



UNIVERSIDAD  
La Gran Colombia

Adopción del Hijo de Crianza en Colombia

Amanda Carolina Arrieta Gomez

Lisbeth Andrea Barrera Rincon

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Departamento de Investigación

Bogotá

2015

Adopción del Hijo de Crianza en Colombia

Amanda Carolina Arrieta Gomez

Lisbeth Andrea Barrera Rincon

Trabajo de Grado para optar al título de Abogadas

Tutor: Dr. Gabriel Andres Cano

Abogado

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Departamento de Investigación

Bogotá

2015

## Contenido

	Pág.
Resumen.....	VI
Abstract.....	VII
Metodología.....	1
Introducción.....	4
<b>Antecedentes Históricos sobre la Adopción.....</b>	<b>7</b>
En el Antiguo Egipto.....	7
En el Derecho Romano.....	8
En el Derecho Justiniano.....	9
En el Derecho Germánico.....	10
En las edades Media y Moderna.....	10
<b>Marco Conceptual.....</b>	<b>12</b>
Acerca de la adopción.....	12
Acerca de la familia.....	16
<b>Marco Legal.....</b>	<b>19</b>
El código civil de 1.850.....	19
Ley 140 de 1960.....	21

Ley 75 de 1968.....	23
Ley 5 de 1975.....	24
Ley 29 de 1982.....	26
Decreto Especial 2737 de 1989 o Código del Menor.....	26
La convención de los derechos del niño.....	28
La Constitución Nacional de 1991.....	29
Ley 1098 de 2006 - Código de la Infancia y la Adolescencia.....	30
<b>Proceso y Efectos Jurídicos de la Adopción.....</b>	<b>33</b>
Declaración de Adoptabilidad.....	33
Efectos jurídicos de la homologación de declaración de adoptabilidad.....	33
Efectos jurídicos de la adopción.....	34
Acciones de reclamación.....	35
4.5 Consentimiento.....	35
4.6 Prioridad para adoptantes colombianos.....	38
<b>Las Cifras Existentes sobre la Adopción en Colombia.....</b>	<b>39</b>
<b>El Debate Legal sobre la Adopción de Hecho en Colombia.....</b>	<b>46</b>
Análisis Normativo Comparativo en: Argentina, Colombia, Uruguay.....	54
Principales problemas de los países asociados a las pérdidas del cuidado parental.....	60
<b>Conclusiones y Recomendaciones.....</b>	<b>67</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>73</b>

## Lista de Figuras

	Pág.
Figura No.1 El proceso de la investigación cualitativa.....	2
Figura No. 2 Niños, niñas y adolescentes dados en adopción durante los años 1997 a marzo 31 de 2015.....	41
Figura No. 3 Niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales adoptados entre 2006-2015 .....	43
Figura No. 4 Familias que se encuentran en lista de espera .....	44
Figura No. 5 El mal uso del cuidado alternativo de niños y niñas.....	56
Figura No. 6 Cantidad de niños institucionalizados en América latina. Por país .....	57

## Lista de Tablas

	Pág.
Tabla No. 1 Niños, niñas y adolescentes dados en adopción entre los años de 1997 a marzo 31 de 2015.....	39
Tabla No. 2 Niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales adoptados entre 2006-2015.....	43
Tabla No. 3 Esquema de la responsabilidad estatal.....	58
Tabla No. 4 Medidas de protección y su aplicación.....	61

## Resumen

El presente proyecto de investigación pretende analizar el vacío que nace a partir de la ausencia de normas que definan la situación jurídica de los hijos de crianza, aportando desde la experiencia de los padres y familias, así como desde la opinión de los expertos y el análisis desde la jurisprudencia, los motivos y sustento por los cuales un hijo de crianza debe tener los mismos derechos que los hijos biológicos, ya que su convivencia y desarrollo afectivo se forman en igualdad de condiciones.

El desarrollo del escrito se da en torno a una pregunta que da origen al mismo y unos objetivos que se formulan para desarrollarla. Además presenta la posible situación del vacío jurídico posible en *el prohijamiento de crianza* y del tratamiento jurisprudencial del mismo lo cual es la base para la dinámica y evolución jurídica.

Palabras clave: hijos de crianza, adopción, familia, igualdad, derechos, prohijamiento de crianza.

## Abstract

The present research project aims to analyze the emptiness that comes from the absence of rules defining the legal status of foster children, contributing from the experience of parents and families as well as from the expert opinion and the analysis from the law, motives and support for foster child to have the same rights as a biological children, as their coexistence and emotional development are equal.

The development of the writing goes around a question that gives rise to it and develops goals that are formulated to develop it. It also presents the possible situation of possible legal hole in adoption jurisprudential breeding and treating, who is the basis for dynamic and legal developments.

Keywords: foster children, adoption, family, equality, rights, prohijamiento, parenting.



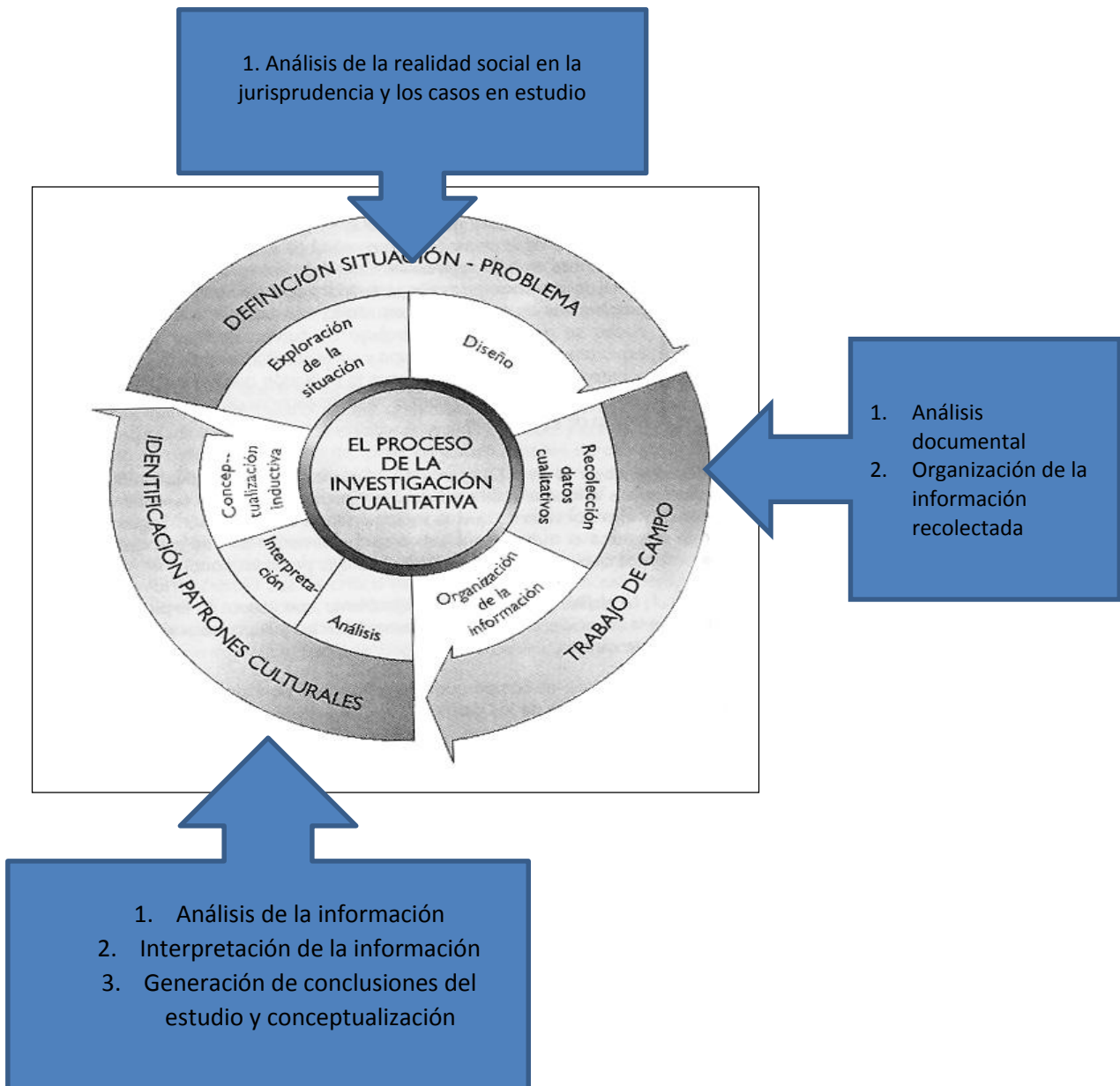
## Metodología

La metodología que se va a utilizar es de carácter cualitativo. La investigación cualitativa se desarrolla en el campo de las realidades sociales. Toma como referente experiencias sociales individuales y colectivas ya que, de ellas, es posible identificar normas y pautas de comportamiento negociadas al interior de los grupos humanos o que han sido impuestas en la cultura bien sea por la costumbre o por fuerzas históricamente determinantes. (Salinas: 2000 pág. 144).

De esta manera se determinaran las características que tiene el hijo de crianza a través de fuentes secundarias, como lo son las normas establecidas en el ordenamiento jurídico y demás sentencias de las altas Cortes, respecto de la protección que tiene este ante la ley y dentro del núcleo familiar que conforma. Así mismo se tomarán como referencia toda la base histórica de la adopción.

El proceso de investigación cualitativa, se propone en tres etapas fundamentales, según el siguiente diagrama propuesto por Bonilla y Rodríguez:

Figura No.1 El proceso de la investigación cualitativa



Fase I. Definición situación problema: En la primera fase del proceso se propone la exploración y el conocimiento del problema a través del análisis de la jurisprudencia y de la documentación que pueda hallarse referida al hijo de crianza en el país; para ello se diseñara una ficha de lectura de textos y documentos.

Fase II. Trabajo de campo. En el cual se desarrolla el análisis documental con el fin de alcanzar una contextualización completa de la adopción en nuestro país y la forma en la que se relaciona con la figura que la Corte Constitucional ha llamado “adopción del hijo de crianza”.

Fase III. Análisis de la información. En esta fase se efectúa el análisis crítico de la información, se describen los hallazgos y se elaboran las conclusiones y recomendaciones del estudio.

## Introducción

El presente proyecto de investigación pretende estudiar, cómo garantiza el Estado el mecanismo para la adopción del hijo de crianza sin afectar a la niña, el niño o adolescente durante el proceso?, pregunta que nace a raíz del vacío y la ausencia de normas que definan la situación jurídica de los hijos de crianza, aportando desde la experiencia de los padres y familias, así como desde la opinión de los expertos y el análisis desde la jurisprudencia, los motivos y sustento por los cuales un hijo de crianza debe tener los mismos derechos que los hijos biológicos, ya que su convivencia y desarrollo afectivo se forman en igualdad de condiciones.

Por medio de esta investigación se pretende demostrar que existe una desigualdad entre los hijos de crianza que a pesar de haberse desarrollado dentro de un mismo vínculo familiar, por el hecho de no ser hijos biológicos sufren ciertas situaciones que los colocan en condición de vulnerabilidad, tales como no poder ser vinculados al sistema de salud como beneficiarios de quien ejerce sobre el niño, niña o adolescente un rol de padre o madre, ya que si ellos quisieran otorgar este beneficio deberán someterse a un proceso de adopción largo y dispendioso que puede llegar a durar meses e inclusive años, haciendo que el menor carezca de las garantías fundamentales que debe tener, debido a que el cumplimiento de sus derechos prima por sobre todos los demás.

El desarrollo del escrito inicia en el recorrido histórico o más conocido como el estado del arte de los diferentes conceptos de familia como institución que ha evolucionado desde el clan, la gran familia romana sometida a la autoridad del pater familias y la pequeña familia actual formada por el núcleo paterno familiar.

De la familia se dice que es la célula fundamental de la sociedad o núcleo de convivencia básico de las personas, porque a ella se le han asignado funciones básicas de procreación, socialización primaria y la satisfacción de necesidades básicas afectivas, económicas, psicológicas y sociales.

