

La Adopción Directa como Mecanismo para Garantizar el Restablecimiento de los Derechos
Fundamentales del Menor: Análisis de Derecho Comparado

Tito Martínez Ortiz
Julio Edgar Córdoba Murillo
Elena Casadiego Martínez

Universidad La Gran Colombia
Facultad de Posgrados y Formación Continuada
Especialización Derecho De Familia
Bogotá D.C.
2015

La Adopción Directa como Mecanismo para Garantizar el Restablecimiento de los Derechos
Fundamentales del Menor: Análisis de Derecho Comparado

Tito Martínez Ortiz
Julio Edgar Córdoba Murillo
Elena Casadiego Martínez

Monografía de grado como requisito para optar por el título de especialistas en Derecho de
Familia

Director:
Nicolás Javier Jaramillo Gabanzo
Magister En Sociología

Universidad La Gran Colombia
Facultad De Posgrados Y Formación Continuada
Especialización Derecho De Familia
Bogotá D.C.
2015

Contenido

RESUMEN	3
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	5
PRIMER CAPÍTULO.....	16
APROXIMACIONES TEÓRICAS Y LEGALES SOBRE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA	16
Legislación Vigente.....	16
Historia.	20
Estado del Arte.	29
SEGUNDO CAPITULO.	37
DERECHO COMPARADO DE LA ADOPCIÓN.....	37
Sistema Jurídico-Constitucional Colombiano	38
Problema Jurídico-Constitucional	47
El sistema Jurídico-Constitucional de los Estados Unidos de América	49
Comparación de los sistemas de adopción de Colombia y Estados Unidos De América	54
Abstracción de los contenidos comparados	60
Modelo de solución aplicable en Colombia.....	62
CONCLUSIONES	64
BIBLIOGRAFIA	65

Resumen

El Estado Colombiano concibe la figura de adopción como un mecanismo para materializar el derecho del menor a tener una familia, analizando la normatividad nacional existente así como la doctrina necesarias para resolver el problema jurídico planteado se logró una aproximación real, responsable de los hechos y preocupaciones que enmarcan la adopción. El proceso de adopción contemplado en la legislación colombiana es complejo y no permite la adopción directa.

Aplicando el método del derecho comparado se observó la situación social, político, legal y constitucional de Colombia y la de los Estados Unidos de América, concluyendo que la sociedad estadounidense permite la adopción directa con lo cual garantiza la prevalencia sustancial y procesal de los derechos de niños, niñas y adolescentes, bajo el respeto de la manifestación libre y espontánea de la voluntad ciudadana. Esta investigación arrojó como resultado, la necesidad de que el Estado colombiano integre al proceso la adopción directa o independiente bajo el control Estatal, con el objetivo que los padres biológicos sean parte importante de la solución, lo que se verá reflejado en mejores ciudadanos, libres de rencores, baja autoestima, de creerse un problema social, como también, garantizar a las niñas, niños y adolescentes, el derecho a la familia, al estado civil, conocer su filiación, evitando la alteración del estado civil.

Palabras clave. familia, filiación, alteración ,estado civil, comparado, adopción, directa.

Abstract

The Colombian Government sees the figure of adoption as a mechanism to realize the right of the child to have a family, analyzing existing national regulations as well as the doctrine necessary to resolve the legal problem was achieved an approximation of real, responsible for the facts and concerns surrounding the adoption. The process of adoption referred to in Colombian legislation is complex and not allow the direct adoption. Applying the method of comparative law was constitutional, legal, political, and social situation of Colombia and the of the United States of America, concluding that American society allows the direct adoption which ensures the substantial and procedural prevalence of the rights of children, girls and adolescents, under the event free and spontaneous of the citizen will respect. This research showed as a result, the need that the Colombian State integrated into the process direct or independent adoption under State control, with the aim that the biological parents are an important part of the solution, which will be reflected in better citizens, free from grudges, low self-esteem, believe a social problem, as also, to ensure to girls children and adolescents, the right to the family, civil status, know their parentage, avoiding the alteration of marital status.

Key words: family, filiation, alteration, civil state, comparative, adoption, direct.

Introducción

El Derecho de Familia es el resultado de una construcción socio-histórica y particular que encuentra sus bases en el concepto de la familia como institución cardinal que tiene relevancia para el orden jurídico-social y el poder político. De acuerdo a Ramos (1998), el Derecho de Familia desde un sentido objetivo puede definirse como un conjunto de instituciones, normas, reglas y principios jurídicos que regula las relaciones entre los miembros de una familia; y desde un sentido subjetivo se puede interpretar como los poderes o facultades que tienen su fundamento en las relaciones de los miembros de familia con el objetivo de alcanzar fines superiores a la misma estructura; de esta manera, el Derecho de Familia hace referencia a un conjunto de normas e instituciones de naturaleza jurídica que busca la regulación de las relaciones personales, interpersonales y patrimoniales de los individuos respecto de la familia a la que pertenecen.

En el Derecho de Familia las fuentes del derecho se refieren a aquellas modalidades fácticas en las cuales surge la aplicación de las normas, principios y reglas que gobiernan la familia como institución básica de la sociedad; de acuerdo a López (2005) los principales componentes del Derecho de Familia son el matrimonio, la filiación y la adopción, siendo este último elemento el tema de interés del presente documento. En efecto, cuando se revisan las nociones conceptuales sobre Derecho de Familia se habla de las relaciones que subyacen entre personas por su vínculo matrimonial o carnal, o aquellos vínculos que surgen entre hijos con sus padres, u otros miembros familiares; esta figura es la que se reconoce en el ordenamiento jurídico como parentesco, entendido el mismo como “la relación de familia que existe entre dos

personas” (López, 2005, p. 41), y que puede ser clasificada como de consanguinidad (por vínculo de sangre), o afinidad (por existencia de matrimonio o unión libre).

La adopción tiene “una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo” (Corte Constitucional, 2011). La adopción, además de servir en la protección especial del niño, la niña o el joven, activa el compendio normativo constitucional y legal relacionado con la familia. Por adopción debe entenderse el acto jurídico a través del cual se recibe un hijo que no es natural, una vez cumplidas los requisitos y solemnidades de Ley.

Conforme al artículo 42 de la Carta Política, los hijos(as) adoptados tienen igual de derechos y deberes pues como ha indicado la Corte Constitucional: “hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos tienen el mismo trato” (Corte Constitucional, 2011). En todo caso, se entiende que el fundamento de estas relaciones de parentesco son los derechos fundamentales y prioritarios de los menores, lo cual ha sido descrito por diversos instrumentos y normas.

Ahora bien en un recuento histórico sobre la adopción puede señalarse que esta solo comenzó a tener aplicación positivista en Colombia con la Ley 140 de 1960, modificatoria del Código Civil con estructura regente para la época. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

(ICBF), creado con la revolucionaria ley 75 de 1968, es aún el organismo Estatal competente para conocer del procedimiento de adopción y velar por su respeto.

La primera problemática observada y revisada hace referencia al procedimiento legal aplicable por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para la asignación de menores adoptivos (declarados en situación de abandono), ya que ha sido considerada por expertos en el tema o por quienes lo han realizado como un camino tortuoso por la presión psicológica a que se somete tanto al adoptante como al adoptivo, al punto de considerarse ineficaz e ineficiente por lo prolongado de los trámites administrativos. Los excesivos rigores procedimentales son el segundo punto considerado como problemático en el estudio realizado, ya que si bien, el Estado colombiano, pretende garantizar el derecho a la filiación a partir de la adopción del menor en condición de abandono, la tramitología imperante impide que se le garantice al menor el derecho a la familia.

Si bien, es el norte constitucional y operativo que el Estado propenda por la defensa del interés superior del menor, procurando sea acogido al interior de un núcleo familiar adecuado y se le excluya de actividades mercantilistas para su proceso de adopción, es preocupante de manera suma que en la normatividad colombiana no se haya dado el salto necesario para permitir que mediante la manifestación de la voluntad privada, se establezcan procesos como la adopción directa, acogiendo un sistema de aval judicial para hacer posible que el Representante Legal del menor adoptable escoja al adoptante en aras de restablecer los derechos fundamentales vulnerados por su condición de abandono tal como se ha observado en instituciones jurídicas de diferentes países. Las situaciones anteriores condujeron a los investigadores del presente estudio

a seleccionar al sistema jurídico de Estados Unidos, tomando como referencia el Estado de California, a fin de realizar un análisis de derecho comparado, partiendo de los siguientes interrogantes:

¿Cuáles son las medidas que se deben tomar en Colombia para facilitar el proceso legal de adopción en la medida en que se restauran los derechos fundamentales de los menores abandonados? Y trasladando el planteamiento al derecho comparado es importante preguntarse sobre ¿cuáles son las medidas legales tomadas en el sistema jurídico constitucional estadounidense, para facilitar el proceso legal de adopción y garantizar el derecho fundamental de los menores abandonados?

El presente estudio es desde cualquier vista justificable, ya que la identidad representa uno de los derechos fundamentales que se ha incorporado a las Cartas Políticas de los Estados contemporáneos y, desde el ámbito jurídico, la identidad representa uno de los elementos fundamentales que reconocen a cada persona su individualidad y potencialidad para el desarrollo propio y colectivo a partir del goce y ejercicio de libertades y derechos otorgados (Castellanos, 2011). Por su parte, González (2011, p. 110) describe que el derecho a la identidad está fuertemente relacionado con el desarrollo pleno de los niños y las niñas, y que tradicionalmente ha sido concebido como “un derecho de la personalidad que se vincula con otros derechos derivados de la filiación, tales como el derecho a tener una nacionalidad, los derechos alimentarios, el derecho a mantener un vínculo con los padres, etcétera”.

En el mismo sentido lo manifiesta (Banco Interamericano de Desarrollo, 2000, p. 2) al afirmar que el derecho a la identidad comprende “un atributo de la persona humana, un Derecho Humano absoluto, personal, inalienable e imprescriptible, objeto de protección nacional e internacional”. Entonces, la identidad denota la individualización del sujeto con un conjunto de características y particularidades que hacen que sea especial y único tanto por aspectos cognitivos como socio-culturales y psicofísicos. Para Fernández (1992), el derecho a la identidad supone una “situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene derecho a ser fielmente representado en su proyección social”, y dicha proyección depende del reconocimiento que se haga como persona humana, y de los derechos y garantías reconocidos e implícitos con esa condición.

En este sentido, la adopción directa en Colombia es considerada como un delito contra el estado civil, en opinión de Goldstein (1993) y otros más recientes como García (2011), pertenecen a aquellas infracciones penales que tienden por la protección de la familia, objeto jurídico tutelado por las disposiciones constitucionales y legales. En efecto, el delito contenido en el artículo 238 del Código Penal Colombiano se incorpora en el Título VI Delitos contra la familia. Siendo el Registro Civil un medio para la individualización del sujeto frente al Estado, la sociedad y la familia, así como el reconocimiento de su identidad, pertenencia y origen, el delito de supresión, alteración o suposición del estado civil afecta la condición social de las personas así como sus derechos y responsabilidades:

La adopción irregular de un menor y la alteración del estado civil se consideran delito a la luz del Código Penal Colombiano.

El artículo 232 del cuerpo normativo indica, en su orden que:

“[...]Al que promueva o realice la adopción del menor sin cumplir los requisitos legales correspondientes, o sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción, o utilizando prácticas irregulares lesivas para el menor...”

Así mismo, el artículo 238 *ibídem* condena:

“[...] El que suprima o altere el estado civil de una persona, o haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe...”.

