

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIOLACION AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA  
DOBLE INSTANCIA EN EL ARTICULO 126 NUMERAL 5° DE LA LEY 1098 DEL 2006  
SOBRE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CUANDO SE NIEGA LA ADOPCIÓN**

Adriana Jazmín Franco<sup>1</sup>

Jairo Ricardo Pinzón Garzón<sup>2</sup>

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO DE FAMILIA  
BOGOTÁ D.C., 2019**

**TABLA DE CONTENIDO**

---

<sup>1</sup> Abogada Universidad La Gran Colombia.

Este escrito es para optar por el título de especialista en Derecho de Familia de la Universidad La Gran Colombia.

<sup>2</sup> Abogado Universidad Militar Nueva Granada.

Este artículo es para optar por el título de especialista en Derecho de Familia de la Universidad La Gran Colombia.

Resumen.....	3
Introducción.....	4
1. Origen del Fundamento a la Doble Instancia.....	7
2. Origen del Fundamento al Debido Proceso.....	11
3. El Proceso de Adopción.....	13
4. Efectos de la sentencia en el Proceso de Adopción.....	20
5. Evidencia del Déficit del Principio Constitucional de la Doble Instancia en los efectos de la Sentencia en los Efectos del Proceso de Adopción.....	21
6. Déficit Normativo Respecto al Principio de la Doble Instancia en los en el Proceso de Adopción.....	22
7. Adopción niñas Jaramillo-Ballesteros.....	34
Conclusiones.....	40
Bibliografía.....	42

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIOLACION AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA  
DOBLE INSTANCIA EN EL ARTICULO 126 NUMERAL 5° DE LA LEY 1098 DEL 2006  
SOBRE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CUANDO SE NIEGA LA ADOPCIÓN

**RESUMEN**

El presente documento es un producto de una investigación que busca la reflexión crítica y el análisis si presuntivamente se estaría violando el principio Constitucional de la Doble Instancia respecto del artículo 126 numeral 5° de la Ley 1098 del 2.006 sobre los efectos de la sentencia cuando se niegan las pretensiones en el proceso de adopción, por lo tanto se entra a analizar si el proceso de adopción deja de ser de primera instancia cuando se niega vulnerando los derechos de los menores, y de primera instancia cuando se conceden las pretensiones, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en lo relacionado al principio de la Doble Instancia, y la doctrina referente al tema.

## INTRODUCCIÓN

Este escrito de investigación tiene como propósito analizar si se está violando el derecho a que las decisiones sean revisadas por el ad quo o superior judicial y por consiguiente al debido proceso al identificar un vacío en la Ley 1098 del 2006 en su artículo 126 numeral 5°, el legislador contempló el recurso de apelación para las sentencias que conceden la pretensión de adopción, pero guardó silencio cuando la sentencia niega la adopción.”.

Por esta razón se entró a analizar si la posibilidad de negar el recurso de apelación cuando se niegan las pretensiones en el proceso de adopción relega por completo el desarrollo constitucional contemplado en el Código de Infancia y Adolescencia Ley 1098 del 2.006, ante este vacío normativo genera una duda en la aplicación o diversas interpretaciones de la norma. Se entró a analizar la posible violación del principio de la Doble Instancia en el proceso de Adopción, desde los Principios Generales del Derecho, la Teoría General del Proceso y los Principios Constitucionales. Se estudiará la potestad discrecional del Juez frente a la concesión o no del recurso de apelación.

Se compara el vacío de criterio y unificación de principios en materia Constitucional que existe desde el punto de vista de la Doctrina, la ley y la jurisprudencia del Derecho de Familia el cual carece de criterio, surge entonces la necesidad del Estado de adaptar el ordenamiento jurídico en materia de Infancia y Adolescencia a los nuevos cambios sociales, políticos y económicos, y unificar criterios más afines a los principios democráticos de nuestra Constitución Política.

En el ámbito de aplicación la nueva normatividad desarrolla en la primera parte el procedimiento de Infancia y Adolescencia que debe ser aplicado por las entidades que pertenecen a las ramas del poder público y a los órganos competentes para tratar estos temas que concierne a la niñez como son el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar- I.C.B.F., Las Comisarias de Familia y los Juzgados de Familia o Promiscuos a falta de estos donde se incluyen los principios fundamentales constitucionales de la Doble Instancia, del debido proceso, de igualdad, de buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia y coordinación de igual forma se debe hacer referencia a los principios orientadores de los derechos de los niños, de modo que estos lineamientos de carácter jurídico guían la participación y actuación de los Jueces, la administración y los ciudadanos en las sentencias de adopción.

Se contextualiza de qué manera se trasgrede la Constitución Política de Colombia al no contemplar el recurso de apelación cuando se niegan las pretensiones en el proceso de Adopción.

Para desarrollar este documento se analizó desde la Constitución, La Ley, la doctrina y la jurisprudencia, los principios de la doble instancia y del debido proceso con el fin de identificar el vacío respecto del efecto de la sentencia en proceso de adopción cuando se niegan las pretensiones.

Esta investigación es de tipo descriptivo, analítico conceptual, porque se dirige a examinar específicas instituciones, su concepto, desarrollo en el sistema de fuentes y su contraste con otras variables, identificándose diversos criterios aplicables para por último perfilar el que se encuentra acorde con los contenidos constitucionales.