Dentro del capítulo que lleva por nombre el debate legal sobre la adopción de hecho en Colombia, podemos hallar la descripción de la situación jurídica del hijo de crianza en Colombia. En nuestro país, el legislativo apenas ahora está entrando a usar la tesis protectora y defensora de derechos humanos demostrando que el Estado tiene buena voluntad, además de políticas y planes para apoyar la niñez vulnerable y que las malas prácticas se reducen a la interpretación general que realizan algunos funcionarios, así las cosas, la norma constitucional aplicable a los niños, niñas y adolescentes en casos de restablecimiento de derechos tiene un deber ser que difiere de cada caso, lo que permitiría que el funcionario interprete para cada situación en concreto, requiriendo verificar que aspectos se tienen en cuenta o que razones fundamente que un caso sea diferente a otro.

Luego de adentrarnos en la situación jurídica de los hijos de crianza encontraremos aquellas garantías que cobijan a los niños, niñas y adolescentes. Garantías que el Estado está obligado a brindar de acuerdo al artículo 44 y 45 de la Constitución Nacional de 1991, y finaliza con las conclusiones.

## **Antecedentes Históricos sobre la Adopción**

Hablar en forma general sobre los antecedentes históricos de la adopción y ubicarlos en un periodo específico de la historia en el mundo, es algo muy complejo, por lo cual es necesario tener claro un concepto, según Belluscio la adopción tiene como origen principal las prácticas religiosas de los pueblos antiguos, dentro de éstas encontramos el levirato, definido por la Real Academia de La Lengua española, como la Institución de la ley mosaica, que obliga al hermano del que murió sin hijos a casarse con la viuda. El levirato era un tipo de matrimonio que debía celebrarse cuando una mujer perdía a su esposo a causa de la muerte del mismo pero este solo se celebraba en caso de que en ese vínculo matrimonial no existieran hijos, y el modo para lograr tener hijos era unirse a uno de los hermanos del difunto con el fin de continuar una línea sucesoral que le permitiera heredar los bienes del difunto al menor, el cual debía llevar por nombre el del causante. De acuerdo a lo anterior puede concluirse que esta es una forma de adopción en donde se privilegia (Belluscio: 1981 página 104)

### **En el Antiguo Egipto**

En la época egipcia uno de los casos más conocidos es el de Moisés, tal como lo indica la biblia en el libro de éxodo, en donde narra que Moisés nació en una época en la que el faraón

había indicado que debían matarse aquellos niños hebreos que nacieran siendo varones y la madre de Moisés al ver esto decidió dejar a su hijo en un río y al otro extremo la hija del faraón lo vio y decidió prohijarlo dándole todos los cuidados y otorgándole los derechos como si fuera un niño egipcio y no hebreo, esta institución se conocía como *Zesis* según la cual una persona podía otorgar a un extraño la calidad de hijo sometido a su potestad.

### En el Derecho Romano

En el derecho Romano adquiere la mayor importancia esta institución, se presentan dos formas de adopción: la *arrogatio* y la *adoptio*. La *arrogatio* es la más antigua y en ella se advierten los rasgos de un régimen de vida de íntima comunidad. Este tipo de adopción consistía en que una persona tomaba como hijo a otra que hasta entonces no había estado sujeta a la patria potestad. Se efectuaba una vez que el Colegio Pontifical la declaraba procedente, por acuerdo de la Asamblea popular antigua. Es por esta razón que se le llamaba *arrogatio per populum*. Por arrogación sólo podían ser adoptados hombres libres *sui iuris*; las mujeres y los interdictos no lo podían ser, por no formar parte en los comicios. Este tipo de adopción sólo se podía realizar en Roma; para las provincias se utilizaba la *arrogatio per rescriptum principis*.

La *adoptio* o adopción en estricto sentido, se llevaba a cabo mediante un complicado negocio: primero se tenía por objeto desligar al menor de la potestad actual, para lo cual se aplicaba la máxima de las Doce Tablas sobre la liberación del hijo por efecto de la emancipación que era en tres formas: el padre vendía a su hijo por primera vez al adoptante o a un tercero y a



continuación el adquirente lo dejaba salir del *mancipium* con lo que volvía a la potestad paterna: nuevamente se repetía la emancipación y la liberación, hasta la tercera *mancipatio*, por la cual el padre perdía definitivamente su patria potestad sobre el hijo y se transmitía al adoptante. Cuando se trataba de una adopción de una hija o un nieto, bastaba una emancipación. La *adoptio* podía celebrarse en todos los lugares en que hubiera un magistrado romano con plena jurisdicción, incluyendo provincias. En este tipo de adopción se llegó a distinguir entre la potestad *adoptio plena* y la *minus plena*. En virtud de la *adoptio plena* que era la que existía si el adoptante era ascendiente natural del hijo, o cuando el abuelo, en vida del padre, daba el nieto a un extraño en adopción, producía siempre la cesión de la patria potestad. En virtud de la *minus plena*, no se integraba la patria potestad, pero creaba una relación filial entre el adoptante y el adoptado e incluso un derecho sucesorio, pero éste no era de carácter forzoso. (Cardozo: 2006 página 42).

#### En el Derecho Justiniano

En el derecho Justiniano se distinguió entre la adopción plena (*adoptio plena*) y la menos plena (*adoptio minus plena*), que en algunos aspectos se aproxima más a la distinción actual entre adopción plena y simple. La adopción plena era realizada por un ascendiente, que ocasiona la sumisión del adoptado a la patria potestad del adoptante; la menos plena era realizada por un extraño, y quedaba el adoptado sujeto a su situación familiar anterior, y el efecto fundamental era darle derecho sucesorio *ab intestato* en la sucesión de éste.

## En el Derecho Germánico

En el derecho germánico, la finalidad de la adopción consistía en dar a quien carecía de descendencia, un sucesor en su actividad guerrera, una situación social y política, pero no creaba un parentesco verdadero ni otorgaba derecho hereditario.

## En las edades Media y Moderna

En las Edades Media y Moderna, la adopción fue perdiendo prestigio, y la institución es sólo mantenida en la legislación Española, donde la reglamentaron el Fuero Real y las Siete Partidas, que la denominaban prohijamiento (porfijamiento). Esta legislación fue la que estuvo en vigor en los territorios descubiertos y conquistados por España. Las partidas distinguían entre la arrogación que correspondía a personas no sometidas a patria potestad, y la adopción, aplicable a las personas sujetas a la potestad de otro, subdividida en adopción plena y perfecta, y menos plena e imperfecta. Sus normas estaban basadas en el derecho romano.

El código de Napoleón reguló la adopción pero exigió condiciones difíciles. Requería 50 años en el adoptante, que tuviera 15 años más que el adoptado, y haberlo atendido durante su minoridad; era contractual y necesitaba consentimiento del adoptado, que debía ser mayor de edad. Solo se exceptuaba de estos requisitos a la adopción remuneratoria, que podía tener lugar cuando el adoptado había salvado la vida del adoptante; y la testamentaria, sometida a las formas de los testamentos, pero que requería que el causante hubiese tenido bajo tutela al adoptado por lo menos durante cinco (5) años. Esta legislación francesa fue un fracaso, precisamente por haber

excluido de ella a los menores. En 1923 se suprimió la adopción remuneratoria y se permitió la adopción de menores. Actualmente la adopción se acepta en casi todo los Estados, con excepción de Haití, Paraguay y otros. (Monroy: 2010 página 126)

## Marco Conceptual

En el presente capítulo se encontrarán dos apartes relacionados el uno con la conceptualización acerca de la adopción y el otro acerca de la familia. No se pretende con ello agotar el tema sino traer unas definiciones básicas que introduzcan el análisis del derecho de los niños y niñas a gozar de una familia en relación con la adopción cuando éstos han sido criados en hogares de familiares o no, en donde se han generado lazos afectivos y relaciones de responsabilidad como si de hecho se conviviera en una familia de origen, con las afectaciones que pueden traer para un niño o niña que reconoce una familia como propia sin serlo, ya que el único mecanismo legal es la adopción, sin embargo, como as adelante se observa, no es este el mecanismo más ágil para garantizar este derecho.

### Acerca de la adopción

Según las doctoras María Garcés y Carmen Palacios en un estudio realizado para la Fundación Antonio Restrepo Barco,

“la palabra adopción proviene del latín Ad-opto, “optar”, referida a 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 como una medida de protección 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”

Según ponencia del doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo para la corte suprema de justicia el 3 de noviembre de 2004:

“La adopción es una institución que, como pocas, hunde sus raíces en la ancestral memoria de la humanidad, la cual, por diversas razones que van desde lo religioso, hasta lo político, pasando por las económicas o las estrictamente familiares y sociales, le dio carta de naturaleza a un nuevo tipo de parentesco, lato sensu: el civil, de suyo distinto de los de consanguinidad y afinidad, pero que, por una ficción legal, hace las veces de aquél, pues el adoptado, para todos los efectos establecidos en la Ley moderna, se considera que desciende del mismo tronco o raíz”

Efectivamente, a los motivos de tipo religioso que, ab initio, ordinariamente le abrieron paso a la adopción, pues se trataba de mantener el culto doméstico, o a los antepasados, le siguieron unos de tipo político, con fines especialmente dinásticos, según aconteció entre los griegos y la propia civitas romana, así como otros de orden familiar- para perpetuar una estirpe, o remediar la situación de los otrora llamados hijos naturales-, o económico-para conceder derechos sucesorales-, e inclusive militares y más recientemente de tipo social, con el confesado propósito de brindarle el abrigo de una familia a la niñez abandonada, razones todas a las que subyace otra de no menor importancia, consistente en otorgarle el don de la paternidad a quienes la naturaleza había impedido propagar la especie. Por ello, de antaño, se sentenció que la adopción es el acto legítimo por el cual, a imitación de la naturaleza, nos procuramos hijos (adoptio est legitimus actus, naturam imitans, quo liberos nobis quaerimus). (Sentencia C-2687/2005)

A estas motivaciones, sin embargo, se enfrentaron- en el pasado- diversos argumentos para combatir la adopción, fundamentalmente referidos a que, por ese camino se afectaba la institución familiar erigida en el matrimonio y, como consecuencia, se atentaba contra los derechos de los hijos habidos en él. Además, era cuestión intrincada que la Ley, ministerio fictio,

pudiera eliminar los lazos de sangre del adoptado, pues, al fin de cuentas, la adopción no provocaba más que una agnación artificial.

De allí, entonces, que la adopción, en ciertos estadios jurídicos, se hubiere bifurcado en dos tipos, una que preserva la filiación de sangre, y otra que desmembraba al adoptado de su trono natural. Así por vía de ilustrativo ejemplo, el derecho romano, que en un comienzo distinguió entre la *adrogatio* y la *datio in adoptionem*, según que el adoptado se encontrara o no sometido a algún tipo de potestad, particularizó, en tiempos de Justiniano-a quien de paso se le debe su simplificación-, entre la *adoptio plena*, que le otorgaba al adoptante (en todo caso perteneciente al mismo tronco) la *patria potestad* sobre el adoptado, quien se desligaba de su familia originaria, y la *adoptio minus plena* (esta si realizada por un extraño), que dejaba vigentes los lazos de consanguinidad, con todo lo que a ese parentesco correspondía, pero que hacía surgir, en forma paralela, una relación filial adicional entre adoptante y adoptivo, para efectos sucesorales de éste respecto de aquel.

Esta distinción sobrevivió al desuso que acusó la adopción, muy especialmente desde la Edad media tardía a pesar de que el prohijamiento aparece regulado en las Siete Partidas, Partida Cuarta, según el cual se “recibe por hijo, o por nieto o por bisnieto, aquel que no lo es carnalmente”- hasta mucho después de la revolución francesa, para emerger en el siglo XX como una figura que no solo proporcionaba solución a aquellas parejas impedidas para procrear, sino también a los niños huérfanos de las posguerras, a quienes se debía dispensar un hogar, en inequívoca corroboración de su cometido social, ya apuntado” (Sentencia C-2687/2005)

## Acerca de la familia

El concepto de familia ha estado asociado a la historia misma de la humanidad. Según Monroy Cabra, (2012)

*“La institución de la familia ha evolucionado desde el clan, la gran familia romana sometida a la autoridad del pater familias y la pequeña familia actual formada por el núcleo paterno-familiar. La importancia política era primordial en la etapa del clan, las tribus, la gens romana y las fratrias griegas; la función económica fue esencial en la familia romana, en donde el paterfamilias era el único sujeto de derechos patrimoniales hasta la revolución industrial producida a partir del siglo XIX, y actualmente, en que la función primordial de la familia es la procreación y educación de los hijos, así como la asistencia moral y espiritual de todos sus integrantes”.* (Monroy, p. 18)

De la familia se dice que es la célula fundamental de la sociedad, o núcleo de convivencia básico de las personas, porque a ella se le han asignado funciones básicas de procreación, socialización primaria y la satisfacción de necesidades básicas afectivas, económicas, psicológicas y sociales. Históricamente la familia se ha organizado para ello, configurándose como una estructura social que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros, los cuales implican responsabilidades y derechos. Cualquiera que sea la forma de organización y estructura de la familia, de ésta se espera que cumpla con las funciones antes señaladas. Sin embargo, la familia como espacio vital y de sobrevivencia del ser humano ha evolucionado al igual que la sociedad, siendo un reflejo de ella.