El articulado es claro al señalar que la persona puede incurrir en el delito de adopción irregular de menor de edad cuando (i) promueva o realice la adopción sin cumplir con todos los requisitos exigidos por la Ley (artículos 61-76 y 107-128, Ley 1098 de 2006), (ii) realice la adopción sin la respectiva autorización del ICBF, o (iii) utilizando prácticas que lesionan al menor. Así mismo, si la conducta es realizada con ánimo de lucro o el copartícipe se aprovecha de su investidura o cargo para efectuar la adopción, el delito es agravado aumentando la pena de la mitad a las tres cuartas partes. En este tipo de delito el bien jurídico tutelado corresponde a la familia y los derechos fundamentales del menor.

En el otro extremo de la situación es importante justificar el presente estudio considerando que si bien las características y los casos de trata de personas han sido relacionados con la adopción irregular o directa, este fenómeno jurídico constituye una salida rápida para las madres que pese a su carencia extrema de recursos económicos desean ofrecerles a sus hijos un

futuro y que el Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no le proporciona la facilidad de mejorar su vida a los menores en virtud de las extremas trabas procedimentales.

Las madres que entregan a sus hijos sin que medie el proceso de adopción, generalmente pertenecen a una población donde existe pobreza y en otros casos porque tienen el amargo recuerdo de haber sido abusadas sexualmente, pero que a pesar de estas condiciones buscan ofrecerle al menor un futuro mejor. Este estudio adquiere especial relevancia cuando la evaluación de las leyes sustanciales y procesales vigentes en materia de adopción y su replanteamiento puede constituirse en un referente para la reflexión de su pertinencia, su eficacia, su aplicabilidad y los beneficios o garantías que estas ofrecen en pro de la protección y restablecimiento de los derechos a los menores de edad.

Es así como teniendo en consideración los anteriores conceptos jurídicos, y la problemática expuesta, los autores del presente documento tienen por objetivo general del estudio valorar la posibilidad de implementar en Colombia mecanismos de control judicial utilizados exitosamente por otros estados para hacer efectiva la prevalencia del interés superior del menor en los procesos de adopción, teniendo como interés principal los postulados correspondientes a la adopción directa.

Para la consecución del objetivo propuesto se acudió al Método de Derecho Comparado, a partir de la construcción de propuestas tendientes a que se reglamente en Colombia los procesos de adopción directa que han sido exitosos en otros ordenamientos jurídicos, preferiblemente con mecanismos más expeditos y con procedimientos de validación

institucional que eviten el mercantilismo en dicho proceso. Esta temática que relaciona normatividad y herencia cultural, es abordada con un enfoque de tipo cualitativo, con carácter exploratorio, para comprender la manera cómo las normas sobre adopción en Colombia no son prácticas ni eficientes.

Se podrá así observar, analizar y comprender las normas internacionales para identificar si la estructura de alguna de estas normas podría ser aplicable en el Estado colombiano, mejorando el resultado a corto, mediano y largo plazo en beneficio de los menores adoptados y adoptables, tales como menor tramitología y la exclusión de figuras intervinientes en el proceso sin perder el carácter garantista de la institución de la adopción.

A ejemplo de adopción irregular se cita en el presente estudio, la situación de una menor nacida en Bogotá que es hija biológica de una mujer en caso de extrema pobreza, que para darle un mejor futuro a su hija la entregó a una pareja de desconocidos; estas personas la registraron como su hija en un pueblo de Colombia y en cuyo registro que además es un documento público declararon que dicha menor siendo su hija nació con ayuda de partera, caso fáctico que sirvió de motivación para el análisis desarrollado.

Como fuente fáctica de adopción irregular en Colombia se acudió a la revisión de dos procesos de investigación judicial adelantados por la Fiscalía General de la Nación, sometidos a etapas judiciales de imputaciones, condenas ejecutoriadas o preacuerdos. De igual manera, se involucró como fuente de estudio práctico el caso previamente planteado como motivador de

esta investigación, caso que no ha sido sometido a proceso judicial alguno, analizados a la luz de normas de otros Estados – Naciones.

Para mayor comprensión del estudio realizado, la investigación se definió básicamente por tres (3) valores jurídicos que sirvieron de guía para el desarrollo metodológico de la misma; dichos valores son:

a). El Derecho a la Identidad, del cual la Constitución Política de Colombia menciona: La carta magna referencia como obligación del Estado y la Familia, la protección de los menores. De manera Fundamental estos derechos de los menores refieren a su identidad en cuanto a los elementos que constituyen la identidad como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. (Constitución Política de Colombia, Art. 44,1991)

b). El Derecho a la Familia, por el cual la Constitución Política de Colombia, dice: La Republica de Colombia estableció la Familia como núcleo fundamental de la sociedad, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella, como se observa en el Artículo 22 de la ley 1098 de 2006. (Constitución Política de Colombia Art. 42, 1991)

c). La adopción, del cual el Código Penal, menciona: Mediante la adopción, el Estado pretende brindar medidas de protección a niños en condiciones de vulnerabilidad empleando una ficción jurídica al establecer una relación paterna filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En aprovechamiento irregular de esta figura jurídica son múltiples los casos de

apropiación ilegal (directa) de menores en esta condición de indefensión que violando la norma se registran a nombre de personas que no son sus padres por naturaleza y que incurren en injustos legales tipificados en el ordenamiento penal. (Código Penal, Art. 238).

El estudio realizado se reviste de un valor social y jurídico insoslayable ya que la adopción es un conjunto de elementos que abarcan una serie de regulaciones, alcances, principios que son de gran importancia para el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho y la materialización de cada uno de sus postulados. De igual forma, la vulneración al derecho a una identidad o a la familia cuándo se realiza una adopción irregular puede significar para una persona la invisibilidad y exclusión en determinada sociedad.

Por lo tanto el presente documento se ha estructurado en tres momentos investigativos principales a saber: el primer capítulo denominado aproximaciones teóricas y legales sobre la adopción en Colombia está conformado por un marco conceptual que incluye las precisiones sobre los valores jurídicos enunciados previamente. Así mismo se desarrolló en el primer capítulo el marco histórico de la adopción, el marco normativo estructurado a partir de los postulados constitucionales, las convenciones, la jurisprudencia y las leyes que hacen mención sobre el tema de interés y que fundamentaron el estudio realizado.

El Segundo capítulo denominado análisis de derecho comparado, es el desarrollo de aspectos relacionados con los sistemas jurídicos en relación con la adopción directa o irregular como conducta lícita y como conducta ilícita, comparado con el sistema jurídico Colombiano, describiendo las similitudes y diferencias con el sistema estadounidense. Como categoría

exploratoria este segundo capítulo abrirá nuevos horizontes jurídicos para la realización de otras investigaciones, propendiendo por la creación de modificaciones en el derecho sustancial y procedimental relativo a la adopción.

El tercer momento investigativo se conforma por un grupo de conclusiones derivadas del estudio realizado a partir de los principales puntos de encuentro y controversia relacionados con el mismo y con un enfoque socio-jurídico que enriquece la discusión sobre este campo.

Primer Capítulo

Aproximaciones Teóricas y Legales Sobre La Adopción En Colombia

Legislación Vigente

La adopción en Colombia se rige por lo normado en la Ley 1098 de 2006, más conocida como *Código de Infancia y Adolescencia*. En dicho cuerpo normativo y en la estructura procedimental aplicada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no se permite como regla general la adopción directa; esto es, la escogencia del adoptante por parte de los padres biológicos (Representantes Legales) del adoptable. Se exceptúa de esta regla general, la adopción realizada por parientes del adoptado hasta el sexto grado de consanguinidad, permiso a la regla que no se ha dado por acción regulada del legislador natural, sino, por pronunciamientos jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional. Pronunciamientos que se pueden corroborar en Sentencias, que resaltan el papel del Estado en la protección de los niños y niñas. (Sentencia T-844/2011).

La Carta Política colombiana y la Corte Constitucional en su papel de “Guardián de aquella”, manifiestan de manera expresa su voluntad en ser protectores y garantes de la familia, en su calidad de célula fundamental de la sociedad; por estas razones en el contenido normativo de la Constitución Política de Colombia y en los pronunciamientos jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional, se han dado fundamentos filosóficos frente a la protección de los integrantes del núcleo familiar.

En diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional se han expresado luces interpretativas referentes a la familia extensa y a la conformación de familia no sólo por vínculos biológicos o legales, sino también por interrelaciones sociales y afectivas. Frente a la prohibición de la adopción directa, el Código Penal, Ley 599 de 2000, penaliza sin excepción alguna, los hechos que conlleven a una adopción irregular, tratándolos como delito que viola el derecho superior de los niños, niñas y adolescentes, sellando de esta manera la posibilidad de que tanto padres biológicos como adoptado y padres adoptantes puedan realizar la libre manifestación de la voluntad; significa lo anterior, que en Colombia no está abierta la posibilidad de adoptar directamente sin intermediación del ICBF, a voluntad de los padres biológicos, sino, que debe realizarse un proceso complejo frente a las instituciones judiciales correspondientes.

Esta situación obedece a los principios constitucionales que buscan garantizar la protección de derechos fundamentales como el de la identidad, ya que este derecho representa uno de los elementos esenciales que reconocen a cada persona su individualidad y potencialidad para el desarrollo propio y colectivo a partir del goce y ejercicio de libertades y derechos otorgados (Castellanos, 2010). En este orden, la garantía de derechos y libertades individuales depende en parte del reconocimiento dado a la identidad de la persona (Perrault y Avellano, 2011; Castellanos, 2010; UNICEF, 2009; Hernández, 2005; Arévalo, 2006), y ello sólo es posible a partir de la función que cumple el Estado y sus instituciones en la construcción y aplicación de políticas y cuerpos normativos que propendan por el registro y certificación de la existencia de una persona desde el carácter público.

El Estado, como organización política y jurídica de una sociedad, tiene como fines supremos realizar el bien común, y para ello, debe asegurar a su componente humano los medios necesarios para contar con una identidad particular y su constatación con carácter oficial, así como proveer los mecanismos institucionales y normativos que operen el servicio público de registro y certificación de la existencia de una persona, y las variaciones a su estado civil. (Castellanos, 2010, p. 4)

La identidad de la persona humana está relacionada con el orden jurídico y las instituciones públicas, pues como bien lo manifiesta la Constitución Política de 1991 en su artículo 2° sobre los fines esenciales del Estado, el mismo tiene como misión y visión el servir a la comunidad, promover la prosperidad colectiva, garantizar los principios, derechos y deberes, facilitar la participación de todos los sujetos en las decisiones relacionadas con su estabilidad socio-cultural, política y económica. En este sentido, las normas constitucionales y legales están dadas para que los individuos logren un orden social justo que garantice el cumplimiento de sus derechos, y ello es posible con el reconocimiento legítimo de su identidad.

En este punto, es importante considerar que otros sistemas jurídicos, como el norteamericano, garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos aun cuando la adopción como mecanismo para proteger a los menores abandonados y consolidar los núcleos familiares permite un método más flexible y garantista, como la adopción directa; es así como Herrera, M., (2008) hace expresa referencia al derecho norteamericano y comenta acerca de la adopción abierta en los siguientes términos:

Una figura que se ha gestado y desarrollado fundamentalmente en el derecho norteamericano es la adopción abierta, conocida en el idioma de origen como '*open adoption*' o "*adoption with contact*". Mediante ella el adoptado mantiene vínculos afectivos y jurídicos con la familia de origen, por lo cual hay una interacción expresa entre los tres integrantes de la tríada adoptiva después de otorgada la adopción. (Herrera, M., 2008, pág. 84).