El método que se empleó fue el deductivo y de corte técnica análisis jurisprudencial, legal y apoyados en la doctrina, que se ubica en las investigaciones dogmáticas, siendo aplicado para lograr la consecución de los objetivos trazados. Lo anterior, debido a que se quiso ahondar en el estudio de la esencia de los derechos del debido proceso y doble instancia en relación con su posible vulneración.

## **CAPÍTULO 1.**

### **ORIGEN DEL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA**

El origen de la segunda instancia nació o fue puesto en práctica con la finalización de la revolución francesa, por cuanto la forma de gobierno imperante con anterioridad, era el absolutismo o “poder soberano”, entendido como la potestad aplicada directamente por el pueblo o por el Rey, quienes no tenían superior fuera de Dios, siendo su potestad indivisible, inalienable, intranscriptible y libre (Jarillo, J. 2005, pág. 3), en otras palabras, su característica principal era la desvinculación del rey y el derecho positivo y por lo mismo podía legislar y privilegiar conforme a su voluntad, sin trabas institucionales, que no generaba un gobierno tiránico o déspota, sino limitado por los derechos divino, natural y de gentes, así la independencia se daba exclusivamente de del derecho positivo o civil. (Universidad de Castilla – La Mancha, 2014, pág. 17).

Sin embargo, dentro de los pueblos de la antigüedad ya se generaban esbozos del principio, cuando intervenían jueces a quienes se "delegaba" la administración de justicia, suscitando tribunales de segunda instancia, que se constituían por la clase sacerdotal, nobleza o milicia, como los superiores de Tebas, Menfis y Heliópolis en Egipto, el Gran Sanedrín de los hebreos y el Phrytaneo y los Heliastas en Grecia, los cuales tenían la labor de comprobar o verificar las providencias de jerarquías inferiores (Canosa, 2011, pág. 45).

En el mismo sentido, en Roma, con el propósito de redimir algún error humano por parte de los juzgadores, se idearon la acción de nulidad o "querella nullitatis", para reparar algún vicio de forma; la "restitutio in integrum", para

los casos en que hubiese faltado o hubiese sido defectuosa la defensa o apareciesen nuevos medios de prueba; y la "appellatio", que pretendía llegar ante magistrados superiores e incluso ante el emperador (Canosa, 2011, Pág. 45).

En la actualidad, la definición del principio de la doble instancia, tal como lo establece José Gregorio Hernández Galindo, es entendida como la garantía indispensable en el Estado de Derecho, importante en todas las ramas pero especialmente en materia penal, que consiste en la posibilidad de acudir ante un juez, normalmente el superior jerárquico del que ha resuelto, para que revise la sentencia condenatoria o desfavorable, o absolutoria (Hernández. J. G., 2014).

En el derecho colombiano, el principio de la doble instancia ha sido previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, a cuyo tenor indica: "Toda sentencia podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley", y frente a la impugnación, el artículo 29 del mismo ordenamiento, consagra que toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

Así la sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996 advierte que:

El principio de la doble instancia, garantizado constitucionalmente (Art. 31 C.P.), se constituye en una piedra angular dentro del Estado de derecho, pues a través de él se garantiza en forma plena y eficaz el ejercicio del derecho fundamental de defensa y de contradicción, ambos integrantes del denominado debido proceso. Así, en materia penal, resulta de singular importancia que el superior jerárquico del funcionario encargado de tomar una decisión en primera instancia, pueda libremente estudiar y evaluar las argumentaciones expuestas

y llegar, por tanto, al convencimiento de que la determinación adoptada se fundamentó en suficientes bases fácticas y legales o que, por el contrario, desconoció pruebas, hechos o consideraciones jurídicas que ameritaban un razonamiento y un juicio diferente”. (Corte Constitucional C-037, 1996).

Y, en sentencia C-095 del año 2003, señala que:

“En el origen de la institución de la doble instancia subyacen los derechos de impugnación y de contradicción. En efecto, la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulte forzosa la consulta” Corte Constitucional, C-095, 2003).

Así las cosas, el fundamento originario de la doble instancia surge ante la necesidad de preservar el principio de legalidad ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez en la adopción de una decisión judicial y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la ley, es decir, es una garantía contra la arbitrariedad y un mecanismo idóneo y eficaz para la corrección de los errores en que pueda incurrir una autoridad pública (Corte Constitucional, C-718, 2012).

De otra parte, permite hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, ya que, implica la posibilidad del afectado con una decisión errónea o arbitraria, solicite al juez la protección y restablecimiento de los derechos consagrados en la Constitución y la ley, entendiéndose que existe una relación estrecha entre el principio de la doble instancia y el

derecho de defensa, toda vez que a través del establecimiento de un mecanismo idóneo y efectivo para asegurar la recta administración de justicia, se garantiza la protección de los derechos e intereses de quienes buscan acceder al aparato estatal (Corte Constitucional, C-718, 2012).