Las familias en Colombia se han transformado durante los últimos tiempos, de la mano de la realidad histórica, social, económica y política del país. Sus grandes transformaciones se relacionan con el desarrollo económico del país y el ingreso de las mujeres al mercado laboral, el control de la natalidad, los grandes avances en la educación en cuanto a acceso a en todos los niveles, la institución del matrimonio civil como forma legal de contraer matrimonio y la institución del divorcio, las rupturas y recomposiciones de las parejas, el país que a mediados del siglo pasado fuera mayoritariamente rural se transformó en urbano debido en buena parte a la violencia sociopolítica, y con ello se transformó la vida de las ciudades. Las familias empezaron a compartir sus funciones de socialización y crianza de los hijos pequeños con otras instituciones como las guarderías, hogares infantiles o comunitarios. Se configuran nuevas formas de estructura familiar, de tal manera que coexisten familias nucleares, extensas, nucleares con un solo padre, las familias recompuestas y las familias mixtas, donde se generan vínculos de solidaridad y redes sociales y de parentesco, como apoyo al cumplimiento de las funciones de las familias convirtiéndose éstas en importantes unidades de supervivencia.

Sin embargo, pese al contexto anterior, subsiste una preocupación relacionada con la legislación acerca de la familia en Colombia, como lo afirma Juanita Barreto, (Barreto Gama, 1998)

“la legislación familiar colombiana es homogenizante, en cuanto mantiene una imagen única de estructura familiar como modelo, excluyendo en la práctica y del imaginario social, otras alternativas de conformación familiar a las cuales se resiste a conferirles legitimidad social. En tal sentido puede

afirmarse que desconoce la realidad de la diversidad regional y sociocultural del país, desconociendo condiciones ampliamente demostradas sobre la variedad de formas y criterios de constitución familiar en el territorio nacional, haciendo caso omiso de la diversidad de opciones de los sujetos ante la construcción de sus relaciones filiales, fraternas y conyugales.” (Barreto, 1998).

Puede presumirse justamente, que uno de los elementos homogenizantes es el de la adopción, que se otorga obedeciendo a un proceso largo, rígido y riguroso, que desconoce en muchos casos las situaciones particulares y el contexto que rodea la crianza de niños que pueden ser o no provenientes de familiares o parientes, cercanos o lejanos, una costumbre o alternativa producto precisamente de la solidaridad y respuesta de las redes de apoyo de las familias en la búsqueda de la sobrevivencia. Nos referimos a los hijos de crianza, como al niño o niña que sin ser hijo biológico ha crecido en un familia que ha asumido para él, los roles y funciones como si fuera su hijo biológico, en un acto que bien puede denominarse “adopción de hecho”. No existe en el país un mecanismo diferente al proceso administrativo de restablecimiento de derechos que adelantan las defensorías de familia y que terminan con una medida de adoptabilidad, para que un hijo que ha crecido en el seno de una familia y se reconoce como hijo de hecho o crianza, tenga como primera opción la legalización de su situación, sin correr el riesgo de que conforme a los criterios de estos profesionales o los jueces de familia determinen la legalidad del proceso. Ese es el debate que justamente se dará en el capítulo siguiente sobre la adopción de hecho.

## Marco Legal

El código civil de 1.850

En Colombia a partir de 1850 se acogió la adopción utilizando como norma rectora la legislación española. Al expedirse el Código Civil, éste tomó la adopción del Estado Soberano de Cundinamarca. Se consideraba la adopción como un contrato solemne que se tramitaba con licencia del juez, y se otorgaba escritura pública que debían firmar el adoptante, el adoptado, el juez, el notario y dos testigos, y en caso de que el adoptante 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. Los requisitos para celebrar este contrato solemne eran los siguientes:

1. Que no estuviera bajo el poder o dependencia de otra persona
2. Se excluía a los menores, a los interdictos por demencia, por prodigalidad o por sordomudez.
3. La mujer casada podía adoptar conjuntamente con su marido, o con el consentimiento de éste podía adoptar ella si era mayor de 21 años
4. El adoptante debía ser mayor de edad
5. Que el adoptante fuera 15 años mayor que el adoptado.
6. El adoptante no debía tener descendientes legítimos.

7. El adoptante debía ser del mismo sexo del adoptado, pero se permitía la adopción conjunta por cónyuges.

8. Para el caso del tutor o curador que quisiera adoptar al pupilo que había estado a su cuidado se exigía: a) que el pupilo fuera mayor de 18 años, y b) que el guardador se le hubieran aprobado sus cuentas y estuviese a paz y salvo por su administración.

A continuación se describen las características y diferentes efectos que surgen a partir de la adopción en el código civil de 1850:

a. Generaba parentesco civil entre el adoptante o adoptantes y el adoptado, pero este parentesco no pasaba de las respectivas personas.

b. Originaba impedimentos, pues era nulo el matrimonio contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptado y la madre adoptante, o la mujer que había sido esposa del adoptante.

c. Padres e hijos adoptivos se debían alimentos necesarios.

d. El hijo adoptivo menor de 21 años, o la hija adoptiva menor de 18 años, debían pedir permiso a sus padres adoptantes para contraer matrimonio.

e. El adoptante y el adoptado adquirirían respectivamente los derechos y obligaciones del padre, madre e hijos legítimos. Si el adoptado estaba bajo el poder de tutor o curador, salía de él y quedaba bajo la patria potestad del padre adoptante, o bajo la tutela o curaduría de la madre adoptante.

f. En materia sucesoria, el artículo 282 decía que “El hijo adoptivo puede heredar al padre por testamento en caso de que no haya ascendientes legítimos, y si los hubiere, sólo tendrá derecho a una décima parte de los bienes, pero el adoptante en ningún caso podrá ser heredero del adoptado”. En

cuanto a la sucesión del adoptado por el adoptante, el artículo 282 del Código Civil decía: “el adoptante en ningún caso podrá ser heredero del adoptado”

Las causales de terminación de una adopción eran las siguientes:

- a. Por revocación
- b. Por la muerte del adoptante o del adoptado
- c. Porque el adoptante tuviera descendencia legítima.

Ley 140 de 1960

Esta Ley sustituyó el Título XIII del Libro Primero del Código Civil, pero siguió su misma línea. Cambia el requisito de la edad del adoptante ligándolo a la capacidad, es decir a los 18 años de edad. Según esta normativa, no se oponía a la adopción que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos. El hijo natural reconocido no puede ser adoptado por su padre o madre.

Los requisitos para adoptar de los cuales esta norma habla son los siguientes:

1. La adopción debía hacerse con conocimiento de causa, una vez obtenida se otorgaba ante notario la escritura de adopción que se firmaba por el adoptante, el adoptado o la persona que hubiera dado la autorización. Debía registrarse, de lo contrario no surtía efecto.

2. El tutor o curador no podía adoptar a su pupilo menor de 18 años, ni antes que le haya sido aprobada la cuenta de su administración.

3. En materia Sucesoral, los derechos hereditarios del hijo adoptivo en concurrencia con los hijos legítimos era la mitad de lo que correspondía a un hijo legítimo. No habiendo hijos legítimos, el adoptado concurría con los ascendientes, hijos naturales y cónyuges y heredaba como si fuese un hijo natural. Si no había ascendientes, le correspondía la misma cuota que un hijo natural. Si concurría con el cónyuge heredaba la mitad; si no había hijos naturales ni cónyuge, la herencia se distribuía por mitad con los hermanos legítimos o naturales.

4. El adoptante no tenía derecho hereditario en la sucesión del adoptado, pero el adoptado mayor de 18 años podía instituir al adoptante en la porción de bienes de que pueda disponer libremente.

Las causales de terminación eran las siguientes:

- a. El mutuo acuerdo de los interesados capaces
- b. La aprobación judicial siempre que concurrieran las causales de desheredamiento si alguno fuere incapaz
- c. La revocación por parte del padre por las causales de desheredamiento debidamente probadas.
- d. El juez podía poner fin a la adopción mientras el adoptante fuere menor de edad, si lo juzgaba conveniente para el menor, siempre con audiencia del defensor de menores.

Esta Ley presenta una característica específica sobre el parentesco y es que la adopción sólo establece parentesco entre el adoptante y el adoptivo este último continuaba formando parte de su familia de origen conservando en ella sus derechos y obligaciones.

#### Ley 75 de 1968

Esta norma tiene una gran relevancia para la institución de la adopción debido a que por medio de ella se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se dictan normas sobre la filiación y se modifican algunos artículos del Código Civil.

Artículo 27. El artículo 272 del código Civil quedará así:

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

Artículo 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 16 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 (2) 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 esta produce todos sus efectos legales.

#### Ley 5 de 1975

La Ley 5 de 1975, modificó el título XIII del Libro primero del Código Civil. Las características para adoptar según esta norma:

1. 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 un menor de 18 años.
2. La adopción no se opone a que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos.
3. Sólo podían adoptarse menores de 18 años, salvo que el adoptante hubiera tenido el cuidado personal del adoptable antes de que este cumpliera tal edad.
4. El marido y la mujer pueden adoptar conjuntamente, siempre que uno de ellos sea mayor de 25 años.
5. 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 este que haya venido administrando.



6. 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 de uno de los cónyuges podrá ser adoptado por el otro.

7. 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.

8. A falta de 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.

9. 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.

10. 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.

11. El adoptivo llevará como apellido el del adoptante, salvo que el padre o la madre de sangre hayan consentido la adopción y se convenga en que el adoptivo conserve su apellido original, al que podrá agregar el del adoptante.

Esta Ley clasifica la adopción en dos clases:

1. Adopción Simple: En este evento el adoptado continúa formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones.

a. Solo establece parentesco entre el adoptante, el adoptado y los hijos de este.

b. Podría convertirse en adopción plena si así lo solicitaba el adoptante.

2. Adopción plena: El adoptado cesa de pertenecer a su familia de sangre, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9 del artículo 140. En consecuencia:
- a. Carecen los padres y demás parientes de sangre de todo derecho sobre la persona y bienes del adoptivo.
  - b. No podrá ejercerse la acción de impugnación de la maternidad, ni la de la reclamación de estado, ni reconocimiento o acción alguna encaminada a establecer la filiación de sangre del adoptivo. cualquier declaración o fallo a este respecto carece de valor.
  - c. La adopción plena establece relaciones de parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de este.

#### Ley 29 de 1982

Esta Ley no habla ciertamente de la adopción, pero sí establece un cambio importante en el concepto de los efectos de la filiación, pues equipara los derechos sucesorales de los hijos legítimos, extramatrimoniales y los adoptivos, es decir, que hay igualdad de derechos independientemente de cuál sea el origen de su filiación.

#### Decreto Especial 2737 de 1989 o Código del Menor

En el decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, 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. (Decreto 2737 de 1989)

Esta norma tiene ciertas características específicas que fueron las que en sí cambiaron las características de las demás normas anteriormente enunciadas tales como:

- a. No se opone a la adopción que el adoptante tenga o haya tenido o llegue a tener hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos.
- b. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de este.
- c. Solo podrán adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de abandono o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres o autorizada por el defensor de familia cuando el menor no se encuentre en situación de abandono y carezca de representante legal.