Se ha venido planteando a lo largo del presente escrito que, la adopción se instituye como una manera de crear parentesco de madre y/o padre con personas sin vínculo de sangre en primer grado; este permiso legal se debe a procedimientos establecidos y de obligatorio acatamiento para su consideración como acto legal. Esta adopción directa deriva en muchas ocasiones en dádivas o reconocimientos económicos por la transferencia de la paternidad y/o maternidad reconocida de manera irregular, lo cual desdibuja el fin de este mecanismo de costumbre social por cuanto ubica al adoptivo en condición de *mercancía*, situación a todas luces reprochable y susceptible de castigo legal.

Ahora bien, una vez planteada y expuesta la problemática de la adopción directa en Colombia, es importante, dar un espacio para un recorrido histórico, aunque breve, necesario para fundamentar la columna vertebral del presente texto, partiendo desde los orígenes religiosos del proceso adoptivo hasta su fundamentación constitucional en el Derecho Occidental.

Historia.

El origen histórico reconocido de la adopción se encuentra en la India y su finalidad fue simplemente religiosa. Morales (citado en Gómez, 1981), plantea que la adopción perpetuaba el culto doméstico y evitaba el Levirato, regulado en el libro IX de la ley de Manú, conforme al cual ordenaba que si el marido de mujer casada fallecía sin dejarle descendencia, ella debía tenerlos con el hermano del marido o el pariente más cercano de este para que el hijo que naciera de estas relaciones fuera vociferado como hijo del esposo fallecido. Es así, como la costumbre de adopción al ser conocida por otras culturas, bien sea por colonizaciones o por mera interrelación, es acogida por estas; se puede citar entre otras a los hebreos quienes fueron a Egipto, pasando por Grecia y después por Roma, pueblos que acogieron la adopción y al igual que en la India el objeto era perpetuar el culto familiar.

En Roma, la adopción se concibió para remplazar los actos naturales de la paternidad. Esta institución, al antojo del *páter familia*, colocaba en la categoría de *fili* a hijos extraños a la familia, el paterfamilias debía asegurar la perpetuidad de los cultos domésticos. El hijo adoptivo aseguraba la perpetuidad del nombre o título de nobleza.

Por lo cual se puede resumir que la adopción surgió como una figura necesaria para evitar el Levirato, que se encuentra contenido en varias normas (Manú, Hammurabi y Ley Mosaica, entre otras), esta distinción señalaba que si antes de fallecer el marido adoptaba un hijo este ya cumplía los fines en cuanto a prolongar el culto familiar de los dioses domésticos, el linaje, el nombre familiar y asegurar para su alma prácticas religiosas.

Otro cuerpo normativo histórico es el conocido como La Ley de las XII tablas (*lex duodecim tabularum* o *duodecim tabularum leges*), el cual se remonta a los años 462 a.C... – 390 a.C. Vargas citado en Vargas, R. (1979) ilustra la época de la República Romana (509 a.C.. - 27 a.C.), infiriendo que en esta época se albergó la crisis del conflicto entre patricios y plebeyos, donde estos últimos lucharon para la equiparación de sus derechos civiles y políticos, formándose en el año 455 a.C., el Colegio de los Decenviros, suspendiéndose las magistraturas ordinarias durante su gestión, a los que les fue encomendada la redacción de un cuerpo normativo que fuera del dominio público, para poner fin a la iniquidad de la existencia de reglas secretas. En este compendio la adopción también tiene su lugar, en la quinta tabla, donde específicamente se trata el tema de la herencia, la tutela y la curatela. La herencia establecida legalmente, o sea, *ab intestato*, por ausencia de testamento o por ser éste nulo, era asignada a los agnados, parientes por vía masculina. El hijo de familia extraña quedaba agregado a una familia romana subordinado a la simpatía de paterfamilias (Vargas, 1979).

Es así como la adopción en la ley de las doce tablas establece que es de dos tipos: la primera es la adrogación (*adrogatio*), la cual se celebraba ante los comicios curiados en presencia del Pontífice, en virtud de las consecuencias personales que le traía a la familia del adoptivo. Siendo el adoptivo un hombre que por su condición de género sería un jefe de familia se colocaba bajo la potestad de otro jefe de familia (adoptante), la familia del adoptivo con su culto se extinguía. Los pontífices realizaban preguntas al adrogante (adoptante) adrogado (adoptado), si estos se manifestaban su intención (consentimiento) de adoptar y ser adoptado, el pueblo manifestaba su aprobación a través del voto; la adopción (adrogación) quedaba

sancionada por medio de una ley. Las mujeres no eran objeto de adrogación, tampoco los impúberes, porque para esta adopción se requería ser parte de las asambleas populares.

La segunda forma de adopción (*adoptio*), podía adoptarse *alieni iuris* (bajo el derecho de otro) a hombre o mujer, es decir que este tipo de adopción era con el propósito de tener descendencia, familia, y no exclusivamente de continuar con el culto familiar. La adopción era autorizada por el magistrado constando de dos operaciones: la primera destinada a romper con la autoridad del padre natural y la segunda, para incorporar al adoptado a la potestad del padre adoptante.

Para la primera operación se utiliza el procedimiento establecido en la Ley de las XII Tablas: la *emancipatio*. El padre natural emancipa tres veces a su hijo varón y con ello pierde la potestad sobre él. Para cortar la autoridad paterna sobre mujeres sólo era necesaria una emancipación. Para la segunda operación, poner al adoptado bajo la autoridad del adoptante, ante el magistrado se desarrolla un proceso ficticio donde el padre adoptivo reclama la autoridad paterna sobre el adoptado, el padre natural no se opone y el magistrado sentencia a favor del adoptante.

En este aparte se muestran varias evoluciones que ha sufrido el derecho a la adopción: se observa como inicialmente la mujer no era sujeto de adopción y esto se relaciona con el hecho de que para ser adoptado se requería asistir a la plaza pública y la mujer no tenía este último derecho. La capacidad de ejercicio y la importancia de la aceptación del que sería adoptado, esto es el poder tomar decisiones, era necesaria para la adopción lo que indica que menores de

edad no podían ser adoptados. Esta limitación también se relaciona con el derecho del acceso a la Asamblea. Posteriormente fueron cambiando las condiciones del adoptivo, es decir, un menor de edad podría ser adoptado pero al cumplir la mayoría de edad el adoptivo decidía si quería o no pertenecer a la familia biológica o adoptiva y el último de las evoluciones fue el derecho de adopción a la mujer como adoptiva. La justificación a la necesidad de la decisión, del consentimiento del adoptivo es que la adopción tenía carácter de contrato y es así como el adoptivo tenía potestad para decidir, para mantener o deshacer ese acto jurídico en los casos en que se hubiera realizado siendo este impúber.

En el derecho romano, conforme a lo ya expresado, nace la adopción directa y es tan importante que el vínculo del adoptivo con su familia biológica no se rompe. Estos tipos de adopciones, plena y simple fueron adoptados y acogidos por otros derechos positivos.

La Adopción en el Pueblo Germano es explicada por Morales (1996) en su libro "La Adopción en Derecho de Familia", en el cual indica que los pueblos germanos para el tema que ocupa (adopción), tuvieron tres periodos: primitivas costumbres, la influencia del Derecho Romano y el Código de Prusia.

En la primera, la adopción obedecía a su condición de pueblo guerrero; el adoptivo antes de serlo debía mostrar que tenía habilidades para la guerra, el *Pater famili* adoptaba con el fin de que este hijo llevara adelante sus campañas de guerra. El hijo adoptivo adquiría nombre, armas y poder de su adoptante, pero, no le correspondían bienes en su condición de hijo o heredero, a menos que el adoptante dejara bienes a través de testamento.

En el segundo período, fue una mezcla del derecho primitivo con la influencia del derecho romano, las costumbres y el derecho canónico, se instauró la necesidad de crear el Código.

El Derecho Francés presento tres períodos históricos: el primitivo, posrevolucionario y el de la sanción y discusión del Código de Napoleón (Morales: 1996), los cuales son:

1. Período Primitivo: no se encuentran antecedentes, era una práctica muy rara y casi desconocida en el siglo XVIII, las pocas veces practicadas era por influencia germana o romana.

2. Período posrevolucionario: en virtud de la influencia de las instituciones del derecho romano, en 1792 Lavengerie, R. solicitó a la Asamblea que la adopción fuera incorporada al cuerpo de las leyes civiles de la nación, lo cual fue aprobado por decreto; a partir de entonces, la adopción se convirtió en una práctica común, tanto los particulares y el Estado realizaban las adopciones. No estuvo reglamentada sino hasta la ley transitoria de 25 de Marzo de 1803.

3. Sanción y Discusión del Código de Napoleón: En virtud del abuso del decreto de 1792 que permitió la adopción, se designó una comisión para estudiar la conveniencia de la adopción. Belier (Citado por Morales, 1996), realizó una exposición de motivos y fue aprobada.

El Código de Napoleón (1804), instituye la adopción con las siguientes características:

Objeto: institución filantrópica, destinada a ser fuente de consuelo para los matrimonios estériles y de socorro para los niños pobres. Según la expresión de Porlier la adopción debía

venir en socorro del débil; y la atención se ha fijado enseguida sobre el niño, o al menos, sobre el individuo menor". (Citado en El Código Civil Francés, 1804).

Imitación de la naturaleza: Napoleón abogó para que la Adopción fuera imitación de la naturaleza en cuanto a que debía ser un padre y una madre y que el hijo adoptivo debía romper cualquier vínculo con su familia biológica. En cuanto a las dos tesis solicitadas por Napoleón solo quedó una, los adoptantes deben ser padre y madre, es decir que las personas solteras no podían ser padres adoptivos; el hijo adoptivo entraba a ser parte de la familia del adoptante pero conservando lazos de unión con la familia natural.

Consentimiento: la adopción fue considerada como un contrato, por tal razón las partes, el adoptante y el adoptivo debían expresar su consentimiento, es decir, que el adoptivo debía ser mayor de edad. Se observa que este requisito es contradictorio al propósito de socorrer a los niños pobres, siguiendo los motivos que expuso Berlier (Citado por Morales, 1996).

Clases: en el Código de Napoleón se reglamentaron tres clases de adopción. La ordinaria, esta es la que aún se conoce; la remuneratoria que consistía en premiar actos heroicos como salvar la vida, y la testamentaria, que permite la adopción a través de testamento, pues se recuerda que la adopción debía realizarse cuando el adoptivo cumpliera la mayoría de edad para expresar su consentimiento; la adopción por testamento garantizaba que aún si falleciese el adoptante antes de que su pupilo cumpliera la mayoría de edad, éste quedara reconocido como su hijo adoptivo.

Este código, en cuanto a la adopción, fue reformado por la ley de 19 de junio de 1923 complementada por la ley del 23 de Julio de 1925, realizando las siguientes modificaciones:

- a. Adoptar a menores de edad,

- b. Suprimiendo la adopción remuneratoria y la testamentaria.
 - c. Se le otorgó la patria potestad al adoptante.
 - d. Se agregó, la adopción, también como finalidad de consuelo a los ancianos de pasar a la posteridad a través de un descendiente adoptivo al no haber tenido hijos naturales.
- (Morales, 2009)

Obsérvese como el derecho romano ha influenciado la adopción inicialmente de mayores de edad, la privación de la patria potestad, lo que se igualaba a la adopción simple y, la necesidad de adoptar para mantener su descendencia. Finalmente antes de llegar a Colombia es importante señalar las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (1252-1284), el cual es considerado como un aporte de Castilla, muy importante para el derecho. Respecto de la adopción denominó a esta institución jurídica como prohijamiento, separando las dos formas adoptadas en Roma. La arrogación correspondiente a las personas no sujetas a la patria potestad del adoptante y la adopción plena.