En este sentido, la aplicación armónica de los derechos, permite el compromiso Estatal (autoridades públicas) en el logro de los fines propios del Estado Social de Derecho, destacándose la efectividad de los principios y derechos de la Constitución Política de 1991, así como la vigencia del orden justo y el respeto de la dignidad humana (artículo 2° C.P); convirtiéndose el proceso penal y concretamente, el juicio oral en un escenario en el que debe primar la posibilidad de alzarse en contra de un fallo agravante, afirmación frente a la cual se hallan 2 ideas centrales: de una parte, la delimitación y alcance del derecho al recurso contenido en la ley y, de otra, la compatibilidad de los modelos orales con sistemas recursivos amplios.

Se estudió este principio de doble instancia con el fin de cotejar si efectivamente se da cumplimiento en el proceso de adopción cuando un Juez la niega.

## CAPÍTULO 2

### ORIGEN DEL FUNDAMENTO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Tenemos que el principio de Doble Instancia es de jerarquía Constitucional al igual que el principio del Debido Proceso, este tiene su origen de acuerdo con Hoyos (2004) “en la Carta Magna la cual fue expedida en Inglaterra por el rey Juan en 1215 donde manifestaba (*due process of law*) debido proceso legal, para reconocer una serie de derechos feudales en respuesta a las demandas de los barones de Runnymede y constaba originalmente de 63 capítulos. En la reexpedición de la carta en 1225, en el reinado de Enrique III el documento fue reducido de 63 a 37 capítulos y la cláusula del debido proceso todavía *per legem terrae* del capítulo 39 al capítulo 29. Unos doce años después el documento fue denominado magna carta oficialmente por primera vez”.

Sumado a lo anterior en Colombia en la constitución de 1886 disponía el debido proceso en su artículo 26 decía, Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio; y en la constitución política de 1991 se consagra el debido proceso en el artículo 29 consagra que El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En igual sentido Gordillo (2013) expresa que el principio constitucional de la defensa en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio

amplio, no restrictivo como ya se mencionó la Constitución configura a este principio como un principio general del derecho.

Gordillo, (2013) prosigue invocando que el principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar no es solamente un principio de justicia: Es también un principio de eficacia; porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto ayuda a una mejor administración además de una más justa decisión.

El principio se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros, y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, entonces es meritorio que la voz del afectado, aun en el más claro de los casos, aporte siempre un elemento más de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto.

Una vez desarrollados los principios Constitucionales de la Doble Instancia y del Debido Proceso se exponer el proceso de adopción en sus etapas.

## CAPÍTULO 3

### EL PROCESO DE ADOPCIÓN

Debemos abordar el proceso de Adopción con el fin de explicar son los efectos del proceso, el proceso de adopción, el concepto de se encuentra en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006. Se define como "principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza". La adopción es 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<sup>1</sup>. La finalidad de la adopción es "el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello conlleva ya que", en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

La adopción tiene dos etapas:

- La primera es administrativa. Se surte ante el ICBF y en ella se declara adoptable al niño.
- La segunda es judicial. La adopción es decretada a través de sentencia judicial en los juzgados de familia, y debidamente ejecutoriada establece la relación paterno - filial.

Ahora bien, examinadas las generalidades del proceso de adopción, a continuación se hace una breve descripción del proceso de adopción, de acuerdo a la ley 1098 de 2006, Ley 1878 de 2018 y El manual de adopciones del ICBF:

## **TRÁMITE ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL DE ADOPCIÓN**

1. *“Conjunto de actividades mediante las cuales se adelanta, ante el ICBF o ante las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción (IAPAS), las gestiones necesarias para iniciar el trámite de adopción. Incluye la presentación de la solicitud, acreditación de la idoneidad de los adoptantes, asignación del adoptante a un niño, niña o adolescente, las etapas de encuentro e integración, y el seguimiento post-adopción, este último posterior al trámite judicial”* (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017. Pp. 72) **TRÁMITE ADMINISTRATIVO DE ADOPCIÓN.**

### ***Generalidades del procedimiento:***

1. Inicia actuación administrativa a través del auto de apertura.
2. Traslado del auto de apertura en los términos del artículo 4 de la ley 1878 de 2018, que modifica el art. 10 del CIA.
3. Decreto y practica de pruebas.
4. Traslado por cinco días a las partes interesadas conforme art. 99 del CIA. Término establecido por el art. 4 de la ley 1878 de 2018.
5. Mediante auto notificado por estado, se fijará fecha de audiencia de pruebas y fallo, diligencia en la que se practicarán las pruebas que no hayan sido adelantadas, se correrá traslado y se emitirá fallo.
6. Contra el fallo procede recurso de reposición, que deberá presentarse y sustentarse en audiencia.

7. Se resuelve el recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes a su formulación, sino lo hace en dicho término, pierde competencia y debe remitir dentro de los tres (3) días siguientes, el expediente al Juez de Familia para que este resuelva el recurso o decida sobre la situación jurídica del niño, niña o adolescente en un término máximo de dos (2) meses.

8. Resueltos los recursos o vencido el termino para interponerlos, deberá remitirse el expediente al Juez de Familia para la homologación del fallo, sí dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del fallo, el defensor de familia o alguna de las partes manifiesta su inconformidad con la decisión.