El decreto 2737 de 1989 en su artículo 31 establece que un menor se encontraba en situación de abandono o de peligro cuando:

1. Fuere expósito.
2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, haya de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.
3. No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituto en que hubiere ingresado, por las personas a quienes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación.
4. Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando unos u otros lo toleren.

5. Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutarán en su presencia.
6. Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social.
7. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio, o en cualesquiera otros motivos.

### La convención de los derechos del niño

A partir de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1989, ratificada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, los Estados se obligan a adoptar las medidas administrativas, sociales y educativas de orden legislativo, apropiadas para reconocer a los niños y niñas de su territorio como sujetos de derecho y protegerlos contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, maltrato o explotaciones incluido el abuso sexual.

La Convención reconoce a los niños como sujetos de derechos y lo hace reconocible como persona igual en lo general, diferente en lo propio y específico en lo infantil. Tiende a integrar lo que las clásicas filosofías y doctrinas jurídicas separaban como “irregulares” e “infractores”, “niños normales” y “fuera de norma”. La Convención puede señalarse como la que exige pero al mismo tiempo posibilita una concepción integrada. Integra desde el niño y así proyecta el lugar de los encargados de la crianza. (Restrepo: 2000, p.125)

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido, además se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas. De esta manera, el artículo 3° de la Convención en sus numerales 1 y 2, proyecta la relación entre interés superior del niño y políticas públicas, expresadas de la siguiente manera:

1. En 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 la que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

#### La Constitución Nacional de 1991

La Constitución como norma de normas, plasma los derechos fundamentales de los niños basándose en la convención de los derechos del niño de la siguiente forma:

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: 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 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, secuestro, 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.

Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

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

El código de la infancia y la adolescencia define la adopción como una medida de restablecimiento de derechos al tenor de su artículo 53 y señala en su artículo 61 que es 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. .

Este concepto que presenta la Ley tiene como finalidad principal la de restablecer la integridad, la dignidad y los derechos que le fueron vulnerados a el niño, niña o adolescente. La responsabilidad es asignada al Estado por medio de la Ley y a través de las autoridades públicas, en este caso, es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la entidad encargada de desarrollar los diferentes programas de adopción y entre otras instituciones que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) autorice para el desarrollo de planes y programas de adopción.

Debido proceso de la adopción según la Ley 1098:

1. Adopción de menores. Solo pueden adoptarse:
  - a. Los menores de dieciocho (18) años declarados en situación de adoptabilidad.
  - b. Los menores cuya adopción hubiere sido consentida previamente por sus padres (Artículo 63)
  
2. Adopción de mayores:
  - a. El artículo 69 dice que se permite la adopción de mayores de edad, cuando el adoptable hubiera tenido su cuidado personal y haya convivido con él bajo el mismo techo, por lo menos por 2 años antes de que este hubiera cumplido los dieciocho (18) años. En este caso se adelanta un proceso ante el Juez de Familia.
  - b. Si el menor tiene bienes, la adopción se hace con las formalidades exigidas para los guardadores (artículo 63)

### 3. Adopción del niño, niña o adolescente indígena.

El artículo 70 dice sobre esto:

Atendiendo las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas, la adopción de un niño, una niña o un adolescente indígena, cuando los adoptantes sean miembros de su propia comunidad procederá de acuerdo con sus usos y costumbre. Pero, cuando los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad del niño, niña o adolescente indígena, la adopción procede mediante consulta previa y con el concepto favorable de las autoridades de la comunidad de origen y se realiza de acuerdo con las normas del Código de Infancia.



## **Proceso y Efectos Jurídicos de la Adopción**

### Declaración de Adoptabilidad

Según el artículo 98 define que la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia. Dentro de los 20 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.

### Efectos jurídicos de la homologación de declaración de adoptabilidad

Según el artículo 108 del Código de Infancia 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 el término antes señalado, el Defensor de Familia debe remitir el expediente al Juez de familia para su homologación.

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.

### Efectos jurídicos de la adopción

De acuerdo con el artículo 64 la adopción produce los siguientes efectos:

1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones del 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 ellos, 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 Civil.
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.

## Acciones de reclamación

El artículo 65 establece estas reglas:

1. Nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo,
2. El adoptivo puede promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del Estado Civil que le corresponda respecto de sus padres biológicos, únicamente para demostrar que quienes pasaban por tales, al momento de la adopción no lo eran en realidad,
3. La prosperidad de las pretensiones del adoptivo en este caso, no extinguirá los efectos de la adopción, salvo declaración judicial que la ordene y previo el consentimiento del adoptivo. El adoptante deberá ser oído en el proceso.

### 4.5 Consentimiento

1. Concepto. El artículo 66 define el consentimiento como “la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad”.
2. Competencia. El consentimiento se presta ante el Defensor de Familia quien los debe informar sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales.
3. Requisitos. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:
  - A. que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
  - B. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Además, el consentimiento debe ser idóneo constitucionalmente y este requisito se cumple “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 (1) mes después del día del parto”.

D. Falta del padre o la madre para prestar el consentimiento. Se entiende para estos efectos que falta el 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.

E. Invalidez del consentimiento. No tiene validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco es válido 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.

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

Los adolescentes deben 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 tiene validez si se manifiesta en forma libre e informal. En este caso deben estar asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el ministerio público.

G. Adopción de menor al cuidado de familia distinta a la de origen. El párrafo del artículo 67 expresa que si alguna persona o pareja quiere adoptar al niño que está al cuidado de la familia distinta a la de origen y cumple con las condiciones de adoptabilidad, podrá hacerlo a menos que la familia que tiene el cuidado del niño, niña o adolescente, decida adoptarlo.

#### Requisitos para adoptar

El artículo 68 del Código de Infancia establece estos requisitos para la adopción individual o conjunta:

- a. Quien siendo capaz haya cumplido veinticinco (25) años de edad
- b. que tenga al menos quince (15) años más que el adoptable
- c. Que garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al n
- d. niño, niña o adolescente.

Las personas que pueden adoptar son las siguientes:

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

#### 4.6 Prioridad para adoptantes colombianos

El artículo 71 del Código de la Infancia establece la prioridad para las solicitudes de colombianos. Si hay una familia colombiana residente en Colombia o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la familia Colombiana, y si hay dos familias extranjeras una de un Estado que no haya adherido a la convención de la Haya o a otro convenio de carácter bilateral o multilateral, se privilegia aquella del Estado parte en dicho convenio

## Las Cifras Existentes sobre la Adopción en Colombia

Según el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad gubernamental responsable de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos a través de las autoridades administrativas que son los defensores de familia y conforme a las medidas establecidas que pueden conllevar a la adopción como último mecanismo posterior a haber agotado todas las instancias del proceso, se presentan unas estadísticas a partir del año 1997 al 2015, (aclarándose que antes del 97 no se tiene acceso a cifras consolidadas).

Tabla No. 1 Niños, niñas y adolescentes dados en adopción entre los años de 1997 a marzo 31 de 2015

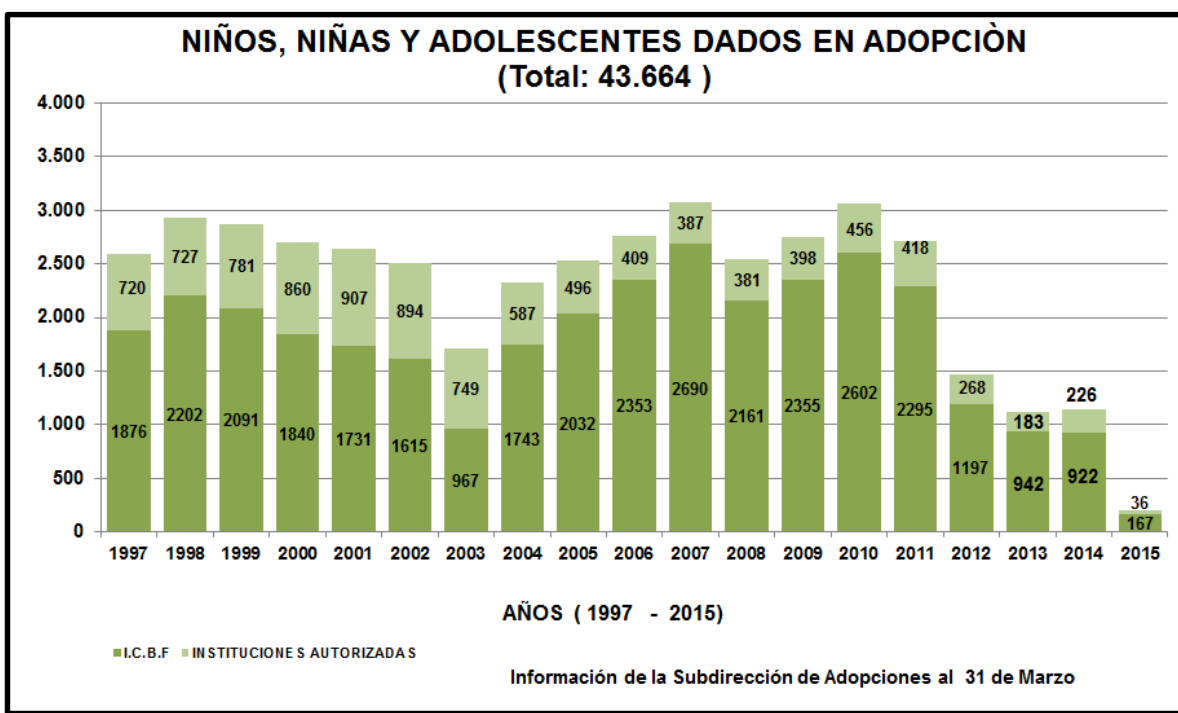
NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES DADOS EN ADOPCIÓN ENTRE LOS AÑOS DE 1997 AL 31 DE MARZO DE 2015.				
No	AÑO	I.C.B.F	INSTITUCIONES AUTORIZADAS	TOTAL
1	1997	1.876	720	2.596
2	1998	2.202	727	2.929
3	1999	2.091	781	2.872
4	2000	1.840	860	2.700
5	2001	1.731	907	2.638
6	2002	1.615	894	2.509

NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES DADOS EN ADOPCIÓN ENTRE LOS AÑOS DE 1997 AL 31 DE MARZO DE 2015.				
No .	AÑO	I.C.B.F	INSTITUCIONES AUTORIZADAS	TOTAL
7	2003	967	749	1.716
8	2004	1.743	587	2.330
9	2005	2.032	496	2.528
10	2006	2.353	409	2.762
11	2007	2.690	387	3.077
12	2008	2.161	381	2.542
13	2009	2.355	398	2.753
14	2010	2.602	456	3.058
15	2011	2.295	418	2.713
16	2012	1.197	268	1.465
17	2013	942	183	1.125
18	2014	922	226	1148
19	2015	167	36	203
TOTAL		33.781	9.883	43.664
Fecha del Informe: al 31 de marzo de 2015.				

Fuente: ICBF Subdirección de Protección, en [www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co)



Figura No. 2 Niños, niñas y adolescentes dados en adopción durante los años 1997 a marzo 31 de 2015



Fuente: ICBF Subdirección de Protección, en [www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co)

Como puede observarse, entre los años 1997 al 2011 se presenta una constante similar de número de casos de adopción al año, con un importante incremento en los años 2007 y 2010, sin embargo, a partir del 2012 se da un decrecimiento de casos, lo cual se vio evidentemente afectado por las determinaciones de la sentencia T-844 del mismo año, la cual obliga la búsqueda de familia extensa hasta el 9 grado de consanguinidad. Según lo manifestado por funcionarios del ICBF, los procesos de adopción se daban de manera lenta, prácticamente no había límites de tiempo, los niños podían pasar años creciendo en instituciones u hogares sustitutos sin que se definiera realmente su situación. Las adopciones se daban más ágilmente cuando el niño era muy pequeño y expósito o había un consentimiento para la adopción, lo cual era más común a través de casas de

adopción existentes como FANA o CRAN, donde se protegía a las madres con voluntad de dar su hijo en adopción una vez naciera, las cuales generalmente establecían contactos con agencias extranjeras.