Ya en Colombia la adopción ha tenido una evolución lenta comparada con las grandes instituciones de derecho, esta figura llegó con la conquista. El acogimiento del Código Civil chileno con algunas adaptaciones, aporte de don Andrés Bello, no tenía inmerso la adopción, porque en Chile esta figura no existía, se entendía como un atentado a la familia porque se consideraba que la única forma de crear familia era el matrimonio; por esta razón en lo concerniente a la adopción se incorporó, en Colombia, la institución del Código Civil Francés.

En primer lugar, en Colombia se consideraba que la filiación, la paternidad y la personalidad del ser, tenían como único origen el hecho de engendrar y ser engendrado generando únicamente afectos entre padres e hijos biológicos. Pero en el año 1960 la Ley 140 que modificó el Código Civil (ley 57 de 1887), dando espacio a la adopción como una figura para conformar familia, resaltado de esta codificación el artículo 269, el cual reza que: “la adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza. El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado”.

Lo dispuesto en la Ley 140 de 1960 del Congreso de la Republica, tiene gran importancia para la consolidación de la figura de la adopción ya que denominó a la adopción como prohijamiento o admisión de un hijo que no siendo suyo lo tiene como tal, es decir que permitió que las familias se conformaran a partir de la vinculación de una persona que no tuviese la misma línea consanguínea. Sobre la capacidad de adoptar manifiesta la norma que el adoptante debe tener capacidad, no dice si de goce o de ejercicio, la ley no es clara por cuanto una persona de 16 años cumple la condición de ser capaz y mayor que el adoptivo 15 años. Es importante resaltar que en esta noma no se limita el número de hijos, es decir, no es exclusiva para personas estériles. Se resalta también que el adoptante puede ser soltero, con la limitación que siendo soltero(a) el adoptivo debe ser del mismo género que el adoptante. Si los adoptantes son marido y mujer podrá ser el adoptivo de cualquier género.

Uno de los aportes más importantes para el presente estudio hace referencia al consentimiento, ya que desde sus orígenes el adoptante debía tener consentimiento de su cónyuge si era casado, por su parte el consentimiento del adoptivo si era mayor de edad, debía

manifestar su consentimiento, de no hacerlo, el consentimiento estaría a cargo de su representante legal o curador o director de la casa de beneficencia donde se hallase el menor. Es decir, que fue la apertura jurídica la que permitió la instauración del ICBF posteriormente para brindar el consentimiento en la adopción de menores.

De la ley 140 de 1960, también se resalta que, la adopción puede terminar de común acuerdo entre el adoptivo y el adoptante; si se dan las causales de desheredamiento el adoptante puede solicitar la revocatoria de la adopción, así como que el adoptivo no tiene derecho a representación hereditaria y este solo tendría parentesco con su adoptante, no con la familia de éste, situación que fue reformada por el Artículo 13 de la ley 5 de 1975.

El concepto de la adopción para asegurar la descendencia estuvo muy presente a lo largo de la historia y es un concepto que hoy se encuentra vigente. El proceso de adopción primitivo, fue simple, consistía en la manifestación pública que una persona pertenecía a la familia de otra extraña y fue así como el país acogió esta figura que respondió a la necesidad de tener descendencia, de proteger a los menores acogiéndolos como familia y cuidando de un extraño sin tener su potestad; así se desarrolla en el derecho positivo colombiano la adopción plena y la adopción simple.

En las normas antiguas se observa la obligación que tiene la hija de darle un hijo varón a su padre para que este lo registre como suyo, aún sin serlo, y así se tenía ante toda la sociedad. Esto irrefutablemente es una adopción directa, el proceso de esta adopción estaba legalizado en el código de Manú, Código de Hammurabi, XII Tablas; en la legislación colombiana vigente el

procedimiento de adopción inmerso en las normas antes citadas constituye una conducta punible, a la luz del Código Penal.

El procedimiento de adopción aplicado en el Derecho Romano, recopilado por el derecho Germano, constituye una gran importancia para el derecho de los menores y el resarcimiento del daño si con la adopción se causó y es el derecho a decidir si seguía o no perteneciendo a la familia de su adoptante pues se requería el consentimiento.

Estado del Arte.

El estado del Arte, sobre el tema de la adopción ha sido nutrido, y de gran importancia para la legislación en el derecho de familia. Pabón (2004) refiere sobre el tema un estudio a partir del derecho penal en el que desarrolla los delitos en contra de la familia, entendida como institución jurídica y de igual forma, como bien jurídico a proteger por la legislación penal. El autor refiere en su texto delitos como la mendicidad y el tráfico de menores, de los cuales expone su naturaleza y origen, así como la descripción legal en la que los desglosa y presenta claramente.

Para el tema particular, dentro de la exposición del doctrinante, es fundamental mencionar el delito de alteración del estado civil, artículo 238 Ley 599 de 2000, dentro de la exposición que realiza el autor, desarrolla la explicación de la conducta delictiva partiendo de la importancia que tiene la protección a la figura jurídica que implica la adopción; en este sentido y bajo el entendido de que el bien jurídico a proteger es la familia, y por sobre todo los derechos de

los menores, explica el tipo penal. Dentro de las características que resalta, es válido nombrar la importancia que tiene para el autor el que sea un tipo penal en blanco, y por ende remita a regulaciones jurídicas por fuera del ámbito penal, pues dentro de éste se invocan los requisitos legales que exige el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien a partir de la estructura del Estado, es el encargado del trámite de la adopción.

El estudio que se hace sobre el tipo penal demuestra cómo se le otorga gran importancia al menor que ha sido adoptado sin los requisitos legales, el cual, dentro de la conducta es la víctima y el sujeto pasivo; a partir de ello se exponen los requisitos de fondo de la conducta, pues en ella se deben tener en cuenta las condiciones del adoptado y los efectos que se producen sobre él, cuándo se comete el delito, lo que permite posteriormente que se dé un giro al estudio hacia la óptica constitucional en la cual el derecho a la familia, al origen y a la igualdad de los menores es uno de los derechos con mayor protección que existe en el ordenamiento jurídico colombiano.

La adopción, como mecanismo jurídico, ha sido tópico de bastante interés y desarrollo en diversos sistemas legales, ejemplo de ello es la presentación que hacen, de la adopción en Argentina, Giberti y Chavanneau de Gore (1992) en donde presentan las raíces legales y el desarrollo histórico social basados en los antecedentes nacionales de Argentina, a través de una visión histórica de la adopción, para exponer posteriormente los lineamientos generales de la legislación nacional y desembocar en varias consideraciones novedosas, dentro de las que encuentra la perspectiva de la adopción, vista como un triángulo en el que participan los padres biológicos, los padres adoptivos y el menor. A partir de ello y basados en la experiencia jurídica norteamericana, inician un estudio de la adopción abierta entendida como: “aquella adopción en

que los padres de sangre y los padres adoptivos entablan algún tipo de relación entre sí desde el mínimo contacto... hasta la posibilidad de continuar relacionados... hasta la mayoría de edad del hijo de ambos” (p. 225). Frente a la aparición de esta nueva praxis jurídica, que ha tomado fuerza en los sistemas latinoamericanos en los últimos 25 años, se presenta, según las autoras, la indudable ventaja que tiene frente al menor, pues se le ofrece como opción de vida la oportunidad de conocer su origen no sólo genético sino también social, a diferencia de la adopción cerrada, en la que se limita el contacto entre los nuevos padres y los biológicos, con lo cual se prioriza la necesidad de los padres adoptantes sobre los menores, además que para los autores “el sistema tradicional funciona realmente como un mecanismo de sanción hacia los padres biológicos, a los cuales se priva de todo derecho respecto de los que fueron sus hijos” (p.241). Aunque las autoras reconocen que la adopción abierta está sujeta a casos particulares y no a la generalidad, concluyen basados en diversos estudios que la adopción abierta es una modalidad recomendable dado que prioriza la necesidades del menor.

En la academia colombiana también se han desarrollado diferentes tesis que analizan la adopción, dentro de ellas es significativo nombrar lo expuesto por Carvajal (1988), pues manifiesta su inconformidad para con el sistema jurídico colombiano frente al proceso de la adopción, en donde expone lo dispendiosa que resulta la normatividad lo cual facilita que los particulares busquen sacar provechos injustos de la adopción; pues las normas no facilitan la adopción sino que producen daño, y efectos colaterales y desafortunados en algunos casos, tales como los niños que son retirados de sus madres contra su voluntad.

En este mismo sentido, el autor manifiesta que es responsabilidad del Estado desarrollar políticas que regulen de mejor manera esta situación, para que no se presenten casos como el secuestro o el tráfico de menores, pues es éste quien tiene las potestades para colocarle fin a las situaciones irregulares. De otro lado, propone la necesidad de tomar conciencia clara sobre los beneficios de la adopción desterrando prejuicios, toda vez que a causa de estos la mayoría de familias colombianas no reúnen los requisitos de selección, aunque para su concepto el procedimiento de seguimiento a las familias adoptantes, especialmente en el área psico-social es óptimo.

Existe también la posición de Espinel y Bernal (1997), quienes exponen la adopción como un contrato que genera un vínculo jurídico que une al hijo con los padres, desarrollando la tesis a partir de la teoría contractual que tiene sus raíces en el Código de Napoleón en donde era necesario demostrar la capacidad y el consentimiento durante el proceso de adopción, de esta manera haciendo un paralelo con la situación jurídica de la adopción actualmente, plantean que ésta es una ficción legal creada por el legislador con el fin de prevenir las posibles violaciones a los derechos ajenos, en especial de los adoptados, ofreciendo seguridad jurídica en lo que respecta a la consolidación de la familia y al menor favorecido mediante la filiación adoptiva. De esta manera afirman que la adopción es una solución, ya que el confinamiento de los niños en instituciones de asistencia puede generar complejos de reclusión y tendencias a una vida monástica sin vocación, afectando su personalidad y perjudicando su adaptación al medio social; además hacen énfasis en que el Estado no dispone de los recursos necesarios para generar en las instituciones condiciones a cabalidad benéficas en favor de los menores adoptables; con lo cual concluyen que la adopción debe tener como finalidad estricta, básica y fundamental la protección

del menor en situación irregular, por ende la preocupación del legislador y de la sociedad debe enfocarse en que los niños adoptables puedan satisfacer sus necesidades.

Dentro del debate jurídico que se ha planteado en Colombia frente a la adopción, corresponde apuntar lo expuesto en un debate de control político por Robledo (2012), pues es a partir de la visión de la adopción más allá del fenómeno jurídico, debe verse como un acto que refleja móviles de carácter ético y social expone la práctica de la adopción en Colombia, ofreciendo un paralelo internacional, para con ello entrar a estudiar la situación real del Programa de adopción colombiano. Dentro de los muchos aportes valiosos que hace al tema, es imprescindible rescatar lo que expresó frente a dos puntos:

El primero de ellos radica en cómo las funciones de adopción en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar han sido desplazadas por casas de adopción, sin que el primero realice una verdadera auditoria sobre el funcionamiento de estas, lo cual ha llevado a que la Procuraduría General de la Nación abriera un proceso de vigilancia para verificar el cumplimiento de las funciones del ICBF, respecto de la legislación nacional, la Constitución Política y los Tratados Internacionales, de igual forma plantea que el eje primario del fenómeno de la adopción radica en que no se les permite a las familias de escasos recursos o “pobres” conservar a sus hijos, basando esta afirmación en estudios dentro de los cuales también expone la calidad de vida de los colombianos.

Como segundo punto temático, expone el fenómeno que se presenta en Colombia, al entregar a los menores en adopción en el extranjero; según Robledo (2012), existe una tendencia

evidente a privilegiar la adopción internacional, la cual no es adelantada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sino, por casas de adopción que reciben cuantiosas donaciones por los padres adoptantes.