En firme la decisión administrativa y sin objeción alguna, está tendrá plenos efectos y en caso de declaratoria de adaptabilidad, tendrá como efecto inmediato, la terminación de la patria potestad del menor la cual ha de registrarse en el libro de varios de la notaría u oficina de registro civil. Hecha la anotación, se remitirá la historia al comité de adopciones de la regional correspondiente.

### **FRENTE AL ADOPTANTE**

1. El ICBF recibe la solicitud de adopción, dicha solicitud debe radicarse con la documentación exigida para cada caso.

2. Luego el ICBF estudia la solicitud, aprueba o niega.

Aprobada la solicitud, e idoneidad mental, moral, social del interesado:

- El comité selecciona la familia y realiza la asignación.
- Se expide certificado de idoneidad.
- Ingresa a la lista de espera.
- Si la familia acepta, se prepara el encuentro con el menor
- Encuentro entre adoptantes y el menor.
- Expedición del certificado de integración
- Entrega de documentos para el proceso judicial de adopción.

## FRENTE AL ADOPTADO

1. El PARD inicia de oficio o por solicitud de parte cuando la dignidad o integridad de un niño, niña o adolescente ha sido vulnerado o se encuentra en riesgo.
2. La entidad del Sistema Nacional de Bienestar Familiar competente verifica el estado y cumplimiento de los derechos o condiciones que se relacionan a continuación, los cuales fueron modificados por la ley 1878 de 2018 art. 1. Que modifica el art. 52 de la ley 1098 de 2006:

- Valoración estado de salud psicológica y emocional.
- Valoración estado de nutrición y Vacunación.
- Valoración entorno familiar, redes vinculares, factores protectores y de riesgo de garantía de derechos.
- Verificación inscripción en el registro Civil de Nacimiento.
- Verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social.
- Verificación vinculación al sistema educativo

\* De las anteriores actuaciones, el equipo interdisciplinar debe rendir informe que servirá como prueba para definir el trámite a seguir, y debe realizarse inmediatamente, salvo que el menor no se encuentre ante autoridad competente, caso en el que la verificación no podrá tardar más de diez (10) días.

3. De ser necesario adoptar la medida de restablecimiento de derechos que corresponda:
  - Amonestación.
  - Retiro inmediato del menor de la actividad que amenace o vulnere sus derechos.
  - **Ubicación en el medio familiar**, modificado por art. 2 ley 1878 de 2018, se hará en los seis meses de la actuación administrativa y no será excusa para el retraso de las actuaciones administrativas o judiciales, así mismo se impone a las entidades públicas o privadas atender cualquier solicitud relacionada con esta medida en un término no superior a diez (10) días; o Centros de emergencia cuando no proceda la ubicación en hogar de paso.
    - Ubicación en hogar de paso. (permanencia 8 días hábiles)

- Ubicación en hogar sustituto.

\*La ley 1098 de 2006 establecía que el trámite administrativo podía durar seis (6) meses, prorrogables por seis meses más ante causa justificada, con la modificación introducida por la ley 1878 de 2018 este término es improrrogable.

## **TRÁMITE JUDICIAL DE LA ADOPCIÓN**

Conjunto de actividades ante el Juez de Familia con el fin de que se profiera la sentencia que decreta la adopción, la cual debe ser notificado personalmente al menos a uno de los adoptantes para que quede ejecutoriada. Una vez ejecutoriada, esta sentencia producirá todos los derechos y obligaciones propios de la relación paterno-filial. El documento deberá contener todos los datos necesarios para que su inscripción en el registro civil constituya el acta de nacimiento y reemplace la de origen, la cual se anulará. En la sentencia se omitirá el nombre de los padres de sangre, si fueren conocidos. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017.)

## **GENERALIDADES DEL PROCESO**

**Competencia:** En primera instancia el juez del domicilio de los adoptantes, cuando sea adopción internacional, será competente cualquier juez del país. (modificado art. 10 ley 1878 de 2018)

**Legitimidad por activa:** Por los interesados en ser adoptantes, mediante apoderado.

\* Lo anterior atendiendo los requisitos señalados en el artículo 124 y 125 de la ley 1098 de 2006, modificado por el art. 10 de la ley 1878 de 2018.

**El proceso se adelanta tal como sigue:**

Admitida la demanda, se corre traslado al Defensor de Familia por el término de tres (3) días, si el defensor se allanare, el Juez dictará sentencia en los diez (10) días siguientes a la presentación de la demanda.

Se podrá suspender el proceso por un término de hasta tres meses improrrogables siempre que exista causa justificada, por solicitud de los adoptantes o defensor de familia.

La sentencia se notificará personalmente por lo menos a uno de los adoptantes.

La sentencia que decreta la adopción debe contener todos los datos para la inscripción en el registro civil reemplazando la de origen, registro que se anulará; y producirá todos los efectos derivados de la relación paterno o materno – filial desde la fecha de presentación de la demanda.

Si dichas actuaciones no se adelantan dentro de los plazos fijados por la ley 1878 de 2018, dará lugar a las responsabilidades previstas para las decisiones de tutela en caso de vencimiento injustificado de los respectivos plazos. (Inciso final artículo 11 ley 1878 de 2018).

