, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

En los demás casos, la resolución que declare el adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá solicitarse la inscripción en el libro de Varios y en el Registro civil del mentártele edad de manera inmediata a la ejecutoria. La Registraduría del estado Civil deberá garantizar que esta anotación se realice en un término no superior a diez (10) días a de la solicitud de la autoridad.

Una vez realizada la anotación de la declaratoria de adoptabilidad en el libro de varios y en el registro civil del niño, la niña o adolescente, el Defensor de Familia deberá remitir la historia de atención al Comité de Adopciones de la Regional correspondiente, en un término no mayor a diez (10) días.

PARÁGRAFO. En firme la providencia que declara al niño, niña o adolescente en adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho.”

A partir de la declaratoria de adoptabilidad, el niño, niña y adolescente, queda bajo la tutela y protección del Estado y particularmente del ICBF, el cual tiene a su cargo iniciar las acciones conducentes a la búsqueda de una familia para su adopción y las necesarias para fortalecer el proceso de construcción de su proyecto de vida y acompañarlos en la preparación para la vida autónoma e independiente.

Lo anterior, responde entonces a lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuanto a que la declaratoria de adoptabilidad, de un niño, niña o adolescente, rompe los lazos de éste con sus padres y su familia biológica en general.

2.3. Causas y formas de adelantar el proceso de adopción

De acuerdo con lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia, la adopción procede en los siguientes casos:

Mediante la **declaratoria de adoptabilidad** proferida por el defensor de familia, cuando encuentre dentro del Proceso Administrativo de restablecimiento de derechos respectivo, que la familia del niño, niña o adolescente no es garante de sus derechos; o cuando sea declarada por el Juez de Familia en los eventos en los que en que el Defensor de Familia, de acuerdo con

lo dispuesto por la Ley 1098 de 2006 modificada por la Ley 1878 de 2018, ha perdido competencia para definir la situación jurídica del menor de edad.

Por **consentimiento de los padres biológicos**, se presenta por manifestación del consentimiento informado, otorgado por quienes ejercen la patria potestad del niño, niña o adolescente; este consentimiento para que sea válido deberá ser otorgado de acuerdo a lo ordenado por el artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Por **autorización del Defensor de Familia**, en desarrollo de lo ordenado por el numeral 15 del artículo 82 de la Ley 1098 de 2006.

Lo anterior en desarrollo de lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 66, según el cual la falta de alguno de los progenitores no solo se presenta ante su fallecimiento, sino también, cuando de acuerdo con certificación del Instituto Nacional de Medicina Legal, padezca de una enfermedad mental.

Sobre este tema, la Corte Constitucional, en sentencia T-204A/18 con ponencia del Honorable Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo señaló lo siguiente:

“(...) En ese sentido, el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA) define la adopción como “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. El trámite de la adopción se inicia[.]

- i) Por declaratoria en situación de adoptabilidad, en el marco de un proceso de restablecimiento de derechos, por parte del Defensor de Familia o el Juez de Familia. A este último le corresponderá hacer la declaratoria en caso de pérdida de la competencia de la autoridad administrativa o de homologación de la decisión de la misma.*
- ii) Por autorización del Defensor de Familia, en los casos de falta del padre o de la madre por su muerte, o cuando estos se encuentren en situación de discapacidad “por una enfermedad mental o grave anomalía certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses”, siempre que dicha valoración concluya la imposibilidad para otorgar un consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente.*

Para determinar la imposibilidad de otorgar el consentimiento, la autoridad administrativa tendrá que: “(a) reconocer la personalidad y capacidad jurídica de estas personas; (b) realizar los ajustes requeridos y brindar los apoyos necesarios para la adopción de estas decisiones; (c) evaluar la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el marco del interés superior del menor; (d) la idoneidad de los padres o de quienes detentan la patria potestad para ejercer la función parental; (e) reconocer la patria potestad en cada caso en concreto, teniendo en cuenta aquellas situaciones en que solo uno de los padres se encuentra en condición de discapacidad; y (f) el proceso administrativo debe llevarse a cabo sin perjuicio de las facultades constitucionales y legales de los jueces de familia para dictar la sentencia de adopción”

- iii) *Por manifestación del consentimiento informado, libre y voluntario de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad, ante el Defensor de Familia, que podrá ser revocado dentro del mes siguiente a su otorgamiento.*

El consentimiento debe ser válido civilmente, esto es, exento de error, fuerza y dolo y con causa y objeto lícitos, y manifestado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión. Así mismo, debe ser idóneo constitucionalmente, lo que supone que cuando quien lo otorga ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo”

Las tres situaciones que dan origen al trámite de adopción imponen al Defensor de Familia un proceso diferente a seguir: La declaratoria de adoptabilidad y de la autorización, se dan como resultado del proceso de restablecimiento de derechos. En el caso de manifestación del consentimiento, el proceso de restablecimiento de derechos se deberá iniciar solo cuando los padres no señalen quién será el adoptante o cuando sea señalado y de la verificación del estado de derechos del niño, la niña o el adolescente haya lugar a su apertura”.

3. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, podemos concluir:

Primera. El proceso de la pérdida de la patria potestad de los progenitores frente a sus hijos, sólo procede por vía judicial.

Segunda. La declaración judicial de la pérdida de la patria potestad para uno o los dos padres biológicos de un niño, niña o adolescente, de ninguna manera trae como consecuencia inmediata que el menor de edad pueda ser entregado en adopción, toda vez que a pesar de que los padres sean despojados del ejercicio de la patria potestad frente a su hijo, mantienen con él, el resto de obligaciones que conlleva la paternidad. La declaratoria de la pérdida de la patria potestad per se, por la naturaleza de la pretensión, no implica que el juez establezca al niño, niña o adolescente en adoptabilidad.

Tercera. La declaratoria de adoptabilidad de un menor de edad es una medida de protección que impone el defensor de familia en los casos en los que éste no cuenta con familia biológica que sea garante de sus derechos. Por ello, en los eventos en los que se pretenda la adopción del hijo del cónyuge y no sea posible obtener el consentimiento del respectivo padre o madre biológico, la declaratoria de adoptabilidad del menor de edad, no se constituye en el camino para que opere la adopción a la que se aspira, ya que en dichos casos el niño, niña o adolescente, cuenta al menos con el cuidado y protección de uno de sus padres biológicos.

Cuarta. Para que proceda la adopción de hijo del cónyuge, deberá presentarse el consentimiento del padre biológico, salvo en los casos en los que éste haya fallecido o se presente certificación del Instituto Nacional de Medicina Legal, en la que conste que el mismo

padece una enfermedad mental grave que le impide tener a su hijo y que, además no puede otorgar su consentimiento para la adopción.

El presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con el artículo 6 numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

PÚBLICA