Para finalizar, es de suma importancia apreciar lo expuesto por Aristizábal (1989) en donde afirma que la adopción en Colombia mejora notablemente a partir de la expedición del Código del Menor, pues entre otras cosas abre la oportunidad de expresar el consentimiento de los padres biológicos sobre los padres adoptantes, además crea trámites más rápidos que le otorgan una mayor y especial importancia a esta clase de proceso.

De otro lado expone las deficiencias del trámite administrativo, indicando que es lento y dispendioso, lo cual genera un traumatismo en el menor que hace parte del proceso, pues la duración del trámite puede durar hasta dos años. En razón de lo anterior, expone el fenómeno que ha ido en crecimiento frente al uso de instituciones de carácter privado, calificando las casas de adopción como negocios lucrativos y onerosos, en las que el bienestar del niño pasa a un segundo plano; es por ello, que aborda el tema de los menores entregados en adopción a extranjeros, relatando diversos casos en los que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha sido deficiente en su tarea de proteger los derechos de los menores, razón por la cual insta al Estado colombiano a regular de manera más detallada lo referente al trámite administrativo de la adopción e igualmente sugiere que se le entreguen más poderes al juez, para que pueda constatar la legalidad de todas las gestiones que se realicen en el proceso, especialmente aquellas que son llevadas por instituciones de carácter privado.

A título de corolario, estas son las ideas centrales de esta primera parte del escrito:

La adopción en Colombia, se ha entendido como la ficción jurídica necesaria para crear parentesco con personas que no lo tienen por vínculo de sangre; además, se constituye en la garantía del ejercicio superior de los menores y defensa de sus intereses.

Se prohíbe por nuestro ordenamiento penal, la posibilidad de adoptar directamente, sancionando su ocurrencia con pena privativa de la libertad, tal y como se manifiesta en el Artículo 238 del Código Penal, al considerarlo como una clara alteración del estado civil de la persona; para el caso que nos ocupa.

Es al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), como organismo garante del Estado para los derechos del menor y derechos y deberes de la familia, a quien le corresponde establecer los procesos que viabilizarían los trámites de adopción, no obstante se ha generado procesos que entorpecen y desamparan el derecho del menor a contar, dentro de su proceso de desarrollo integral, con una familia. La morosidad derivada de los procesos establecidos, así como su falta de divulgación, constituye la vulneración por parte del Estado colombiano, del principio de prevalencia de los derechos de los menores consagrado en la Carta Constitucional y, como consecuencia, ha desembocado que durante décadas se realicen innumerables asientos en registros civiles de nacimiento que no reflejan la verdadera filiación o identidad de las niñas, niños y adolescentes.

En pos de la solución jurídica y para evitar que se sigan vulnerando los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la presente investigación tiene como objetivo analizar el proceso de

adopción directa, para proponer normatividad procesal que agilice este mecanismo jurídico de restablecimiento de los derechos del menor en Colombia y permita, conforme a la ley sustancial vigente, la materialización real y completa de la voluntad y del consentimiento de las partes (padre biológico, padre adoptante y del menor en condición de adoptabilidad), aclarando que necesariamente debe haber control del Estado colombiano.

Segundo Capítulo.

Derecho Comparado de la Adopción.

Llegado este punto, y luego de haber aclarado los aspectos teóricos y legales que resultan pertinentes para la presente investigación, se hace necesario empezar a buscar soluciones óptimas para la mencionada problemática que, con referencia al tema de la adopción, se presenta dentro de Colombia. Para ello, se iniciará con un análisis de derecho comparado, que tendrá como fin el realizar un paralelo entre la situación político-constitucional de Colombia y la de Estados Unidos de América, recurriendo para ello al Método Funcional en la comparación constitucional.

Esta selección, tanto del país a comparar como del método utilizado, no ha sido realizada de forma arbitraria, sino, que obedece a las necesidades propias de la presente investigación. Así, se ha recurrido al Método Funcional en la comparación jurídico-constitucional, ya que este se encuentra encaminado no sólo a la simple comparación de contenidos constitucionales, sino a buscar soluciones óptimas a un problema que se presenta en una determinada realidad jurídico-social, acudiendo para ello a la comparación con otro sistema del mismo orden, en el cual tal problema ya ha sido superado, o no se configura (Silvero, 2005), razón por la cual resulta idóneo para el presente proyecto.

De igual forma, se ha recurrido a Estados Unidos de América como país para la comparación jurídico-constitucional por dos razones principales: en primer lugar, por el elevado volumen de adopciones, tanto nacionales como internacionales, que tienen lugar en ese país de

forma anual, lo que lleva a un dinamismo en la figura, surgido de su constante aplicación y; segundo, porque dentro del régimen legal-constitucional norteamericano la figura jurídica de la adopción no resulta tan rígida como en el sistema colombiano, presentando un conjunto más amplio de posibilidades legales para su implementación.

Finalmente, y antes de dar inicio al análisis de derecho comparado en sí, es necesario aclarar que si bien se cumplirá con toda la estructura y contenidos del Método Funcional, se añadirán igualmente algunos apartados adicionales, que sin desviarse del objetivo principal del mencionado método, ni desdibujar su naturaleza, tienen como fin detallar de mejor forma las diferencias y similitudes que -en el campo de la adopción- existen entre los dos sistemas jurídico-constitucionales que serán objeto de la comparación.

Sistema Jurídico-Constitucional Colombiano

Colombia cuenta con una Constitución Política relativamente reciente, implantada hace 24 años, que representó un profundo cambio en relación a la anterior carta magna, que rigió durante poco más de un siglo, surgida a partir de la iniciativa popular, como respuesta a una dura ola de violencia que afectaba a la nación; la Constitución de 1991 buscó establecer unas bases sólidas sobre las cuales pudiese construirse la búsqueda de la paz y la convivencia social, recurriendo para ello a una mayor participación de los colombianos en la toma de las decisiones gubernamentales y al establecimiento de una gran cantidad de derechos de diversos órdenes.

Como muestra clara de esta búsqueda, en el primer artículo de la nueva Carta Magna se consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho, investido con un carácter democrático, participativo y pluralista, y que se funda sobre el principio de la dignidad humana y de la prevalencia del interés general; de igual forma, y siguiendo los contenidos propios de esta consagración, el segundo artículo de la Constitución Política de 1991 recuerda que toda la actividad del aparato estatal -y por consiguiente todo cuerpo normativo- debe estar encaminado a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, llevando esto último a declarar, en el artículo tercero, la soberanía del pueblo y, en el artículo cuarto, la supremacía de la Constitución.

Hay que recalcar, sin embargo, que a pesar de que el artículo primero le asigna el carácter de descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales, Colombia sigue conservando su condición de República unitaria. Esto lleva a que exista un único cuerpo legislativo centralizado, el Congreso de la República, que emite normas de carácter nacional, que por lo tanto son de obligatorio cumplimiento en todo el territorio nacional. El Congreso, además, en su condición de cuerpo electo representante de la voluntad de la población, puede realizar reformas al contenido de la Constitución Política.

De esta forma, la autonomía otorgada a los entes territoriales tiene un carácter en esencia administrativo, y si bien la Constitución de 1991 representó un profundo avance en materia de descentralización con respecto a la anterior Carta, al establecer un sistema de competencias para cada nivel del gobierno y desplazar a los entes territoriales la toma de muchas

decisiones que antes se encontraban en manos del gobierno central, las normativas y decisiones impartidas por las autoridades departamentales y municipales siguen estando sujetas de forma obligatoria a la legislación nacional, y deben desarrollar las políticas públicas delineadas por el gobierno nacional.

Entrando ya en el campo de la familia y de los derechos del menor, que son el eje central del presente proyecto, el artículo quinto del ordenamiento constitucional, al establecer la primacía de los derechos inalienables de toda persona, también reconoce y ampara a la familia como la institución básica de la sociedad. Si bien, a primera vista, la asociación realizada en este artículo pudiese parecer un tanto errática, no debe considerarse simplemente como un capricho el que la Asamblea Nacional Constituyente haya decidido incluir estos dos lineamientos en un mismo artículo, y por lo tanto resulta necesario pensar en las razones que motivaron tal agrupación.

Así, la integración de la primacía de los derechos inalienables y el amparo de la familia como institución básica de la sociedad en un único artículo, debe ser vista como una señal de la existencia de un vínculo directo entre ambos contenidos; resulta factible pensar, entonces, que se hace esta agrupación bajo la idea de que la familia se convierte en el primer contacto del individuo con la sociedad y, por consiguiente, en el primer contacto con sus derechos fundamentales. En este sentido, la UNICEF (2011) ha señalado de manera repetitiva que de la relación del menor con su familia, y de su inscripción en el registro civil como parte de la misma, surgen las bases del derecho a la identidad, que a su vez se convierte en la puerta por la cual los menores de edad tienen acceso al disfrute de sus derechos humanos.

Sobre el particular, y siguiendo esta línea de pensamiento, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-390 de 2005, supremo tribunal de la jurisdicción constitucional y cuya principal misión es la salvaguarda de la integridad de la Constitución Política, ha mencionado:

Es elemento esencial del estado civil de las personas que es de orden público, como quiera que mediante él se indique la situación de la persona en la familia y en la sociedad. Esa y no otra es la razón por la cual la propia Constitución Política señala entre los derechos fundamentales de los niños el tener un nombre y una nacionalidad, así como una familia....

Es decir, a juicio de la Corte Constitucional es la ubicación del menor dentro de un núcleo familiar la que a su vez permite ubicarlo dentro de la sociedad, convirtiéndolo en ciudadano, y permitiéndole por tanto la configuración del derecho a la identidad, que abarca los elementos señalados (nombre, nacionalidad, familia), derecho que a su vez se convierte en el primer paso para poder disfrutar de forma plena de todos los derechos consagrados en la Constitución Política, razón por la cual los mencionados elementos del derecho a la identidad son señalados por el ordenamiento superior como derechos fundamentales del menor.

Esto último nos lleva entonces al artículo 44 de la Constitución Política, que consagra los derechos fundamentales de los menores de edad; dada la importancia y repercusión del mismo en el presente análisis, se hace conveniente reproducirlo de forma completa:

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.

Cabe resaltar en este punto que, tal como menciona el mismo texto del artículo, dado que los niños, niñas y adolescentes son igualmente beneficiarios de todos los derechos consagrados por la Constitución Política y por los tratados internacionales, este apartado no tiene como fin crear una lista de derechos fundamentales excluyente o separada, sino que busca garantizar el bienestar de los menores expandiendo de manera directa el listado de tales derechos, al tiempo en que resalta la obligación que tienen todos los estamentos de la nación (familia, sociedad y Estado) de proteger a los menores, y de garantizar su adecuado desarrollo y el pleno disfrute de sus derechos.

Surge en el contenido del artículo, de igual forma, un precepto constitucional de suprema importancia, que se desprende de la última línea del mismo: El principio del interés superior del menor, con base en la cual los derechos de estos deben prevalecer sobre los derechos de los demás habitantes de la nación. Sobre tal principio ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T-260 de 2012:

Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental - que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales. (p.1).

Recuerda aquí la Corte Constitucional, que el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagra la obligación que tiene el Estado de garantizar la protección especial de los habitantes en situación de debilidad o indefensión, y considera bajo esta perspectiva que al estar los menores en una situación de vulnerabilidad manifiesta, dada su natural falta de madurez física y mental, y los múltiples riesgos a los que por consiguiente se encuentran expuestos, no sólo deben ser sujetos de la mencionada protección estatal especial, sino que debe destacarse entre todos los otros grupos, por lo cual se considera que sus derechos deben siempre prevalecer sobre los de los otros habitantes.