Hacia el año 2006 en adelante y conforme a las nuevas determinaciones de la Ley de Infancia que establece tiempos para la toma de medida de parte de los defensores de familia, se debe iniciar un ejercicio de fortalecimiento a las defensorías de familia con el fin de dar respuesta a los requerimientos del nuevo código y ello significó agilizar los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, por esta razón entre los años 2007 y 2010 se dio un incremento de casos, simplemente producto del ejercicio de descongestión y de definición de procesos que reposaban en archivos, como por ejemplo relacionados con los casos de niños y niñas en situación de discapacidad y de difícil adoptabilidad por su condición y su edad.

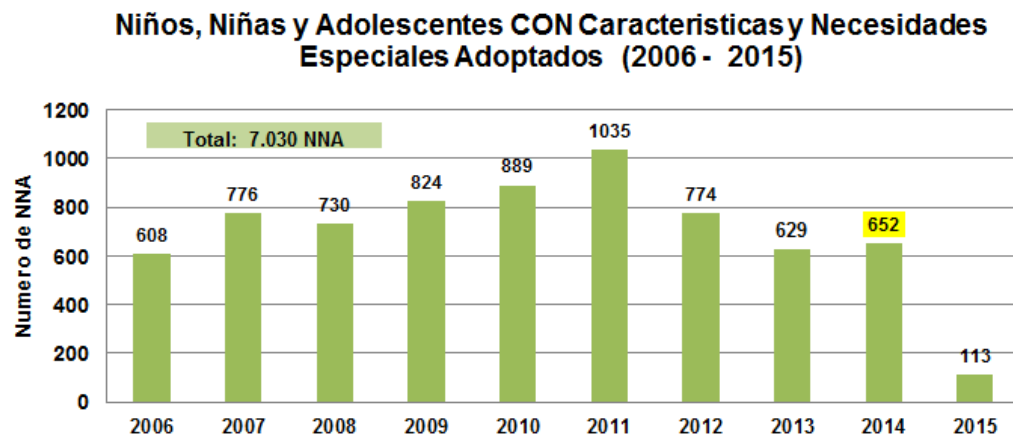
Con la sentencia T-844 de 2012 se presenta un decrecimiento del número de casos que culminaban con declaratoria de adoptabilidad, ya que obliga al defensor de familia y al equipo de profesionales a adelantar un proceso metódico de búsqueda de familia extensa como requisito que debe agotarse, hasta el noveno grado de consanguinidad, pues seguramente con este antecedente, ningún juez homologará el proceso si no observa la búsqueda suficiente de familia extensa, aun a riesgo de que el niño pierda la oportunidad y el goce de su derecho a una familia desde temprana edad. El mismo procedimiento se aplica entonces a todos los niños y niñas, incluso aquellos que podrían denominarse como los que habiendo crecido en un hogar de crianza, sus cuidadores decidían convertirse en sus legítimos padres mediante la adopción, habiéndose constituido ya un fuerte vínculo afectivo.

En los últimos años el ICBF entrega una estadística diferenciada a partir de la expedición de la Ley de Infancia, de la siguiente forma;

Tabla No. 2 Niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales adoptados entre 2006-2015

DESCRIPCIÓN	AÑOS										TOTAL
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
Niños/as y Adolescentes CON Características y Necesidades Especiales Adoptados	608	776	730	824	889	1035	774	629	652	113	7.030

Figura No. 3 Niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales adoptados entre 2006-2015



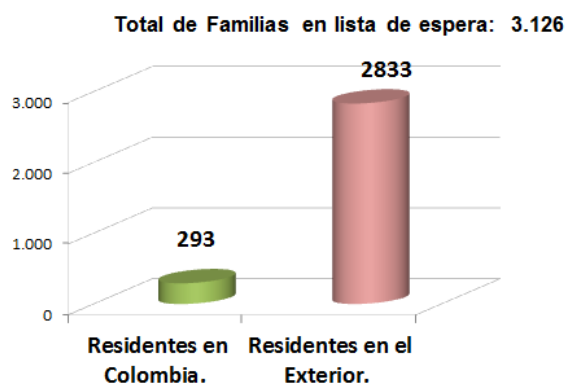
Información de la Subdirección de Adopciones al 31 de Marzo de 2015.

La figura anterior muestra el comportamiento de las adopciones de niños y niñas con características especiales, referida a niños con algún tipo de discapacidad o mayor de 8 años cuando se le considera de difícil adopción, ya que las familias prefieren niños pequeños. Obsérvese

que el mayor pico se dio en el año 2011, con la preocupación de lograr que aquellos niños y niñas en condiciones especiales y que probablemente habían crecido en algún hogar sustituto o institución, tuvieran la oportunidad de tener una familia. Se priorizaron entonces diversas estrategias para promover la adopción, como las vacaciones de verano donde los niños y niñas mayores de 8 años con medida de adoptabilidad, asisten vacaciones en el extranjero durante un corto periodo con el fin de compartir con familias que se ofrecen como voluntarias para albergarlos, resultado de ello, niños de “difícil adopción” han logrado encontrar familias, así mismo sucede con los hogares amigos, denominados de esta manera por ser una familia que dentro del país se ofrece para asumir el cuidado en algunas épocas como vacaciones o fines de semana y comparten con los niños y niñas en sus propias casas, luego de un proceso riguroso de selección, para garantizar su seguridad mutua, muchas de ellas con miras a la adopción, es decir, con la posibilidad de conocerse y posteriormente decidir la adopción.

Figura No. 4 Familias que se encuentran en lista de espera

**FAMILIAS RESIDENTES EN COLOMBIA Y EN EL EXTERIOR QUE SE ENCUENTRAN EN LISTA DE ESPERA.**



La información acerca de la procedencia de las familias, permite inferir que si la lista de espera de parte de familias extranjeras es abrumadoramente mayoritaria, es porque se ha disminuido el número de niños y niñas adoptados por familias extranjeras, porque es política del ICBF durante

los últimos años, privilegiar las familias nacionales para dar niños y niñas en adopción, aunque suelen ser las extranjeras las que mayor disposición tienen para adoptar niños con características especiales. Por otro lado, es importante recalcar, que las familias extranjeras por opción de vida deciden no tener hijos biológicos y en cambio adoptarlos de países como Colombia, países de Europa donde las tasas de natalidad son muy bajas, privilegian la adopción de niños y niñas sin importar su raza o condición, cuestión que no sucede con las familias colombianas. La reflexión en este punto se refiere entonces a la posibilidad de la adopción de parte de aquellas familias en cuyo seno se han albergado niños y han sido criados como sus propios hijos e hijas, en tanto que ya hay un vínculo afectivo creado y debería entonces tener predilección y agilidad para que el niño o niña no se crezca en busca de familia extensa o sea adoptado por una familia extranjera, sufriendo un niño o niña el desarraigo de sus costumbres, la pérdida de su identidad cultural y con su territorio y su país.

## **El Debate Legal sobre la Adopción de Hecho en Colombia**

La crianza de los niños y las niñas puede definirse como el ejercicio socializador en el que padres y madres o adultos significativos que asumen este rol, modelan para sus hijos, exponen sus valores y cultura, diseñan reglas y normas conforme a unas costumbres socialmente aprendidas. Este ejercicio supone las relaciones de acompañamiento de los padres, los cuidados, el afecto, la protección, el apoyo, la seguridad, el estímulo al desarrollo de las etapas de vida del niño y niña, y la formación de su personalidad. (Gómez: 2015)

Un niño o niña no biológico se convierte en hijo de crianza cuando se acoge en el seno de una familia cualquiera que sea su configuración y se asume con respecto a él, los mismos roles en cuanto a la crianza, cuidado y protección. Y unido a lo anterior, por los lazos afectivos que se generan en esta relación con los adultos padre y madre y demás adultos significativos y cuidadores; lazos que se forman a través de las demostraciones de afecto, amor, compañía, que crean procesos de identidad en los niños y niñas y les hacen justamente sentirse y reconocerse como parte de esa familia, padre, madre, hermanos, que lo acogen reconociéndole como un miembro más.

Cuando la situación anteriormente descrita se da, surgen lazos afectivos que se van generando en el ejercicio de la crianza, de la asunción de responsabilidades de parte de unos padres que se asumen en todo sentido como tal, sin embargo, al ser solamente una responsabilidad paternal y maternal de hecho, no hay una responsabilidad ante la ley, por el contrario, podría acarrear problemas ante la ley, cuando no se justifica la existencia o permanencia de un niño en el seno de una familia que biológicamente no es la suya, generando con ello la angustia de los niños que no reconocen otra familia que esta donde ha crecido, se ha formado e identificado como parte de una unidad y parte de una comunidad y un contexto social.

Las anteriores consideraciones y conflictos de intereses deben apreciarse en relación al principio fundamental, a la hora de declarar a un niño, niña o adolescente en estado de adoptabilidad, “*el interés superior del niño*” y cómo debe interpretarse, pues aquí podríamos decir que entran en conflicto el derecho de los padres a mantener a su hijo dentro de su núcleo familiar, pero para otros entes, estos padres no están capacitados por razones económicas o políticas según el Estado.

No obstante, debe prevalecer el interés superior del menor sobre el derecho a no ser separado de su familia, para ser entregado a otra económicamente o moralmente capacitada para criarlo. El interés superior del menor también se aplica según la interpretación que se haga del mismo. Así lo interpreta la jurisprudencia chilena en un caso concreto donde se pretende definir si el menor se queda con la familia que lo adoptó o le es restituido a la madre biológica que lo entregó poco después de nacer.

Para el derecho resulta más importante brindarle comodidades económicas a los niños, niñas o adolescentes que la garantía del amor que recibirán de sus progenitores, pues es claro que “en el derecho occidental, los códigos civil, los códigos de comercio, las constituciones políticas y demás paquetes normativos si brillan por la ausencia de lo emocional, lo hacen más al hacer alusión al tema del amor como un factor jurídico, donde predominan los bienes, las obligaciones, las instituciones y la política, evadiendo todo vínculo con lo netamente sentimental y limitándose a lo estrictamente positivo: el contrato, la obligación establecida entre las partes o en la Ley, el cumplimiento de los mandatos por convicción o por miedo, no importa.

No obstante esta dureza que ha caracterizado al Derecho ha ido cediendo a los requerimientos sociales que reclaman la integridad del ser humano en sus aspectos físicos, económicos y sociales, pero también espirituales y emocionales” (Arango, 2013, p.34)

La validez de esta práctica de declarar en estado de adoptabilidad a niños, niñas y adolescentes solo por pertenecer a familias con dificultades económicas, sociales o políticas, originadas en conflictos bélicos, guerras u otros, queda en duda, pues no se puede considerar válida una interpretación pobre en argumento y que contradice el espíritu de la norma, pues esta no se proclamó para desintegrar familias.

La interpretación debe ser de la manera más acorde al derecho y al principio del interés superior del menor, teniendo en cuenta el alcance legal del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, todo lo anterior teniendo el niño, niña o adolescente como un sujeto de



derechos y no como objeto de los mismos, pues según la corte interamericana de derechos humanos *“los niños no sólo son sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho”* (Aguilar. 2008, p.13)

Cuando entra la institucionalidad y los mecanismos legales a operar, no queda otra opción a la familia que iniciar un proceso de adopción a veces largo y dispendioso para entrar a probar su idoneidad para asumir la paternidad y maternidad, idoneidad que hasta ahora durante ese proceso de crianza probablemente no ha sido cuestionada por nadie, afectando incluso la estabilidad afectiva del niño o niña, cuando para corresponder con los procesos administrativos se debe dar curso a una serie de valoraciones psicológicas y sociales.

Según la ley colombiana, una adopción puede ser determinada cuando se presenta un caso en el cual se ha criado a un niño o niña asumiéndose todas las responsabilidades con respecto a su manutención, cuidados, protección y afecto, ayuda mucho, si en el proceso de restablecimiento de derechos los padres o familia hasta el 9 grado de consanguinidad (sentencia T-844/2012) si la hubiera, otorgan un consentimiento para la adopción, muchas veces, este tipo de búsqueda de familia en la que incurre un defensor de familia con el ánimo de agotar el debido proceso, hace que la adopción sea una medida difícil de decretar, larga, dispendiosa y agotadora y muchas parejas o personas declinan de la intención de hacerlo; sin embargo, estos requisitos prefiere agotarlos el defensor de familia, con el ánimo de que pueda finalmente su medida ser homologada por un juez. Se aclara sobre este asunto, que no necesariamente la búsqueda de familia es garantía de que un niño o niña va a ser ubicado en la misma, que ésta sea garante de

derechos o que pueda incluso llegar a ser la familia ideal, habiéndose ya configurado lazos afectivos que pesan con mayor fuerza a la hora de decidir la medida. Sobre todo, cuando hay una discriminación hacia el niño o niña, en tanto éste no lleva los apellidos de quienes ejercen de hecho como padre y madre, en el sistema educativo deberán demostrar su parentesco, en el sistema de salud con mayor razón y ante el sistema de protección puede incluso hasta retirarse el niño o niña del núcleo familiar de crianza.