**Seguimiento:**

Con las modificaciones introducidas por la ley 1878 de 2018, se estableció que una vez adoptada la medida de restablecimiento, se dará un seguimiento al caso por el termino de seis meses prorrogable por seis meses más, aclarando dicha norma en el artículo 6º, que en ningún caso el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos con el seguimiento podrá exceder el término de dieciocho (18) meses.

De tal forma, que de acuerdo a lo señalado por el Código de Infancia y Adolescencia, el termino del procedimiento administrativo de adopción es de seis meses, resaltando que desde la sanción de la ley 1878 de 2018 dicho termino es improrrogable; y en lo que respecta a la etapa judicial, la misma cuenta con términos cortos, que en casos excepcionales pueden durar hasta tres meses improrrogables, lo cual en la práctica no sucede, razón por la cual se promulgó

la ley 1878 de 2018, que prevé sanciones drásticas para funcionarios tanto administrativos como judiciales, en caso de incumplir dichos términos de forma injustificada.

Una vez expuestas las dos etapas del proceso de Adopción la primera Administrativa y la segunda judicial, debemos profundizar y ahondar aun mas en la etapa judicial, haciendo hincapié en los efectos de la sentencia del proceso de adopción.

## **CAPÍTULO 4**

## **EFFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN**

Con la exposición en detalle del proceso Administrativo y Judicial de la Adopción continuamos profundizando en lo concerniente a la sentencia, entonces tenemos que la sentencia deberá ser notificada por uno de los adoptantes y deberá concurrir personalmente al Juzgado a recibir notificación personal de la sentencia, la sentencia deberá contener todos los datos necesarios para que su inscripción constituya el acta de nacimiento y reemplace la de origen, la cual se anulará. Una vez en firme se inscribirá en el Registro del Estado Civil y producirá todos los derechos y obligaciones propios de la relación paterno o materno-filial, desde la fecha de la presentación de la demanda, en todo caso en la sentencia deberá omitirse mencionar el nombre de los padres de sangre.

La sentencia que **DECRETE** la adopción podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, de conformidad con el trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil, en donde intervendrá el Defensor de Familia. (Art. 126 Ley 1098 del 2006).

Cuando se da acatamiento a las ritualidades en cada una de las etapas manifestadas en la norma de infancia y adolescencia, con el lleno de todas las exigencias contempladas en la norma, no existe ningún problema, se cumplen todos los presupuestos constitucionales y se satisfacen los derechos del niño o la niña.

Aludimos los efectos de la sentencia con el fin de evidenciar un vacío en la norma de infancia y adolescencia que nos llama especialmente la atención teniendo en cuenta los alcances y el daño antijurídico que puede originar al menor, sujeto de medida de protección por parte del Estado, cuando se niegan las pretensiones de la demanda de adopción.

## **CAPITULO 5**

## **EVIDENCIA DEL DEFICIT DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA DOBLE INSTANCIA EN LOS EFECTOS DEL PROCESO DE ADOPCIÓN**

Encontramos que uno de los efectos de la sentencia en el proceso de Adopción es que podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, de conformidad con el trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil hoy en el Código General del Proceso, en donde intervendrá el Defensor de Familia.

(Ley 1098 del 2006, Art. 126).

El legislador menciona expresamente que es procedente conceder el recurso de apelación cuando se decreta la Adopción por múltiples causas, pero guardó silencio frente a la procedencia del recurso de apelación cuando en la sentencia se NIEGAN las pretensiones de la solicitud de Adopción.

## **DEFICIT NORMATIVO RESPECTO AL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN**

Como antecedente normativo al Código de Infancia y Adolescencia Ley 1098 del 2006, hallamos al Decreto 2737 de 1989 anterior Código del Menor en su Art. 112, refiere los efectos de la sentencia de adopción y expresa que la sentencia que RESUELVA, sobre la adopción podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, de acuerdo a lo establecido en el Código Procedimiento Civil, donde intervendrá el Defensor de Familia pero en ningún caso será objeto de consulta, si interpretamos la norma exegéticamente no hallamos ningún vacío normativo, ya que en el primer párrafo respecto de la sentencia que RESUELVA, puede ser que mediante sentencia se CONCEDA la Adopción o que la NIEGUE, puede ser apelada ante el Tribunal del Distrito Judicial, en absoluto viola el principio de la Doble Instancia y el Debido Proceso.

Con la expedición de Ley 1098 del 2006 en su artículo 126, se figuraron las reglas especiales del procedimiento de adopción y en el contenido del numeral 5° sujeta los efectos de la sentencia del proceso y explica que la sentencia que DECRETE la adopción podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial pero no se mencionó nada al respecto cuando la sentencia NIEGA la adopción.

De la misma manera se expidió la Ley 1878 del 2018, en su artículo 11, fue aprobada y sancionada con el mismo yerro normativo e igualmente reza que la sentencia que DECRETE la adopción podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, pero igualmente se guardó silencio respecto de las sentencias que NIEGAN la adopción.

Esto es un déficit normativo imperceptible que ha suscitado en la práctica un sinnúmero de debates en los Juzgados de Familia, sobre todo en los casos que, por creencias personales, por creencias religiosas, por el motivo que sea, se niega mediante sentencia la Adopción, inviste al Juez de no conceder el recurso de apelación si se niegan las pretensiones.