Entrando ya en el tema en cuestión, si bien la Constitución misma no habla sobre la figura de la adopción, son los lineamientos constitucionales hasta ahora mencionados los que han llevado a determinar por vía legal la naturaleza y los mecanismos de la misma. Sobre este particular ha dicho la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-093 de 2001:

Para la Corte no cabe duda de que cuando un menor se encuentra en situación de abandono, le asiste el derecho a recibir protección por parte del Estado, una de cuyas formas puede consistir en la adopción, medida de protección por excelencia, previo el riguroso cumplimiento de ciertos requisitos por parte tanto del futuro adoptante, como del futuro hijo adoptivo, a quien de paso se le asegura la prevalencia constitucional establecida en el artículo 44 de la Carta y se le materializa el derecho a tener y disfrutar de una familia

Queda así evidenciado entonces que, a juicio de este alto tribunal, primero, la adopción se convierte en la medida de protección por excelencia para el menor en situación de abandono;

Segundo, para garantizar la idoneidad de la misma es necesario establecer requisitos legales para su procedencia; Tercero, la adopción se convierte en una forma de materializar la prevalencia constitucional de los derechos del menor y; Cuarto, con ella se materializa el derecho del menor a tener y disfrutar de una familia.

Se ve entonces que, siguiendo los postulados constitucionales colombianos, queda claro que si bien la adopción puede ser vista como una forma de materializar el derecho a la familia de todos los habitantes de la nación, aplicando a ella el principio del interés superior del menor quedaría patente que la figura debe ser puesta de manera primordial, al servicio del adoptado. Esto ha sido respaldado por la Corte Constitucional, que en el mismo texto señalado con inmediata anterioridad, ha dicho:

... la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo, sino, sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia. La adopción es entonces un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia, y por ello toda la institución está estructurada en torno al interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de los demás.

Es siguiendo entonces este principio de la prevalencia de los derechos de los menores de edad, que el poder legislativo ha establecido los parámetros normativos bajo los cuales debe desarrollarse el proceso de adopción, y que en la actualidad se encuentran contenidos en la Ley 1098 de 2006, también conocida como Ley de Infancia y Adolescencia, norma que tiene como

fin garantizar a los menores de edad un desarrollo pleno y armónico, desarrollando para ello dentro del ordenamiento legal los preceptos constitucionales mencionados, al hacer revisión de elementos como los derechos de los menores, las obligaciones del Estado, la Familia y la Sociedad hacia ellos, las medidas para restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las autoridades encargadas de ello y la relación de los menores con el sistema judicial penal, entre otros aspectos.

Es en el apartado, medidas para restablecer los derechos de los menores de edad, que esta norma entre los artículos 61 y 78, define y desarrolla la figura de la adopción, respaldando así la mencionada posición de la adopción como una herramienta puesta al servicio del derecho fundamental del menor a tener una familia. En consonancia con lo anterior, en su artículo 61 la Ley de Infancia y Adolescencia define a la adopción como “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”.

Este carácter protector lleva al legislativo, en los artículos subsecuentes, a establecer un proceso único, de carácter rígido, para la adopción. Si bien es indudable que la intención del legislador era garantizar el bienestar de los menores y la idoneidad de los adoptantes, se hace evidente que el proceso de adopción planteado por la Ley 1098 de 2006 se encuentra prevista una elevada complejidad que se deriva de sus múltiples instancias y requisitos, al igual que de una lentitud que viene dada por existir una única autoridad legalmente habilitada para adelantar las adopciones: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Además de lo anterior, es necesario señalar que terminada la etapa administrativa en manos del ICBF, no se ha terminado aún con el proceso de adopción, ya que si bien esta entidad es la única capacitada para determinar la condición de adoptable de un menor y para señalar la idoneidad de los adoptantes, no posee la autoridad para forjar el vínculo de parentesco, por lo cual se hace necesario acudir a la rama judicial. Así, terminada la etapa administrativa, resulta indispensable recurrir a un juez de familia, que mediante sentencia judicial establece el vínculo paterno-filial.

Problema Jurídico-Constitucional

Si bien, como ya se mencionó, las intenciones de la rama legislativa a la hora de establecer el proceso de adopción eran positivas, y buscan proteger los derechos del menor siguiendo el principio de prevalencia de los mismos, la complejidad de dicho proceso hace que resulte difícil poder adoptar. Como consecuencia de lo anterior, Colombia tiene unas tasas de adopción legal bajas, y son muchos los menores que se encuentran bajo la custodia del ICBF (El Tiempo, 2015), con pocas esperanzas de encontrar una nueva familia.

Se tiene entonces que se presenta un conflicto de tipo constitucional entre la prevalencia del interés superior del menor y las medidas legales que se han tomado para protegerlo, en el caso de la adopción. Si bien el sistema jurídico-constitucional ha establecido que esta última es una herramienta para restablecer el derecho fundamental de los menores a tener una familia, las trabas impuestas por el legislativo para el proceso de adopción, si bien tienen la intención de

proteger a los niños, niñas y adolescentes, han terminado por convertirse en un impedimento para que los menores vean restablecido su derecho.

De igual forma, y como ya se ha mencionado en acápites anteriores de esta investigación, se ha generado una conducta de adopción extralegal entre los habitantes, que prefieren obviar el complejo proceso legal y recurrir a la adopción directa mediante la inscripción de los menores como hijos propios en el registro civil. Si bien esta última conducta está penalizada por el sistema jurídico colombiano, esto no ha impedido que en la práctica siga tomando lugar, lo que evidencia que la penalización no es la respuesta óptima al problema.

Así, es necesario entonces plantearse cuales serían las herramientas ideales para superar tanto la problemática de la excesiva dificultad de la adopción legal, que va en detrimento de los derechos del menor, como de conducta de la adopción extralegal, que por su falta de supervisión genera vacíos que pueden poner en riesgo al menor. La respuesta inicial parece estar en la disminución de la complejidad y dificultad de la adopción legal, haciendo el proceso más fácil para los adoptantes, pero sin descuidar el bienestar de los adoptados.

Por lo anterior, el problema Jurídico-Constitucional puede ser definido, de forma inicial, como: ¿Cuáles son las medidas que deben tomarse para facilitar el proceso legal de adopción, al tiempo en que se satisfacen los derechos prevalentes del menor?. Sin embargo, al ser el presente un análisis de derecho comparado, y siguiendo los lineamientos del Método Funcional de comparación constitucional, el problema debe ser replanteado en relación con el sistema constitucional con el cual se realizará la comparación, para buscar en su sistema político-

constitucional las medidas con las cuales se hizo frente a la problemática planteada; así las cosas, el problema quedaría entonces como: ¿Qué medidas tomó el sistema jurídico-constitucional de Estados Unidos de América para facilitar el proceso legal de adopción, y garantizar el derecho de los menores abandonados a tener una familia?

El sistema Jurídico-Constitucional de los Estados Unidos de América

Desde su mismo planteamiento base, el sistema constitucional estadounidense difiere del colombiano, donde Estados Unidos de América mantiene aún vigente la Constitución Política establecida por sus fundadores en 1787, lo que la hace una de las cartas constitucionales más antiguas del mundo en mantenerse aún en aplicación. Como casi todas las Constituciones antiguas, la estadounidense se encuentra caracterizada por su brevedad, al estar compuesta únicamente de 7 artículos (frente a los 380 artículos de la Constitución de Colombia, a los cuales se han añadido 27 enmiendas a la largo de la historia de la nación).

Esta brevedad de contenidos hace que la Constitución Política sea de carácter meramente estructural y se limite a establecer la conformación de cada una de las tres ramas del poder público, a determinar el carácter federal de la nación, a determinar la relación entre el poder central y los poderes estatales, a establecer la primacía de la Constitución sobre las leyes de cada Estado y a determinar los mecanismos necesarios para añadir enmiendas y ratificar la Constitución.

Como puede verse, dentro de los 7 artículos que conforman la Constitución Estadounidense, no existe ninguno relacionado con aspectos tales como los deberes y derechos de los ciudadanos o los fines fundamentales del Estado. De esta forma, los derechos y las libertades individuales de los ciudadanos vienen a estar dados en parte por las enmiendas constitucionales, entre las cuales las primeras diez son conocidas como “La carta de derechos”, y en parte por los tratados internacionales que sobre la materia hayan sido ratificados por el país.

De igual forma, y a diferencia de Colombia que está constituida como un estado unitario, al estar Estados Unidos de América establecido como un estado federal, la capacidad de autodeterminación de sus diferentes regiones (llamadas estados), es muy superior y aunque al igual que en los sistemas unitarios, existe un Congreso Nacional cuyas normas obligan a la totalidad de la nación, la actividad del mismo es bastante limitada y suele circunscribirse a temas que por obligación afectan a todos los habitantes, como el presupuesto anual de la república, las declaraciones de guerra o las leyes encaminadas a enfrentar problemas de carácter nacional; dejando así a cada Estado la facultad de emitir sus propias normas en los asuntos que le competen o en aquellos que no han sido abarcados por la ley nacional.

Si bien es cierto que esta facultad legislativa de los Estados no tiene un carácter ilimitado, ya que no puede exceder los contenidos constitucionales y debe respetar las leyes de tipo nacional, la brevedad de la Constitución y la relativa escasez de las leyes emitidas por el Congreso Nacional, dejan a cada Estado libertad normativa, al punto de permitirles tener sistemas penales diferenciados en los cuales, incluso, una conducta puede ser constitutiva de delito en uno o varios Estados, aunque en los otros no.

Lo anterior lleva a que, en la mayoría de los casos, al realizar estudios del contenido de la legislación estadounidense respecto a un tema específico sea necesario superar la simple revisión de la legislación estatal, para pasar a la exploración de las normas de cada Estado. Bajo este presupuesto, si bien en el presente análisis de derecho comparado se tomará como principal referente, la normativa nacional, se hará también referencia a las legislaciones estatales, especialmente a la del Estado de California, en el cual tienen lugar el mayor número de adopciones al interior del país y donde estas se encuentran reguladas por la División 13 del Código de Familia de California.

Así, es necesario empezar por decir que el sistema de adopción de Estados Unidos de América, goza de una gran flexibilidad; si bien se considera que el bienestar del menor debe ser siempre uno de los objetivos centrales del proceso de adopción, esto no ha impedido que se busquen múltiples formas de dar lugar a dicho proceso con la intención de facilitar la conformación de nuevas familias y dar a los menores en estado de abandono un nuevo hogar. De esta forma, existen en el procedimiento aplicado en Estados Unidos de América, dos formas principales de adoptar: la adopción mediante agencias y la adopción independiente o directa.

En el primer caso, la adopción por agencias, el adoptante recurre a una agencia especializada, que puede ser de carácter público o privado, para que con la ayuda de esta tenga lugar el proceso de adopción. Las agencias públicas suelen buscar hogar para los niños que se encuentran bajo el cuidado del Estado en el programa nacional de hogares sustitutos y que pueden llevar varios años dentro del mismo (por lo cual suelen ser de mayor edad); mientras que

las agencias privadas suelen centrarse en las adopciones de niños muy pequeños, cuyos padres han decidido entregarlos en adopción.

Todas las agencias, independientemente de si son públicas o privadas y sin importar el Estado en que estén, deben encontrarse inscritas y aprobadas por dicho Estado, de forma obligatoria. Los Estados a su vez, tienen la responsabilidad frente al gobierno central de elaborar políticas públicas y llevar sistemas de control que permitan garantizar la idoneidad de las agencias a las que han dado una licencia de operación y garantizar los derechos y la integridad de los menores que son dados en adopción por estas (Hicks, 2005).

