



CONCEPTO 2 DE 2017

(enero 3)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/

Bogotá D.C.

MEMORANDO

PARA: Defensora de Familia
Centro Zonal Pasto Dos
ICBF Regional Nariño

ASUNTO: Solicitud de concepto enviado mediante correo electrónico el día 23 de diciembre de 2016.

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

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Qué requisitos se deben tener en cuenta en el trámite de una adopción de hijo de cónyuge o compañero permanente?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordará el tema analizando: (2.1) La figura jurídica de la Adopción, (2.2) Quiénes pueden adoptar en Colombia, (2.3) De los requisitos, para adoptar y (2.4) el caso en concreto.

(2.1) La figura jurídica de la adopción

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que la adopción debe tener como principio orientador el interés superior de los niños, niñas y adolescentes[1] dado su carácter primordial de medida de protección. Esta institución busca entonces la garantía del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, en la que se le proporcione un ambiente de amor y cuidado para su desarrollo integral y armónico.

El Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 61 contempla que la adopción "(...) es, principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza".

En efecto, la adopción es una institución jurídica que bajo la suprema vigilancia del Estado tiene como fin fundamental garantizar a los menores de edad que se encuentran 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.

Los artículos 61 a 78, 107, 108 y 123 a 127 del Código de la infancia y la Adolescencia - Ley 1098 de 2006 regulan la institución jurídica de la adopción; acorde con estas disposiciones no existe el derecho a adoptar, si no el derecho fundamental del niño, niña o adolescente a tener una familia.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la adopción por su carácter proteccionista, tiene como fin último garantizar los derechos de los niños que de acuerdo al contenido constitucional son prevalentes - artículo 44, Constitución Política asegurando siempre su interés superior.

Es evidente entonces, que la adopción es un mecanismo que materializa el derecho de los niños a tener una familia y por lo tanto, los requisitos exigidos para adoptar están encaminados a garantizar su interés superior como sujetos de especial protección constitucional. En tal sentido, los niños tienen derecho a un desarrollo tanto físico como moral adecuados, que debe ser facilitado bien sea por los padres biológicos o por los adoptantes.

De esta forma, aunque con la adopción surge parentesco civil y se ejercen algunos derechos fundamentales de los "nuevos" padres, su principal fin y objetivo es la protección prevalente de los derechos de los niños, ordenada en el artículo 44 de la Constitución Política. Esto ha llevado a la Corte Constitucional Colombiana a concluir que "dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor, el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables.[2]

(2.2) Quiénes pueden adoptar en Colombia

De acuerdo al artículo 68 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia 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 1o. La existencia de hijos no es un obstáculo para la adopción.

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

De acuerdo a la anterior normatividad, y al lineamiento técnico aprobado mediante la Resolución No.2551 de 2016, pueden adoptar tanto las personas solteras, como las que pretenden la adopción conjunta, siempre que estas últimas tengan un vínculo como cónyuges, según la definición otorgada por el artículo 103 del Código Civil Colombiano, que afirma: "el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con en el fin de vivir juntos de procrear y de auxiliarse mutuamente"; o como compañeros permanentes, cuya definición se encuentra establecida por el artículo 1 de la ley 54 de 1990: "A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

(2.3) De los requisitos para adoptar

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

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

Con el fin de garantizar la efectividad del principio del interés superior del niño, niña o adolescente, el legislador estableció el requisito de idoneidad física mental, moral y social de quienes pretenden convertirse en adoptantes, el cual debe ser verificado por el Estado a través del ICBF y el Juez de Familia que profiera la sentencia de adopción.

Esta verificación debe ser estricta, pues de sus resultados depende la autorización de la adopción y de asegurarle a los niños, niñas y adolescentes que están en éste proceso a tener una familia en la que se les garantice la integridad física, la salud, el cuidado y el amor, la educación, el desarrollo armónico e

integral, la recreación, así como el correcto desempeño del ejercicio de la patria potestad y autoridad paterna.

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, queda claro que en el ordenamiento jurídico Colombiano, los requisitos para la adopción estipulados por el artículo 68 del Código de la Infancia y adolescencia son los mismos, tanto para las personas solteras como para las parejas que pretendan la adopción conjunta, que como se dijo anteriormente deben tener la calidad de cónyuges o de compañeros permanentes.

(2.4) El caso en concreto

En el caso que se consulta, la Defensora de Familia expone que el comité de adopciones no tramitó una solicitud de adopción por considerar que no se encontraba demostrada la convivencia de dos (2) años de los esposos para que uno de ellos adoptara la hija del otro.

Al respecto, es preciso señalar que los únicos que deben demostrar una convivencia de dos (2) años son los compañeros permanentes, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 68 de la ley 1098 de 2006, así como lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional SU-617 de 2014.

Por lo anterior, cuando se pretende la adopción del hijo del cónyuge, basta con acreditar el vínculo con el correspondiente registro civil de matrimonio de las partes, para cumplir con el requisito del numeral 5 del precitado artículo del Código de Infancia y Adolescencia.

Así las cosas, si los interesados acreditaron su vínculo matrimonial al momento de presentar la solicitud tal y como lo afirma la consultante, es viable la adopción pretendida siempre y cuando se cumplan todos los demás requisitos exigidos por la Ley 1098 de 2006.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto[3] 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 los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

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

2. Corte Constitucional. Sentencia C-864 de 2009.

3. “Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art. 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad,(...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello aparece. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio. Corte Constitucional. Sentencia C - 877 de 2000. M.P Antonio Barrera Carbonell

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