Además del vacío normativo expuesto anteriormente, observamos otro problema generado que se desprende del déficit normativo que nos ocupa, hablaremos del proceso de Adopción en cuanto su naturaleza procesal con el fin de identificar las consecuencias.

### **INSUFICIENCIA DEL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA EN LAS SENTENCIAS QUE NIEGAN LA ADOPCIÓN**

Encontramos que el proceso de Adopción en cuanto a su naturaleza es un proceso de Jurisdicción Voluntaria ya que este no reviste de un demandado, de estos procesos conocen los Jueces de Familia en Primera Instancia conforme al Artículo 22 del Código General del Proceso, pero en cuanto a los efectos de la sentencia y a la naturaleza del proceso, este proceso tiene Segunda Instancia.

Como se expuso anteriormente la sentencia que niega la solicitud de Adopción no tiene apelación porque con este déficit normativo no solo provoca forzosamente una mutación en los efectos de la sentencia, sino también en la naturaleza del proceso, es decir convierte la Adopción proceso de primera instancia en uno de única instancia.

### **VACÍO NORMATIVO ES UNA INFRACCIÓN A LA PRÁCTICA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL**

La particular relevancia doctrinaria y práctica que en los últimos años han tenido los problemas de interpretación jurídica en general y de interpretación judicial en particular ( a la que se ha hecho referencia con anterioridad), ha dado lugar a un interesante debate entre quienes consideran que, gracias al trabajo innovador de ciertos jueces y tribunales, se está en presencia de un nuevo derecho, más dinámico y acorde con la realidad social que aquel que estuvo vigente durante buena parte del siglo XX, frente a otros que, siendo críticos de esta nueva visión sobre la labor del Juez, creen que estas tentativas de renovación de la práctica judicial no solo son extranjerizantes, dado que provienen de tradiciones jurídicas extrañas a nuestro contexto, sino que además afectan profundamente la seguridad jurídica, por lo cual es necesario retornar a las sabias reglamentaciones hermenéuticas del Código Civil y de la Ley 153 de 1887, según las cuales el juez debe siempre atenerse al estricto tenor de la Ley. (Interpretación Judicial Uprimny Yepes-Rodriguez Villabona 2006).

Como decíamos esta controversia es interesante e importante, y podría enriquecer enormemente la reflexión sobre el derecho, pues toca un aspecto esencial de la teoría jurídica y de la práctica judicial, a saber, como deben interpretar los jueces las normas con el fin de resolver correctamente los casos que llegan a su conocimiento. Sin embargo, es posible constatar que en general el debate ha sido mal planteado, pues ha tendido cada vez más a polarizarse. Así algunos defensores del denominado “nuevo derecho” parecen sugerir que la seguridad jurídica es un valor poco importante en los sistemas jurídicos contemporáneos (en especial tratándose de democracias constitucionales), pues los jueces deben buscar primariamente la realización de la justicia material en sus decisiones. De esta manera, se tiende a descalificar como conservadores a todos aquellos juristas que se preocupan por el

control de la arbitrariedad judicial. Por su parte, los detractores de las nuevas tendencias interpretativas consideran que sólo el retorno a la exegesis implícita en las reglas del Código Civil permite lograr la seguridad jurídica que debe existir en la labor judicial y que caracteriza el Estado de derecho. (Interpretación Judicial Uprimny Yepes-Rodriguez Villabona 2006).

Estaríamos así en una especie de reedición de las recurrentes polémicas entre los antiguos y los innovadores que se suelen dar en las distintas disciplinas del saber humano, si bien en este caso la polarización es no solamente perjudicial, pues evita un dialogo fecundo que permita llegar a resultados teóricos y prácticos que enriquezcan el trabajo judicial, sino que además es muy equívoca, ya que ambas posiciones además de ser unilaterales son, paradójicamente y en cierto sentido, complementarias.

De esta forma, no es cierto que la seguridad jurídica y el respeto del juez a la ley sean valores conservadores o de poca importancia en una democracia, ya que no puede existir justicia material allí donde no exista un control a la arbitrariedad judicial. Por ejemplo, en materia penal, es claro que autores democráticos y progresistas, desde Beccaria hasta nuestros días, han definido la estricta sujeción del juez a la Ley, mientras que algunas tendencias autoritarias han abogado por una mayor creatividad judicial. Pero, por otra parte, las reglas del Código Civil no permiten lograr buenas decisiones judiciales en todos los caso, pues sus insuficiencias son evidentes, por ejemplo cuando se trata de interpretación de las reglas y principios constitucionales.

Por lo demás, como se mostrará más adelante, no solo el “ nuevo derecho” dista de ser nuevo, ya que es una recepción tardía de diversas tendencias que hace varias décadas se dieron en

otros países, sino que muchas estas surgieron precisamente para lograr una mayor seguridad jurídica en las decisiones judiciales. (Interpretación Judicial Uprimny Yepes-Rodriguez Villabona 2006).