Por su parte y para facilitar los procesos de adopción, el gobierno central mantiene una base de datos de carácter nacional, en la cual se señalan todas las agencias que han obtenido una licencia de operación en los diversos Estados y que puede ser consultada mediante internet por cualquier ciudadano (<https://www.childwelfare.gov>). Además, el gobierno central mantiene también otra base de datos nacional con información sobre los niños que se encuentran en la búsqueda de padres adoptivos, que igualmente puede ser consultada desde su respectiva página web (<http://adoptuskids.org/>).

En el caso de la adopción independiente o directa el mecanismo opera de forma diferente; en este tipo de adopciones las partes interesadas (los padres biológicos y los padres adoptantes) acuden de manera conjunta a la rama judicial, para mediante la intervención de un abogado que los represente, un juez declare la nueva filiación del menor (Hicks, 2007). Como puede verse el proceso de la adopción directa es menos burocrático, y se fundamenta en el hecho

de que los padres biológicos son quienes escogen, de manera libre y racional, a los padres adoptantes del menor; sin embargo, para garantizar el bienestar del menor, es necesario que al menos durante los seis meses siguientes las autoridades estatales hagan seguimiento del caso.

A nivel de los Estados, la totalidad de los mismos permite la adopción mediante agencias autorizadas, ya sean públicas o privadas y casi todos permiten igualmente la adopción directa. Sólo cinco Estados (Colorado, Connecticut, Delaware, Massachusetts y Dakota del Norte) prohíben esta última, aunque permiten una forma de adopción bastante similar, que se diferencia por requerir de la supervisión de una agencia durante el proceso de adopción. A pesar de esto, es necesario señalar que la mayor parte de las adopciones de recién nacidos que tienen lugar en Estados Unidos se dan mediante la figura de la adopción directa o independiente (Godwin & Godwin, 2005).

Hay que señalar que por obvias razones, la adopción independiente implica una adopción abierta, en la cual los padres biológicos y los padres adoptantes se conocen personalmente e interactúan de forma directa. En el caso de las adopciones por agencias, estas pueden ser abiertas o cerradas (sin que los padres biológicos y los padres adoptantes lleguen a conocerse) dependiendo de las políticas de cada agencia; sin embargo y por regla general, las agencias públicas tienden a favorecer la adopción cerrada, mientras que las privadas suelen recurrir a la adopción abierta.

Finalmente, hay que señalar que tanto la adopción independiente como la adopción por agencias suele ser de carácter pleno, es decir, cortan por completo los vínculos legales entre los

padres biológicos y el menor, al tiempo en que crean los vínculos entre este último y los padres adoptantes; no obstante, algunos Estados permiten otra forma de adopción conocida como adopción simple, en la cual se crean vínculos entre los adoptantes y el adoptado, pero sin que este pierda los vínculos legales con sus padres biológicos (ISS, 2009). Visto en perspectiva desprevénida, esta forma de adopción tiene similitudes con el establecimiento de un tutor legal, que no rompe con el vínculo familiar previo.

Comparación de los sistemas de adopción de Colombia y Estados Unidos De América

Buscando conseguir una mayor precisión entre las diferencias y similitudes del sistema legal de adopción que tiene lugar en Colombia con el que opera en Estados Unidos de América, que facilite a su vez la búsqueda de la solución óptima al problema jurídico-constitucional planteado, se procederá a hacer una comparación detallada de las características y elementos de ambos sistemas.

Concepto.

En el sistema colombiano la adopción es entendida, de forma principal, como una herramienta de protección -implementada bajo la vigilancia estricta del Estado- que permite restablecer el derecho del menor abandonado a tener una familia, al crear un vínculo irrevocable, de carácter paterno-filial entre el adoptante y el adoptado. En el sistema estadounidense, por su parte, la adopción es concebida simplemente como un proceso legal mediante el cual se crea el vínculo paterno-filial entre el padre adoptante y el hijo adoptivo; se evidencia el carácter

proteccionista de la definición colombiana, frente al carácter funcionalista del concepto estadounidense.

Condición de adoptabilidad.

En Colombia resulta necesario que el menor sea declarado en condición de adoptabilidad por la autoridad competente (ICBF). En Estados Unidos de América, depende de la legislación estatal; en algunos Estados se requiere que los padres adoptantes tengan una licencia otorgada por el Estado para que la adopción pueda tener lugar. Ejemplo de esto último es el Estado de California, que como ya se mencionó es donde se realiza el mayor número de adopciones.

Edad del adoptivo.

En Colombia por regla general sólo se puede adoptar a menores de edad, aunque la adopción de mayores de edad resulta posible cuando el adoptante hubiera tenido al adoptivo bajo su cuidado al menos por dos años antes de que cumpliera la mayoría de edad. En Estados Unidos de América, la adopción de menores de edad es válida en todos los Estados, mientras que la de mayores de edad sólo es permitida en algunos, usualmente bajo la figura de la adopción simple.

Edad mínima del adoptante.

La legislación colombiana establece que el adoptante tiene que tener al menos 25 años de edad. En la legislación estadounidense no existe una edad nacional mínima, y por consiguiente esta varía entre un Estado y otro; en muchos Estados se considera que el aspecto es secundario y que debe primar el bienestar de los menores, al punto de permitir, incluso, que un menor de edad adopte a sus hermanos.

Diferencia mínima de edad entre el adoptante y el adoptivo.

En Colombia la ley ha determinado que el adoptante debe ser al menos 15 años mayor que el adoptivo. En Estados Unidos de América depende del Estado, pero la mayoría tiene una diferencia mínima de 10 años. Sin embargo, algunos Estados extienden dicha diferencia, como Idaho donde debe ser al menos de 15 años.

Estado Civil del Adoptante.

En Colombia la norma consagra la posibilidad de que los adoptantes sean casados (actuando de manera conjunta), solteros o sean compañeros permanentes con al menos dos años de convivencia continua; mediante sentencia de la Corte Constitucional se permite también la adopción por parte de la pareja homosexual cuando el menor sea hijo biológico de uno de ellos (padre o la madre biológica). En Estados Unidos de América, por regla general, se permite que los adoptantes sean casados, solteros o compañeros permanentes, aunque en Utah se prohíbe esta última posibilidad; la adopción por parte de parejas del mismo sexo se encuentra prohibida en la mayoría de estados.

Parentesco entre el adoptante y el adoptivo.

En el sistema colombiano se permite la adopción del guardador sobre el pupilo, una vez se hayan entregado las cuentas de la administración; de igual forma, se permite la adopción por parte del cónyuge o compañero permanente del padre o la madre biológica y, la de familiares hasta el sexto grado de consanguinidad. En el sistema estadounidense, las posibilidades son más

amplias e incluyen al padrastro, la madrastra, los tíos e incluso los hermanos, al igual que a la persona que haya estado ejerciendo la custodia temporal del menor.

Tipos de Adopción.

En Colombia todas las adopciones son de carácter completo y cerrado, es decir, cortan con los vínculos familiares previos y, los padres adoptantes y los biológicos no tienen ninguna interacción entre sí, ni llegan a conocerse; sin embargo, el menor tiene el derecho, si así lo desea, de conocer su origen. En Estados Unidos las adopciones pueden ser plenas o simples, al igual que pueden ser cerradas o abiertas, dependiendo de las políticas de cada estado y de la agencia a la cual se recurra para la adopción.

Canales de adopción.

En la legislación colombiana, el único ente habilitado para realizar procesos de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), por lo cual resulta indispensable recurrir al mismo para cualquier adopción legal. En la legislación estadounidense se puede recurrir a una agencia de adopciones, que puede ser pública o privada, o recurrir directamente a la rama judicial por intermedio de un abogado para proceder con una adopción directa y abierta, en la cual los padres biológicos y los padres adoptantes se ponen de acuerdo en la transferencia de la custodia del menor.

Capacidad para entregar en adopción.

En Colombia se encuentran capacitados para entregar en adopción la madre del menor, el padre y la madre de manera conjunta o el ICBF, en el caso de los menores en situación de

abandono declarado, buscando el restablecimiento de los derechos de los mismos. En Estados Unidos, además de los padres biológicos también puede hacerlo el curador ad litem del menor, las autoridades estatales del ramo o las agencias autorizadas de colocación de niños.

Efectos Jurídicos de la Adopción.

En Colombia adquieren derechos y obligaciones de padre, madre e hijo; se establece parentesco civil entre adoptivo y adoptante, que se extiende a todas las líneas y grados a los consanguíneos adoptantes o afines a estos; el adoptivo adquiere los apellidos del adoptante y deja de pertenecer a su familia de origen, con la cual se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo la reserva del impedimento matrimonial. En Estados Unidos de América, adquieren derechos y obligaciones de padre, madre e hijo; se establece parentesco entre adoptivo y adoptante, que se extiende a todas las líneas y grados a los consanguíneos adoptantes o afines a estos; en la adopción abierta o en la adopción simple el adoptivo sigue reconociendo a su familia biológica extensa con parentesco.

Características Especiales.

En Colombia, la adopción es irrevocable, no obstante el padre o madre adoptante puede ser privado de la patria potestad conforme lo establece la ley 1098 de 2006 y el Código Civil (art. 315). Estados Unidos de América y específicamente en el Estado de California, el menor adoptado al llegar a la mayoría de edad tiene la posibilidad de solicitar frente a la rama judicial la terminación de la relación paterno-filial entre él y sus padres adoptantes.

Procedimiento para la adopción.

En el caso colombiano, como ya se mencionó, la adopción tiene dos etapas, la primera de carácter administrativo y la segunda de carácter judicial; La primera inicia con la declaratoria de adoptabilidad del menor por parte del ICBF, quien con posterioridad estudia las solicitudes que para la adopción del mismo pueden presentarse, cuando dicha entidad determina que un candidato a adoptante cumple con todos los requisitos legales, otorga el concepto de favorabilidad que es un comprobante legal de la aprobación; con este documento con la asistencia de un abogado, los adoptantes inician la segunda etapa que se desenvuelve ante un Juez de Familia. El representante judicial de los padres adoptantes presenta todos los documentos que el ICBF le entregó junto con la demanda de adopción; el Juez, a quien por reparto judicial le haya correspondido conocer el caso, revisará todos los documentos presentados junto con el proceso surtido, bajo el conocimiento y notificación del Defensor de Familia, proferirá sentencia que decreta la adopción del (la) niño, niña o adolescente; declara que se estable entre el adoptante y el adoptivo relaciones paterno-filiales de carácter irrevocable, adquiriendo derechos y obligaciones dando lugar al parentesco civil; declara el nuevo nombre del adoptivo; Ordenar inscribir la decisión en el respectivo registro civil del menor y reemplazarlo; advierte que el termino de reserva de todos los documentos base de la acción es de 20 años.

En Estados Unidos de América, el proceso varía dependiendo de la forma de adopción elegida, pero por regla general, se requiere que los padres biológicos den su consentimiento y que los adoptantes tengan una licencia de adopción que garantice la idoneidad de su estado

físico, mental y patrimonial; luego se interpone la solicitud frente a un juez, ya sea por medio de la agencia que ha servido de intermediaria, cuando se ha recurrido a esta, o mediante un abogado particular, en caso de una adopción directa o independiente.

Abstracción de los contenidos comparados

Teniéndose el problema jurídico-social de derecho comparado y, habiéndose realizado la exposición y comparación de los sistemas jurídico-constitucionales de Colombia y de Estados Unidos de América, tanto a nivel general como en el campo específico de la adopción, es necesario realizar una abstracción de los contenidos expuestos para buscar establecer y concretar los lineamientos básicos de la solución óptima al problema planteado.

En primer lugar, es necesario tener presente las diferencias que, en lo referente a la concepción y conceptualización de la figura se tiene en ambos sistemas. Para el sistema colombiano la adopción es una herramienta de protección, que opera en pro de los principios de prevalencia de los intereses superiores del menor y por consiguiente se convierte en un modo para restablecer los derechos lesionados del menor abandonado, todo lo cual obliga a la intervención del Estado en el proceso de adopción, lo que lo vuelve dispendioso y estricto.