Podríamos concluir, que en nuestro país los funcionarios apenas ahora están entrando en el respaldo a la tesis protectora y defensora de derechos humanos, que el Estado tiene muy buena voluntad, políticas y planes para apoyar a la niñez vulnerable y que las malas prácticas se reducen a la interpretación muy general que realizan algunos funcionarios.

Así las cosas, la norma constitucional aplicable a los niños, niñas y adolescentes en casos de restablecimientos de derechos tiene un deber ser que difiere de cada caso, lo que permitiría que el funcionario intérprete para cada situación en concreto, requiriendo verificar qué aspectos se tienen en cuenta o qué razones fundamente que un caso sea diferente a otro.

O habría que entrar a ponderar entre los derechos de los padres y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y en ese caso la juridización entendida como la implementación de los principios del Estado de Derecho y no solo como la norma escrita, debe prevalecer pues estos últimos son sujetos de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico, como sujeto individual, dejando de lado la familia como un colectivo también sujeto de derechos.

Una mirada limitada a la legislación colombiana sobre la clasificación de los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos (L. 29/82, art. 1°), dejaría inmediatamente por fuera la figura del hijo de crianza, haciendo inviable esta investigación en virtud del principio de legalidad. A lo anterior podría sumarse el hecho de que la filiación y el estado civil son de orden público y por ende de competencia exclusiva del legislador, lo que terminaría por enterrar toda pretensión de reivindicar una figura jurídica de tal naturaleza, desarrollada por vía jurisprudencial

Por tanto nos encontramos, pues, ante un caso fácil. Diego López Medina (2007), dice que un caso fácil se presenta cuando existe una “situación de isonomía” entre la norma y el hecho, lo que permite subsumirlo perfectamente en la hipótesis fáctica prevista en la proposición normativa. Basta con afirmar que la Ley no prevé la figura del hijo de crianza para afirmar que ésta no existe. Sin embargo, esta perspectiva implica la asunción de una postura hermética, cerrada e inmóvil del Derecho, en el que éste es concebido como monopolio del legislador, reduciendo la totalidad del derecho a la totalidad de la ley. Asumir este presupuesto epistemológico, correspondiente al modelo teórico de la Exégesis francesa de mediados de siglo XIX, sería algo parecido a regresar a la teoría geocéntrica en la astronomía. Afortunadamente para nosotros no hace falta una *De revolutionibus orbium coelestium* (Nicolás Copérnico (1543), *De las revoluciones de las esferas celestes*. Danzing), ni necesitamos de un giro copernicano en el campo del derecho para la superación de ideas jurídicas obsoletas, puesto que ya se dio: en 1899, con la publicación de la *Méthode de François Geny*, se firmó la partida de defunción de una Exégesis agonizante que había demostrado su incapacidad para dar respuesta a las necesidades de una realidad social sustancialmente distinta a la de la expedición del Code, luego

de casi un siglo de inmovilidad interpretativa y petrificación del derecho. No existe en la actualidad una Teoría del Derecho que promedie el derecho a la legislación, por ello la afirmación del hijo de crianza se asumiría como un caso difícil. Un caso es difícil o complicado cuando: i) no existe una norma aplicable al caso, o, por el contrario, ii) hay conflicto entre diversas normas que lo regulan; también se da en los casos en que existe una norma con iii) diversas interpretaciones, o con iv) supuestos de hecho o v) consecuencias de derecho múltiples. (Robert Alexy (1978), Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica (pp. 23 y 216) Madrid, Centro de estudios constitucionales. En la jurisprudencia colombiana reciente encontramos un gran número de sentencias en las que vemos a los jueces reseñar al hijo de crianza, no como una figura meramente ficticia, sino que en algunas ocasiones se le ha dado un tratamiento jurídico de sujeto de derechos y obligaciones en relación con sus padres de crianza, procedente del dogma de una realidad social en la que la familia va más allá del parentesco sanguíneo o civil, atendiendo en este caso al vínculo afectivo y a la posesión notoria del estado de hijo de crianza, y que por ello nos hace pensar que dicha figura es más que una fantasía jurisprudencial para constituirse como una realidad. Constan casos en los que se ha reconocido la prevalencia de los derechos del hijo de crianza sobre los trámites administrativos e incluso sobre los derechos de los padres biológicos, con fundamento en el interés superior del menor. También existen casos en donde se han reconocido los derechos de los padres de crianza a reclamar perjuicios morales en casos de responsabilidad estatal, pensión de sobrevivientes, subsidio familiar, y a ser preferidos en el proceso de adopción como padres adoptantes del menor. Es de utilidad la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de abril de 1953, magistrado ponente Alfonso Bonilla Gutiérrez,

Gaceta Judicial, Tomo 74, páginas 578-618: 9 “[T]res son los requisitos indispensables para configurar la posesión [notoria] del estado civil de hijo natural: 1º Que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; 2º que los deudos y amigos del padre o madre o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento; y 3º que las relaciones de tal género entre el padre o madre e hijo y la reputación aludida hayan durado diez años, al menos, en forma continua” (G.J., T. LXXIV, p. 592). Esto se traduce en los tres requisitos o elementos de la posesión notoria del estado civil: 1º Trato (padre-hijo), 2º Fama (deudos, vecinos) y 3º Tiempo (10 años -hoy 5 años, a partir de la Ley 75 de 1968-). Ninguno de los primeros dos requisitos por sí solos, aun cumpliendo el requisito del tiempo, es idóneo por sí para probar la posesión notoria del estado civil. “Es absolutamente necesario que la reputación [o fama] sea consecuencia del trato y asistencia que el presunto padre le haya dado al hijo. Los dos primeros requisitos son, pues, inseparables (...) Igualmente, para establecer la prueba de posesión del estado de hijo natural, es condición esencial que la doble situación comentada [trato y fama] haya tenido una duración mínima de diez años continuos” (hoy 5 años) (G.J., T. LXXIV, p. 593).

El negocio jurídico de la adopción, en nuestra legislación, no es de forma libre sino impuesta, o, en términos de nuestro Código Civil, es solemne y de sujetos calificados. Es solemne en cuanto a que la adopción se lleva mediante un trámite administrativo que inicia con un proceso de restablecimiento de derechos, llevado por el Defensor de Familia, seguido por un acto administrativo en donde se decreta la adoptabilidad, que únicamente puede ser proferido por el Defensor de Familia. Concluido esto, se inicia un trámite judicial en donde mediante apoderado

se presenta la demanda de adopción, que termina con sentencia. Este consentimiento es una manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo (a) por parte de quienes ejercen la patria potestad, el cual debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. No todas las personas son aptas para adoptar, el código de Infancia y adolescencia establece ciertos requisitos que por el contrario, la relación de prohijamiento de crianza no tiene ningún efecto legal en la medida en que no está regulada en la legislación; por ende, todo efecto jurídico que los jueces imputen, será un efecto extra-legal.

#### Análisis Normativo Comparativo en: Argentina, Colombia, Uruguay

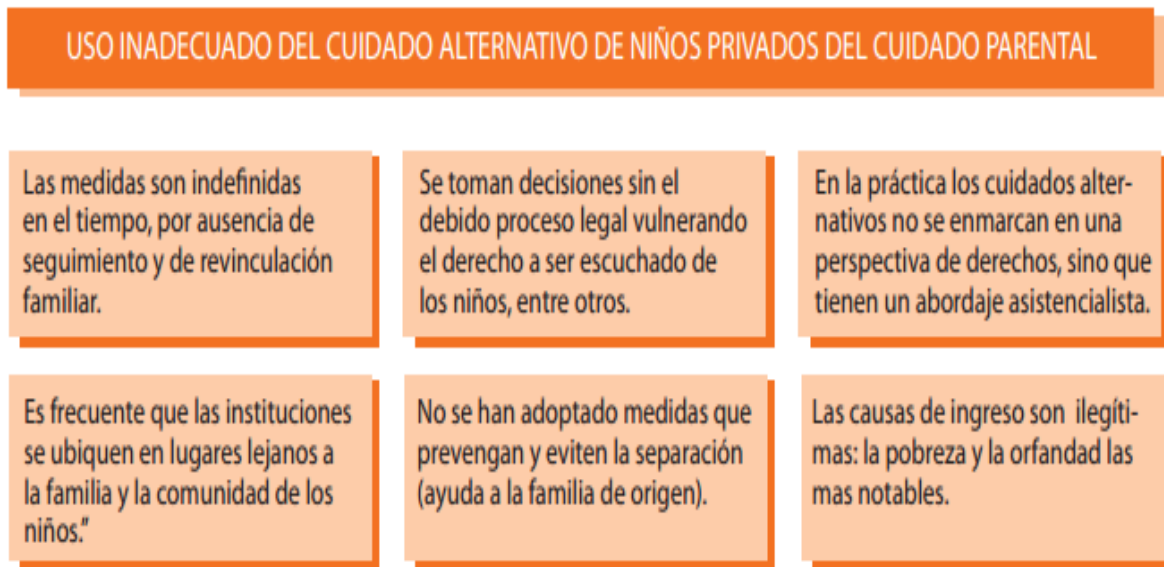
Como quiera que no existe una definición exacta y compartida a nivel latinoamericano con respecto a la denominación del “hijo de crianza” como está establecido en la Ley de Infancia colombiana, el presente análisis pretende ser una aproximación a la problemática común que genera la pérdida del cuidado parental y por consiguiente la existencia de niños y niñas bajo el cuidado de personas diferentes a padre y madre como sus responsables inmediatos, algunas veces con sus familias extensas más cercanas, otras veces con familias solidarias, familias de crianza, hogares de cuidado u hogares sustitutos o instituciones. Se hace el énfasis en las medidas que asume el sistema legal de estos países, para hallar similitudes y desencuentros, incluso aprendizajes, en el tema que ocupa esta monografía y que nos permitirá hacer aportes a la discusión de la adopción de hecho, de los hijos que han crecido en el seno de una familia que lo ha acogido de manera solidaria y con quien se han establecido vínculos afectivos. Se toman como referencia estos tres países teniendo en cuenta los avances con respecto a la norma y los

principios establecidos de solidaridad familiar, acogimiento familiar, vinculados a las formas de prevención, atención y restablecimiento de derechos.

Inicialmente se plantea una situación que ha venido sucediendo en el tiempo con la aparición de las políticas sociales asistenciales a finales de los años 60 y que se han venido fortaleciendo con la firma de la Convención de los Derechos del Niños en el año de 1990 y la consecuente aparición como parte de dicho compromiso, de la formulación de normas a manera de códigos de infancia para todos los países, con unos antecedentes importantes para el caso de Uruguay(1934) y Colombia(1988), y que representa a partir de la Convención y para el caso de Colombia, la adopción de dicha norma en la Constitución Nacional y la garantía del cumplimiento de sus postulados como países parte. Es ganancia también la formulación de programas y políticas territoriales con el ánimo de garantizar la protección integral de los menores de edad.

Lo que se observa en común, además, es que, ante la separación de los niños y niñas del medio familiar, independientemente de la situación que la origina, se privilegia el medio familiar, más en Argentina y Uruguay que en Colombia, como respuesta a las formas al uso inadecuado de las medidas institucionales básicamente, incluso planteándose en estos otros dos países la posibilidad de la adopción de parte de las familias que han ejercido el cuidado de los niños y niñas.