En este contexto, la finalidad de esta mención es situar en una esfera conceptual más amplia y en un examen más reposado el debate entre esas dos tendencias radicales sobre la interpretación, para lo cual se intentara hacer una recapitulación de los distintos modelos de interpretación jurídica, con el fin de despejar ciertos equívocos y de permitir al funcionario judicial situar el debate teórico sobre el tema. Para ello la reflexión debe partir de un estudio de las respuestas tradicionales extremas que se han dado al interrogante sobre cómo llegar a una decisión judicial satisfactoria, a saber, la jurisprudencia mecánica o deductiva, por un lado, y el libre activismo judicial, por el otro. Frente a los riesgos e insuficiencias de esas perspectivas, es posible constatar que desde hace varias décadas se abre un terreno intermedio cuya presentación se aborda en los siguientes términos: por un lado, las perspectivas del positivismo normativista del siglo XX y, por otro lado, los ensayos para construir una lógica de lo razonable desde el punto de vista jurídico o una hermenéutica argumentativa jurídica. Finalmente, el texto termina presentando algunas de las propuestas que han denominado el debate en las últimas dos décadas: el Constructivismo ligado a la tesis única respuesta correcta; el escepticismo crítico que considera que el juez es eminentemente un actor político, y las visiones pragmáticas y consecuencialistas.

(Interpretación Judicial Uprimny Yepes-Rodriguez Villabona 2006).

Como se observa en este panorama de las teorías sobre el carácter de la interpretación jurídica, el criterio de clasificación que se ha propuesto de las mismas se centra fundamentalmente en

la relación entre objeto de interpretación y sujeto que interpreta. En este orden de ideas se encuentran, en un extremo, aquellas teorías que conciben la interpretación como una actividad exclusiva o esencialmente cognoscitiva, en la que la voluntad del intérprete se somete al contenido del derecho; en el otro extremo están aquellas teorías que, por el contrario, consideran que la interpretación jurídica es una actividad volitiva que depende de los intereses, creencias y consideraciones del intérprete, quedando el derecho y las normas que lo constituyen en un lugar secundario. Entre estas dos tendencias extremas se encuentran varias teorías que consideran que en la interpretación del derecho se realizan tanto actividades cognoscitivas como volitivas, destacando así su carácter complejo y compositivo. (Interpretación Judicial Uprimny Yepes-Rodriguez Villabona 2006).

## **LA JURISPRUDENCIA DEDUCTIVA: EL EJEMPLO DE LA EXÉGESIS**

La primera posibilidad de respuesta al problema de los alcances de la interpretación jurídica hunde sus raíces en el modelo exegético o de la jurisprudencia mecánica, que se diseñó en el siglo XIX, en Europa continental, como la fórmula adecuada para enfrentar el problema de la interpretación y aplicación del derecho por los jueces. (Interpretación Judicial Uprimny Yepes-Rodriguez Villabona 2006)

Esta concepción parte de la estricta subordinación del juez a la Ley cuya legitimidad está garantizada al considerarse que es la expresión de la voluntad general, de suerte que la actividad judicial es pensada como la subsunción del caso concreto en la norma general. Es el célebre modelo del silogismo judicial popularizado por Beccaria en el campo penal. Según este autor, como lo acabamos de ver en los extractos presentados más arriba, “en todo delito

debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la Ley, y la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la puerta de la incertidumbre”. En el campo del derecho privado se considera que el silogismo judicial también puede llevarse a cabo, gracias al postulado, característico del Estado liberal, según el cual lo que no está prohibido está por definición permitido, postulado que, además, permite afirmar la plenitud del ordenamiento legal. (Interpretación Judicial Uprimny Yepes-Rodriguez Villabona 2006).

En tal contexto, la exegesis, y todas las diversas formas de jurisprudencia conceptual y deductiva que le están asociadas, distinguen entre la creación del derecho (La Ley) y la aplicación deductiva racional del mismo (La sentencia), pues así se logra, en primer término, seguridad jurídica, pues la decisión judicial ya está contenida en la norma general que es conocida por todos. En segundo término se alcanzaría el respeto al principio democrático pues el juez no sería más que según la conocida caracterización de Montesquieu “ la boca que pronuncia las palabras de la Ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella”. Y, finalmente, estas decisiones serian justas materialmente, pues la ley se presume recta, según la concepción rousseauiana de la voluntad general. Por lo tanto, la aplicación deductiva de la ley también es justa, porque el juez simplemente traslada el caso concreto la voluntad democrática y racional del legislador. (Interpretación Judicial Uprimny Yepes-Rodriguez Villabona 2006).

Como lo dice Uprimny Yepes-Rodriguez Villabona (2006) la escuela exegética propugno entonces por una serie de instrumentos que garantizan una estricta subordinación del juez a la ley, entre los que se encontraban, de un lado, mecanismos institucionales como el llamado

“référé législatif”, que tuvo una contradictoria historia, y, en particular, el mas perdurable tribunal de casación, inicialmente radicado en el parlamento y cuya finalidad es la de controlar la estricta legalidad de las sentencias. De otro lado, esta escuela desarrollo una metodología jurídica destinada a garantizar el carácter puramente cognoscitivo y no creativo o volitivo de la actividad judicial, pues el juez debía limitarse a aplicar al caso concreto los mandatos del legislador expresados en la Ley. Se trata, entonces, de una concepción formalista y deductivista de la interpretación, que no permite al intérprete el ejercicio de la voluntad sino una simple verificación del derecho aplicable y de los hechos del caso.