En Estados Unidos de América, si bien se tiene clara la necesidad de proteger de manera constante el bienestar de los menores de edad y de la consiguiente necesidad de supervisión del Estado (o más bien de los Estados) en los proceso de adopción, esta última es vista de una forma más funcional como una herramienta encaminada a establecer por vías legales un parentesco

paterno filial entre individuos que no lo tienen de forma natural, es decir, si bien se entiende que la adopción permite el restablecimiento de derechos y que por tanto necesita garantías, más aún por tratarse de menores de edad, esto no lleva a que dicha herramienta sea investida del profundo carácter proteccionista que sí se le otorga en Colombia.

De este acercamiento funcional a la adopción, sin descuidar la supervisión estatal necesaria, se deriva la respuesta que el gobierno estadounidense ha presentado para facilitar y agilizar los procesos de adopción: la multiplicidad de opciones. Al incrementar las formas de adopción y hacer diversos canales para acceder a esta, se ha evitado caer en un modelo rígido, dándole dinamismo al proceso; la capacidad de que existan múltiples agencias de adopción, tanto públicas como privadas (todas bajo supervisión de los Estados), permite que las personas interesadas en adoptar busquen la agencia que más se adapte a sus necesidades, haciendo el proceso más agradable y menos dispendioso.

De igual forma y en el caso de la adopción independiente, la posibilidad de recurrir de forma directa a la rama judicial, por el acuerdo entre los padres biológicos y los adoptivos, disminuyendo así de forma ostensible la burocracia necesaria para realizar la adopción, ha facilitado en gran medida que muchos niños, especialmente recién nacidos o menores de muy poca edad, encuentren un nuevo hogar y vean satisfecho su derecho a la familia y a la identidad, sin que esto represente un desentendimiento por parte de las autoridades estatales, o una falta de vigilancia respecto del bienestar de los menores.

Modelo de solución aplicable en Colombia

De lo anterior y regresando a nuestro problema jurídico-constitucional, se tiene que en la búsqueda de dinamizar el proceso de adopción en Colombia para garantizar el restablecimiento de los derechos de los menores en situación de abandono, es necesario crear nuevas opciones que permitan una adopción menos complicada y extenuante, en la cual, sin dejar a un lado las garantías constitucionales y la obligación estatal de proteger de manera privilegiada los derechos de los menores de edad, se elimine la carga burocrática innecesaria.

Es por esto último que el sistema de agencias no parece resultar el idóneo para superar la problemática, ya que si bien es cierto que la creación de agencias privadas generaría un mayor número de operadores y por consiguiente una menor congestión a la hora de interponer una solicitud de adopción, muy probablemente se extenderían a estas todos los requisitos que existen frente a la agencia de adopción pública del ICBF, e incluso más, ya que este último muy probablemente se vería obligado a supervisar el accionar de las agencias privadas, ralentizando aún más el proceso.

Es por esto que la figura de la adopción independiente o directa se convierte en la mejor opción. No sólo porque disminuye la carga burocrática asociada al proceso de adopción, agilizándolo, sino porque además corresponde con una conducta, que como se mencionó previamente, ya tiene lugar al interior de la realidad nacional colombiana a pesar de encontrarse penalizada por el sistema legal; así, se estaría creando una solución simultánea para dos problemas: por un lado, se daría dinamismo al proceso de adopción y; por el otro, se disminuiría

de forma ostensible una conducta oculta que se refleja en el registro civil alterado de los recién nacidos.

Es evidente, que nada de esto puede desconocer las garantías constitucionales, ni el interés prevalente de los derechos del menor, ni tampoco resulta necesario que tal cosa suceda; la adopción directa estaría supervisada en primer lugar por los jueces de familia, quienes en ejercicio de sus funciones legalmente establecidas y de las materias propias de su jurisdicción deberán garantizar la idoneidad de los padres adoptantes y la voluntad libre de vicios de los padres biológicos. Además, y al igual que sucede en el sistema estadounidense, el control posterior por parte de las autoridades legales sería también necesario, siendo en este punto el ICBF el llamado a supervisar de manera periódica durante los meses siguientes que el menor adoptado se encuentra en condiciones adecuadas.

Como puede verse, si bien lo anterior obligaría a una reescritura de la normativa nacional colombiana para la adopción, en ningún momento iría en contra de contenido constitucional sino que, por el contrario, ayudaría a garantizar su cumplimiento al facilitar la adopción de menores, que de otra manera, quedarían muy probablemente en situación de abandono y vulneración de sus derechos, razón por la cual la adopción directa frente a los jueces de familia y bajo la supervisión posterior del ICBF se convierte en la respuesta óptima -y contextualizada a la realidad colombiana- para la problemática de la adopción en Colombia.

Conclusiones

1. La Carta Magna de Colombia 1991, instituye de manera prevalente la salvaguarda y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
2. Con base en el principio de prevalencia citado, y a la obligación del Estado, el poder legislativo colombiano ha establecido normas complejas para la adopción de niñas, niños y adolescentes.
3. Para el restablecimiento de sus derechos, es necesario buscar estrategias o herramientas que permitan agilizar el proceso de adopción.
4. Analizando el sistema jurídico de Estados Unidos de América, especialmente de California, se encontraron herramientas adaptables a nuestra realidad social, garantizando con la adopción directa el bienestar de los niños, niñas y adolescentes adoptados.
5. Entre las formas revisadas, se ha escogido la adopción independiente o directa, en razón a que se torna como la forma menos burocrática y más ágil para la adopción.

BIBLIOGRAFIA

- Aristizábal, G. (1989). *El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar frente a los programas de adopción Oficiales y Provados*. Bogotá : Tesis para optar al título Especialización Universidad La Gran Colombia. .
- Autorizacion judicial de vinculo filial, Sentencia SU 617 (Corte Constitucional 28 de 08 de 2014).
- Banco Interamericano de Desarrollo . (25 de Septiembre de 2000). *Banco Interamericano de Desarrollo* .
Obtenido de El Derecho a la Identidad. Taller Regional sobre el derecho a la Identidad de niños y adolescentes en el Mercosur:
<http://idbdocs.iadb.org/WSDocs/getDocument.aspx?DOCNUM=35248541>
- Beauvais-Godwin, L., & Godwin, R. (17 de Octubre de 2005). *The Complete Adoption Book: Everything You Need to Know to Adopt a Child*. Obtenido de Amazon: <http://www.amazon.com/The-Complete-Adoption-Book-Everything/dp/1593373694>
- Bonnecase, J. (1997). *Tratado Elemental de Derecho Civil Tomo I*. Mexico: Editorial Iberoamericana S.A.
- Busuttil, F. (13 de 06 de 2014). *La Trata Infantil, Traducccion Cordonet*. Obtenido de www.humanium.com: <http://www.humanium.org/es/trata-ninos/>
- California Legislative Information . (s.f.). *Codigo Familiar de California Division 13. Adoption (8500-9340)*. Obtenido de California Legislative Information :
<http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml>
- Carbonell , J., Carbonell, M., & González Martín , N. (2012). *Las Familias en el Siglo XXI una mirada desde el derecho* . Mexico : Biblioteca Jurídica Virtual de la Unam. .
- Carvajal, J. (1988). *La Adopción* . Bogotá D.C.: Monografía para optar al título de especilización, Universidad La Gran Colombia. .
- Castellanos Hernández, E. d. (Enero de 2011). *El Derecho a la Identidad como Derecho Humano*. Obtenido de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/>:
http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2011/Derecho_a_la_identidad_como_derecho_humanoELECTRONICO.pdf
- Child Welfare Information Gateway. (Enero de 2012). *Who May Adopt, Be Adopted, or, Place a Child for Adoption?* Obtenido de Child Welfare Information Gateway:
<https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/parties.pdf#page=4&view=Who May Place a Child for Adoption?>
- Código Civil Frances. (01 de 08 de 2014). *Gallica Bibliothèque Numérique*. Obtenido de <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f3.image.langFR>

- Congreso de la Republica de Colombia . (2011). *Código de la Infancia de la Adolescencia, Ley 1098 de 2006*. Medellín. : Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. .
- Congreso de la Republica de Colombia. (30 de 12 de 1960). *Ley 140 de 1960*. Obtenido de ICBF: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0140_1960.htm
- Congreso de la Republica de Colombia. (2001). *Código Penal Ley 599 de 2000*. Bogotá D.C. : Legis.
- Congreso de la Republica de Colombia. (04 de 07 de 2014). *www.icbf.gov.co*. Obtenido de http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0005_1975.htm
- Constituyente, A. N. (1990). *Constitución Polica de colombia* . Bogotá D.C. : Legis .
- Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 (parcial) del Decreto 2737 de 1989, Sentencia C- 093 (Corte Constitucional 31 de Enero de 2001).
- Demanda de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley 962 de 2005, Sentencia C- 893 (Corte Constitucional 2 de Diciembre de 2009).
- Derecho a la Filiación -Elemento integrador del estado civil de las personas, Sentencia T-390 (Corte Constitucional 14 de abril de 2005).
- Derecho a la unidad familiar de personas que se encuentran privadas de la libertad. , Sentencia T-844 (Corte Constitucional 24 de 11 de 2009).
- Derecho a que las opiniones de los niños, niñas y adolescentes sean tenidas en cuenta. , Sentencia T-276 (Corte Consitucional 11 de 04 de 2012).
- Derecho del menor a tener una familia., Sentencia T-572 (Corte Constitucional 26 de 08 de 2009).
- El Tiempo. (18 de Febrero de 2015). *En qué está la adopción en Colombia*. Obtenido de El Tiempo : <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/adopcion-gay-panorama-de-la-adopcion-en-colombia-en-el-2015/15268898>
- Fernandez Sessarego, C. (1992). *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Astrea.
- GARCIA ABELLO, O. (2011). La Familia como Bien y Objeto Jurídico de Protección en el Marco de la Violencia Intrafamiliar. *ADVOCATUS No. 17*, 29-49.
- Goldstein, R. (1993). *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires : Astrea.
- GONZALEZ CONTRO, M. (2011). Reflexiones Sobre el Derecho a la Identidad de Niñas, Niños y Adolescentes en Mexico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado No. 130*, 107-133.
- Hicks, R. (2005). *Adopting in America: How to Adopt Within One Year*. San Diego, California: Wordslinger Pr.
- Hicks, R. (2007). *Adoption: The Essential Guide to Adopting Quickly and Safely*. New York: Library of Congress Cataloging-in Publication Data.

International Social Service -ISS. (Enero de 2007). *Simple Adoption vs Full Adoption. - Tehe Effects of adoption.* . Obtenido de International Social Service ISS: <http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/eng/29.Adoption%20simple-full.%20eng.pdf>

LOPEZ DIAZ , C. (2005). *MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA Y TRIBUNALES DE FAMILIA TOMO I.* Santiago de Chile : Librotecnia.

Perez Duarte, A. E. (1998). *Derecho de Familia.* Mexico: Biblioteca Virtual.

Principio del Interes Superior del Menor, Sentencia T-260 (Corte Constitucional 29 de Marzo de 2012).

Silvero Salgueiro , J. (2005). *Metodología del derecho comparado - Memorial del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados.* . Obtenido de Biblioteca Virtual de la Universidad Autónoma de México. : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/19.pdf>

UNICEF - CEPAL. (13 de Noviembre de 2011). *El derecho a la Identidad: Los registros de nacimiento en América Latina y el Caribe.* Obtenido de UNICEF : <http://www.unicef.org/lac/Desafios-13-CEPAL-UNICEF%281%29.pdf>