Figura No. 5 El mal uso del cuidado alternativo de niños y niñas



Fuente: Relaf. Documento Latinoamericano | 2. ¿Cuántos son y dónde están los niños y niñas sin cuidados parentales?, 2010

Expertos de Colombia resaltan que muchos niños transcurren su niñez y cumplen la mayoría de edad en instituciones de protección con lo que esto puede significar, en términos psicosociales, de construcción de lazos afectivos y de capacidades para la vida que les permitan su inclusión social. En comparación con los países de Argentina y Uruguay, Colombia no deja aún el viejo modelo de los hogares sustitutos, mientras en los otros dos países se ha dado predilección a las medidas en acogimiento familiar, privilegiando siempre la posibilidad del vínculo afectivo, el cual difícilmente se crea en instituciones como hogares sustitutos o instituciones especializadas de protección.



Figura No. 6 Cantidad de niños institucionalizados en América latina. Por país



Fuente: Relaf. Documento Latinoamericano | 2. ¿Cuántos son y dónde están los niños y niñas sin cuidados parentales?, 2010

Tabla No. 3 Esquema de la responsabilidad estatal

	Ley 26061/2005 de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes	Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia	<b>Acogimiento familiar:</b> <i>“El acogimiento familiar es una práctica que hace posible la convivencia familiar de niños cuyas familias de origen no están en condiciones de asumirla. La familia acogedora se hace responsable por el cuidado del niño sin mediar vinculación filiatoria pero ejerciendo todas las obligaciones propias al cuidado. El Acogimiento familiar puede ser definido como un tipo de cuidado basado en la familia, que incluye al niño para su cuidado, sin alterar significativamente la rutina familiar. La familia continúa con su dinámica y estructura cotidiana responsabilizándose, por el tiempo que sea necesario, por la protección integral del niño. Generalmente, el niño permanece en acogimiento familiar hasta que se reintegra a su familia de origen tras haber superado las causas que dieron origen a la separación. Según se define en las Directrices, el “acogimiento por familiares” es el que se realiza en el ámbito de la familia extensa del niño, o con amigos íntimos de la familia conocidos del niño.</i>
	Ley 1098/2006 Código de Infancia y Adolescencia	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	<b>Familia de crianza.</b> Surge cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por otra familia, durante un lapso considerable, que ha permitido desarrollar vínculos afectivos recíprocos, de tal magnitud que separarlos implicaría afectar la estabilidad

			<p>psicológica y emocional del menor. (Corte Constitucional, sentencia C – 577 2011). Capítulo 2 57 Es la familia que se constituye de relaciones en las que el menor ha desarrollado vínculos de afecto y dependencia con personas con las que no tiene vínculos biológicos derivados por el hecho físico del nacimiento y sin que se haya llevado a cabo el trámite de adopción; de esta definición provienen los hijos y los padres de crianza. (ParraJ. 2008). La existencia de estas familias es reconocida en el Código de la Infancia y la Adolescencia, (Ley 1098 de 2006, artículo 67), a la que la doctrina también ha denominado familia solidaria. (QuirozA. 2011, p. 47.) La diferencia entre las familias adoptivas y las familias de crianza es el trámite jurídico de adopción que reglamenta cada legislación, razón por la que nada obsta para aplicar los criterios sobre el desarrollo psicológico de las familias adoptivas a las familias de crianza, en lo atinente al afecto y el apoyo económico.</p>
	Ley 18590 de 2009 Código de la Niñez y la adolescencia	Instituto del Niño y el Adolescente	<p><b>Hogares de cuidado. Acogimiento familiar. Familias de Acogimiento Alternativo.</b> El Acogimiento Familiar es un proceso que posibilita el derecho que todo niño/a o adolescente tiene a vivir en familia, cuando existen impedimentos para hacerlo en la propia. El Programa estimula el desarrollo de la persona en el marco del respeto de su identidad y sus vínculos afectivos; previniendo su institucionalización</p>

			(internación). Es un recurso de apoyo temporal en situaciones en que la convivencia con la familia origen no es posible, por tanto, se trata de asegurar el desarrollo del niño, niña o adolescente en un entorno familiar manteniéndose la relación con la familia de origen. Finaliza cuando ese apoyo temporal deja de ser necesario, previa decisión de la autoridad competente. Se da a través de los programas Familia Amiga y Programa de Acogimiento Familiar cuyo objetivo planteado por este Programa es la transformación del clásico sistema de “Cuidadoras” en un modelo de Acogida Familiar acorde a los lineamientos de la Convención como garante de Derechos

### Principales problemas de los países asociados a las pérdidas del cuidado parental

El informe latinoamericano sobre la situación de la niñez sin cuidado parental o en riesgo de perderlo en América Latina, señala los siguientes factores que contribuyen a la separación de los niños y niñas de su familia de origen, asuntos comunes presentados en los países de América Latina:

- Pobreza y problemáticas políticas, económicas y sociales
- Problemáticas políticas y económicas

- Conflictos bélicos, desplazamiento forzado, reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en grupos armados al margen de la ley.
- Migración y su efecto sobre la pérdida de cuidados parentales
- Problemáticas sociales y culturales
- Desnutrición
- Desempleo, subempleo e informalidad
- Trabajo infantil, mendicidad y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.
- Acceso a la vivienda, viviendas en condiciones subnormales y hacinamiento.
- Nivel educativo
- Adicciones, consumo y tráfico de SPA.
- Violencia intrafamiliar, maltrato infantil.
- Incidencia de HIV y las dificultades de acceso a la salud pública.
- Orfandad y abandono.
- Origen étnico de la población.
- Discapacidad y abandono.
- Desastres naturales.

Tabla No. 4 Medidas de protección y su aplicación

<b>País</b>	<b>Medidas de protección</b>	<b>Ámbito de aplicación</b>
<b>Argentina Ley 26061</b>	Art. 37.- MEDIDAS DE PROTECCION. Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo	Art. 41. APLICACION. Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios: a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros

País	Medidas de protección	Ámbito de aplicación
	<p>escolar; c) Asistencia integral a la embarazada; d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; g) Asistencia económica. La presente enunciación no es taxativa.</p> <p>Art. 39.- MEDIDAS EXCEPCIONALES. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.</p> <p>Art. 42- Formas alternativas de convivencia. Cuando medie inexistencia o privación del grupo familiar de pertenencia, las medidas de protección consisten en la búsqueda e individualización de alternativas para que niñas, niños y adolescentes convivan con personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o</p>	<p>de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes; b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente; c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes; d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos; e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad; f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.</p>

País	Medidas de protección	Ámbito de aplicación
	con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, en todos los casos y teniendo en cuenta la opinión de niños, niñas y adolescentes.	
<b>Colombia</b> <b>Ley 1098/06</b> <b>de Infancia y</b> <b>Adolescencia</b>	<p>Art. 53. Medidas de restablecimiento de derechos. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas: 1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico. 2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado. 3. Ubicación inmediata en medio familiar. 4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso. 5. La adopción. 6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. 7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.</p> <p>Art. 56. UBICACIÓN EN MEDIO FAMILIAR. &lt;Artículo modificado por el artículo 217 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:&gt; 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.</p>	<p>“... la preservación del derecho de los niños a no ser separados de su familia, así como la salvaguarda constitucional del grupo familiar frente a injerencias arbitrarias por parte del Estado, se traslada a la familia de crianza cuandoquiera que el menor ha desarrollado con ésta vínculos de afecto y dependencia cuya perturbación afectaría su interés superior. Es decir, cuando el derecho del menor a la familia ha circunscrito su ámbito de protección al grupo familiar de crianza, y ha operado el cese correlativo de la presunción a favor de la familia biológica, el Estado debe abstenerse de intervenir en las relaciones familiares de hecho, salvo que medien circunstancias que, como las señaladas, hagan prever que el menor no se desarrollará adecuadamente en su seno. Si la familia de crianza no presenta ninguna de las circunstancias que se indican, las autoridades de Bienestar Familiar deberán abstenerse, en virtud del interés superior del menor, de perturbar las relaciones intrafamiliares dentro de dicha familia de crianza, mucho más si como consecuencia de sus actuaciones, el menor resulta separado de tal núcleo de parientes”. (Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2004). Este criterio ha sido reiterado en múltiples sentencias de la Corte Constitucional, tales como las sentencias T-497 del 13 de mayo de 2005, magistrado ponente</p>

País	Medidas de protección	Ámbito de aplicación
	<p>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 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.</p> <p>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.</p> <p><b>Art. 67. SOLIDARIDAD FAMILIAR.</b> (Familia de crianza) El Estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos. En tal caso no se modifica el parentesco.</p> <p><b>PARÁGRAFO.</b> Si alguna persona o pareja quiere adoptar al niño que está al cuidado de la familia distinta a la de origen y cumple con las condiciones de adoptabilidad, que exige el código, podrá hacerlo, a menos que la familia</p>	<p>Rodrigo Escobar Gil y T-844 del 8 de noviembre de 2011, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Y respecto a la protección de los menores que no crecen en el seno de su familia biológica, pero se les debe garantizar el derecho a la unidad familiar, así sea en una familia de hecho, ha dicho la corte Constitucional: “El niño tiene derecho a que se le preste solidaridad. Y es ilógico que si un niño está ubicado concretamente en un hogar que solidariamente le brinda protección, funcionarios del Estado desubiquen al menor con la disculpa de buscarle una ubicación abstracta. Esta actitud incoherente atenta contra la solidaridad objetiva y va en contra del Estado Social de Derecho”. (Corte Constitucional, sentencia T- 217 de 1994</p>



País	Medidas de protección	Ámbito de aplicación
	que tiene el cuidado del niño, niña o adolescente, decida adoptarlo.	
<p><b>Uruguay</b>  <b>Ley 1783/04,</b>  <b>modificada</b>  <b>por</b>  <b>Ley 18590 y</b>  <b>Ley 19</b>  <b>Código de la</b>  <b>Niñez y la</b>  <b>Adolescencia</b></p>	<p>"ARTÍCULO 132.1. (Medidas provisionales).- El Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) tomará las medidas de asistencia material que el estado del niño, niña o adolescente requiera y comunicará la situación al Juez dentro de las veinticuatro horas siguientes de haber tomado conocimiento de la situación, quien dentro de las veinticuatro horas siguientes de recibir dicha comunicación dispondrá las medidas cautelares que correspondan (artículos 311 a 316 del Código General del Proceso).</p> <p>Las mismas consistirán en integrar al niño, niña o adolescente siguiendo un orden preferencial que no podrá dejar de observarse salvo motivos fundados en el interés superior del niño. En todos los casos deberá siempre ser oído el niño, niña o adolescente en el marco de la autonomía progresiva de la voluntad.</p> <p>Dicho orden preferencial será el siguiente:</p> <p>A) Un integrante de su familia biológica o extensa con quienes el niño, niña o adolescente haya efectivamente desarrollado vínculos significativos. La guarda material del niño, niña o adolescente en el marco de las medidas provisionales no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2.</p> <p>B) Inserción provisional en una familia seleccionada del Registro Único de Aspirantes por el INAU, de acuerdo con lo previsto por el literal D) del inciso segundo del artículo 158 de este Código. Se prevendrá a la familia</p>	<p>La nueva Ley de Adopción del Uruguay<sup>12</sup> modifica algunos artículos del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley alineada con la CDN) relacionados con el cuidado de los niños sin el cuidado de sus padres o en riesgo de ser separados de ellos. La propuesta contenida en esta Ley mejora significativamente la efectiva subsidiariedad de la adopción al enfatizar la prioridad de garantizar medidas de apoyo que eviten la separación de la familia de origen. Recién ante la comprobación efectiva del fracaso de estas medidas de ayuda procede la separación. Frente a la separación, la Ley propone medidas de inclusión en otra familia: familia ampliada, familias de acogimiento o, por último, familias con fines de adopción, especificando que se debe evitar la institucionalización. También la Ley especifica plazos máximos para la inclusión en instituciones: 45 días para los niños de hasta 2 años y 90 días para los niños de 2 a 7 años. Otorga un plazo de 2 años al INAU -Instituto del Niño y del Adolescente de ese país-, para el cumplimiento efectivo de estos objetivos. En esta Ley se especifica, también, la garantía del derecho a ser oído por parte del niño que va a ser dado en adopción; el derecho a ser informado en edad temprana; la posibilidad de que mantenga vínculos con su familia de origen en los casos en que estos vínculos sean significativos, y orienta hacia la adopción conjunta de grupos de hermanos. La familia de origen adquiere protagonismo en</p>

País	Medidas de protección	Ámbito de aplicación
	<p>seleccionada de la posibilidad de que en definitiva el niño, niña o adolescente no resulte pasible de ser adoptado, en cuyo caso dicha familia mantendrá su ordinal en el Registro Único de Aspirantes. La guarda material del niño, niña o adolescente no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2.</p> <p>C) Inserción provisional en una familia de acogida de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de este Código. La guarda material del niño, niña o adolescente por la familia de acogida no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2.</p> <p>D) El último recurso y por el menor tiempo posible será la internación provisional. Procederá únicamente cuando el interés superior del niño, niña o adolescente lo requiera, por tratarse de circunstancias de hecho excepcionales.</p>	<p>esta Ley, ya que se establece también un mecanismo de acompañamiento y asistencia en la toma de la decisión respecto de la renuncia y la expresión de la voluntad de entrega para la adopción. También en esta Ley se refuerza el principio de subsidiariedad de la adopción internacional, priorizando la adopción por parte de familias uruguayas y condicionando la adopción de familias extranjeras a una permanencia de seis meses en ese país.</p>

## Conclusiones y Recomendaciones

Este acápite es la síntesis de un proceso investigativo sobre la figura del *prohijamiento de crianza*, que tuvo como análisis preliminar el desarrollo histórico de la figura precitada, su tratamiento legislativo punto el cual no es pacífico a razón de su vacío respecto del tema y a su vez el desarrollo jurisprudencial que será de mayor relevancia para el caso ya que es la vía más eficiente de acoplar esta realidad social lo que brinda una dinámica jurídica al llenar los vacíos legales de una visión legislativa sesgada, lo cual permite proteger de manera efectiva los derechos fundamentales de los niños y niñas, posibilitando el goce efectivo de los mismos.

Los niños y niñas que han tenido una crianza de facto en familias donde no comparten lazos consanguíneos o civiles derivados del negocio jurídico de la adopción pero que si comparten un lazo afectivo y que en virtud del mismos se derivan derechos y obligaciones en igualdad con los demás hijos, son llamados hijos de crianza, este modelo de familias goza de especial de protección por vía jurisprudencial, la cual es definida de la siguiente manera:

*“la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de*

*hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley.” (Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2013).*

Como resultado del análisis sobre el anterior párrafo, se extrae elementos que son de vital importancia para el fin de este acápite, ya que referencia la existencia de la familia de crianza, disímil a aquellas familias que no surgen a partir de lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, asistencia, ejercicio de la autoridad parental, comprensión y protección, lo que atiende a las características substanciales del concepto de familia. Al mismo tiempo, el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. (Corte Constitucional, sentencia T-572 de 2009)

El siguiente aspecto aborda el cómo acreditar el *status* hijo de crianza por medio de la posesión notoria, elemento probatorio frente a la situación de facto que se viene desarrollando. De ahí que la Corte Suprema de Justicia, haya dado tratamiento al tema en antiquísima jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de abril de 1953, magistrado ponente Alfonso Bonilla Gutiérrez, Gaceta Judicial, Tomo 74, páginas 578-618:

“[T]res son los requisitos indispensables para configurar la posesión [notoria] del estado civil de hijo natural: i) Que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; ii) que los deudos y amigos del padre o madre o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento; y iii) que las relaciones de tal género entre el padre o madre e hijo y la reputación aludida hayan durado diez años (hoy cinco años), al menos, en forma continua” (G.J., T. LXXIV, p. 592).

Ninguno de los primeros dos requisitos por sí solos, aun cumpliendo el requisito del tiempo, es idóneo por sí para probar la posesión notoria del estado civil. “Es absolutamente necesario que la reputación [o fama] sea consecuencia del trato y asistencia que el presunto padre le haya dado al hijo. Los dos primeros requisitos son, pues, inseparables (...) Igualmente, para establecer la prueba de posesión del estado de hijo natural, es condición esencial que la doble situación comentada [trato y fama] haya tenido una duración mínima de diez años continuos” (G.J., T. LXXIV, p. 593)

En relación con la igualdad entre los hijos integrantes del núcleo familiar, tiene asidero en el Artículo 42 de la *norma normarum*, y el reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia sobre la

igualdad de derechos y el deber de protección estatal de la familia, y de la existencia y validez del vínculo de parentesco que nace entre padres e hijos de crianza, el ordenamiento Superior también se ocupa de garantizar la igualdad entre los integrantes de un mismo núcleo familiar. (Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2013)

De igual suerte el Artículo 44 del ordenamiento jurídico Superior establece que los menores de edad se les garantizaran los derechos consagrados en la Constitución, la Ley y demás derechos contenidos en los convenios ratificados por Colombia esto en concordancia con el Artículo 13 de la misma norma que contiene el derecho a la Igualdad que debe gozar el menor. Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 2011:

*“tratándose de los hijos, no procede aplicar el mismo régimen al que están sometidas las relaciones de pareja, ya que en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad, porque, en relación con los hijos, ‘no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial’”.*

De lo anterior se logra abstraer que el tratamiento igualitario, se debe predicar de los hijos de crianza con respecto de los demás integrantes de la familia, generando una situación legítima entre las partes, que es reforzada por los vínculos afectivos y demás características naturales de esta relación, de manera igualitaria de aquellos que tengan una relación natural o jurídica.

Una vez definidos ciertos puntos respecto del tema, hay que realizar la distinción sobre la adopción como negocio jurídico y el *prohijamiento de crianza* lo cual se hace necesario para diferenciar y dejar entre visto el vacío legal existente entre la primera respecto de la segunda.

La principal diferencia de la adopción es que este constituye un negocio jurídico y no es una relación de facto como en el *prohijamiento por crianza*, donde se crea un vínculo jurídico entre adoptante y adoptivo, creando un marco de obligaciones entre ambas partes. En cuanto la adopción es solemne y se lleva mediante un trámite administrativo que inicia con un proceso de restablecimiento de derechos, llevado por el Defensor de Familia, seguido por un acto administrativo en donde se decreta la adoptabilidad, que únicamente puede ser proferido por el Defensor de Familia. Concluido esto, se inicia un trámite judicial en donde mediante apoderado se presenta la demanda de adopción, que termina con sentencia (Acosta & Araujo, pág. 11 s.f)

En contraste con lo anterior al *prohijamiento de crianza* es la relación de facto surgida entre padre(s) (crianza) con hijo de crianza donde no se parte de una situación jurídica sino de un hecho o realidad careciendo de causa a la luz del negocio jurídico ya que no se identifica función social ni economía en estricto sentido dentro del sistema legal, por otra parte no es legalmente celebrada, no obstante este escenario no debe tener un tratamiento aislado del Derecho, a razón que el mismo es creado a partir de la realidad social, aunque gracias al desarrollo que por vía jurisprudencial se le ha dado, el vacío legal existente cierra la brecha frente a este punto.

Se ha logrado observar que la figura del *prohijamiento por crianza* ha tenido un desarrollo jurisprudencial al subyacer el vacío legal frente a tal realidad social, pero que ha sido meritorio ya que brinda elementos que equiparan los derechos del hijos de crianza respecto de los demás dentro del núcleo familiar, permitiendo acceder a todos los beneficios que se tendrían por vínculo natural o jurídico, sin embargo es de extrema importancia que el trámite formal sea adaptado para que incluya esta figura y que no genere perjuicios en la unidad familiar al pasar por engorrosos procedimientos administrativos por el contrario hacerlo expedito y accesible frente a esta realidad social brindado dinamismo jurídico respondiendo a sus mismos fines.

El Estado como ente protector de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes no tiene aún un proceso por medio del cual no se vean afectados los derechos fundamentales de que trata el artículo 44 y 45 de la Constitución Nacional ya que no tiene un elevado interés superior al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido, es por este vacío normativo que el proceso de adopción es el único mecanismo por medio del cual se puede llegar a garantizar los derechos fundamentales del hijo de crianza, dejando de lado las posibilidades administrativas adecuadas que pueden ser usadas para este tipo de casos, con la finalidad de acortar el termino y los requisitos para acceder a la adopción del hijo de crianza.



## **Bibliografía**

Alexy, R. (1978) Teoría de la argumentación jurídica, segunda edición., trad. M. Atienza el. Espejo, Madrid: CEPC.

Betti, E. (1943) Teoría general del negocio jurídico, trad. De A. Martin Pérez, segunda edición. Revista Derecho Privado.

Bonilla E., Rodríguez P. (2000) Más allá del dilema de los métodos, editorial Norma, Bogotá, Salinas, Luz Marina. Investigación cualitativa, módulo de la especialización en prevención del maltrato infantil Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Cardozo, N. y Vargas, D. (2011). La filiación Adoptiva en Colombia enfoque jurisprudencial. Bogotá: Ibáñez Fuhcic.

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts.269 y ss. Abril 15 de 1887 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -577 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-831 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 278-1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara:  
Julio 15 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 523-1992 (M.P. Ciro Angarita Barón:  
Septiembre 18 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 606-2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos:  
Septiembre 02 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-572 DE 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra  
Porto)

Decreto 075 de 1968 [con fuerza de ley]. Por medio del cual se dictan normas sobre filiación y se  
crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Diciembre 30 de 1968.

Decreto 2737 de 1989 [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el código del menor.  
Noviembre 27 de 1989.

Durán Strauch, E. y Valoyes, E. (2009) "Perfil de los niños, niñas y adolescentes sin cuidado  
parental en Colombia", Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud,  
Manizales, Doctorado en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud del Centro de Estudios

Avanzados en Niñez y Juventud de la Universidad de Manizales y el Cinde, vol. 7, núm. 2, (julio-diciembre).

Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el código de infancia y adolescencia. Noviembre 08 de 2006. DO. N°46446.

Monroy Cabra, M. G. (2012). Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Bogotá: Ediciones del profesional.

Restrepo, J. C. (2001) Marco Político y Legal de la Infancia, Módulo de la Especialización en Prevención del Maltrato Infantil, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

#### Internet

Aguilar Cavallo, G. (2013) El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos Estudios Constitucionales 2008, 6 (Sin mes) [en línea] [citado 9 julio. 2013]. Disponible en Internet: <URL <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060110>> ISSN 0718-0195

Aldeas SOS. (2010) Proyecto Relaf, Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar. Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en América latina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, junio; Disponible en Internet: <<https://www.aldeasinfantiles.org.co/getmedia/77c3eb86-e69d-48c9-8298-72453bbb23ab/documento-latinoamericano.pdf>>

Álvarez Vanegas, L.A. (2013) Derechos de los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano. Universidad Nacional de Colombia Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social Bogotá, Colombia. Disponible en Internet: <<http://www.bdigital.unal.edu.co/39921/1/12435431.2013.pd>>

García Arango, G. A. (2013) El derecho a estar solo, a la pareja, a la familia y al amor en Colombia y algunos países de Latinoamérica Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 42 (Enero-Junio) [en línea] [citado 9 julio. 2013]. Disponible en Internet: <URL <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151424089003>> ISSN 0120-3886>

Ley N° 18.590 Código De La Niñez Y La Adolescencia. (2004) Uruguay, en: [http://www.iilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=82620&p\\_country=URY&p\\_count=498](http://www.iilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=82620&p_country=URY&p_count=498)

López, A. y Palummo, J. (2013) UNICEF. Las practicas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en Montevideo. Primera edición: noviembre. Disponible en Internet: <[http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Internados\\_web.pdf](http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Internados_web.pdf)>

Palacios, C. (1999) Justificación de la Necesidad de Reformar la Normatividad sobre Adopción. Bogotá, Noviembre. Disponible en Internet: <[http://www.carmenpalaciosserres.com/docs/informancia/EXP OM.pdf](http://www.carmenpalaciosserres.com/docs/informancia/EXP%20OM.pdf)>

Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar la situación del Acogimiento Familiar en Argentina. (2010, 2011) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, junio. La reimpresión

ha sido posible gracias a la cooperación de UNICEF, junio. Disponible en Internet:  
<[www.relaf.org](http://www.relaf.org)>.

S.f. El Hijo De Crianza En Colombia Disponible en Internet: <<http://www.redsociojuridica.org/escenarios/edicion-6/El-hijo-de-crianza-en-Colombia.pdf> >