Las reglas hermenéuticas del Código Civil (capítulo IV) y de la Ley 153 de 1887 recogen, con algunas variaciones, las enseñanzas de la hermenéutica conceptual y formalista propia de la exegesis. Así, según estos cánones, el juez debe dejar de lado sus particulares inclinaciones, ya que lo favorable u odioso de una disposición no debe tomar en cuenta para ampliar o restringir su alcance, el cual se debe determinar “ por su genuino sentido” y según las reglas de interpretación fijadas por la propia ley. Además, se establece una primacial del método literal, pues en principio el juez debe atenerse al tenor de las normas. Si ello no es posible, la solución del juez debe fundarse en un método histórico, esto es, el interprete debe tratar de reconstruir la voluntad subjetiva del Legislador “recurriendo a su intención, claramente manifestada en La Ley o en la historia fidedigna de su establecimiento. En esta labor no se desecha el elemento sistemático, pues se defiende la llamada auto integración de la ley, esto es, que en caso de lagunas legales, el juez puede encontrar racionalmente la solución, sin tener que ejercer un poder discrecional, gracias a las leyes que regulan asuntos semejantes (analogía legis) o a los principios generales que se pueden inducir del propio ordenamiento legal (analogía juris).

En otro contexto, la jurisprudencia de Conceptos desarrollada en Alemania durante el siglo XIX tuvo similares pretensiones, pues también quería eliminar la discreción judicial y la voluntad en la aplicación del derecho. Según este enfoque, el derecho es un sistema coherente, por lo cual era posible resolver racionalmente todos los problemas jurídicos a través de una combinación de aquellos conceptos que habían sido construidos y jerarquizados en forma estrictamente formal a partir del material jurídico.

No obstante, existen entre ambas escuelas diferencias importantes, pues la exegesis se desarrolló en Francia en el marco de un proceso de codificación y como consecuencia de una revolución liberal, lo cual explica el culto a la ley, que tenía para esta doctrina un doble encanto: era expresión de una voluntad política democrática y consecuencia de un proceso de racionalización y sistematización del derecho. Por eso la exegesis tiene una visión eminentemente estatista del derecho, al punto de que podría ser definida como un positivismo legalista. En cambio, la jurisprudencia de conceptos se desarrolló en Alemania, que no había conocido revoluciones liberales de los alcances de la Revolución Francesa de 1789, ni una codificación que pretendiera sistematizar las herencias del derecho romano y germánico. Esta escuela no rinde entonces culto a la ley sino a la racionalidad del derecho en sí, por lo cual tiende a asumir una cierta visión iusnaturalista. Con todo, ambas escuelas expresan la pretensión de la ciencia jurídica dominante en Europa continental en el siglo XIX, a saber, la pretensión de excluir, por medio de una racionalidad rigurosamente formal, toda voluntad en los procesos de aplicación del derecho. (Interpretación Judicial Uprimny Yepes-Rodriguez Villabona 2006).

## **LOS CONFLICTOS Y ANTINOMIAS ENTRE DISPOSICIONES JURÍDICAS. CRITERIOS DE SOLUCIÓN**

Asociado al ejercicio de la facultad derogatoria legislativa, está el tema de las tensiones y conflictos interpretativos que surgen al interior del ordenamiento jurídico. La Corte ha tenido oportunidad de estudiar el punto, concretamente, en el aspecto relativo a los criterios y reglas que deben aplicarse para dar solución a las antinomias entre leyes, entendiendo por tal, la situación en que se encuentran dos disposiciones pertenecientes a un mismo sistema normativo que, concurriendo en los ámbitos temporal, espacial, personal y de validez, reconocen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a determinado supuesto fáctico, resultando imposible su aplicación simultánea.

Recientemente, en la Sentencia C-451 de 2015, esta Corporación hizo expresa referencia al aludido tema. En dicho fallo, basada en las previsiones que sobre la materia establecen las Leyes 57 y 153 de 1887 y lo dicho en la jurisprudencia, la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat inferiori*); (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (*lex posterior derogat priori*); y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (*lex specialis derogat generali*). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.

En relación con el criterio cronológico, precisó la Corte en la aludida providencia que este “se halla estrechamente ligado a los conceptos de vigencia y derogatoria. La vigencia se refiere ‘al

hecho de que la norma formalmente haga parte del sistema, por haber cumplido los requisitos mínimos para entrar al ordenamiento'[33]. La derogatoria, por el contrario, 'es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior'[34], es decir, la remoción de una norma del ordenamiento jurídico por voluntad de su creador". Cabe recordar que, como se expresó en el apartado anterior, de acuerdo con las reglas generales de interpretación de las leyes, la derogación puede ser expresa, cuando la nueva ley suprime específica y formalmente la anterior; tácita, cuando la nueva normatividad contiene disposiciones incompatibles o contrarias a las de la antigua; y orgánica, cuando una ley reglamenta integralmente la materia, aunque no exista incompatibilidad con las normas precedentes.

Sobre el criterio de especialidad, se destacó en la Sentencia C-451 de 2015, que el mismo "permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales". Respecto al alcance del criterio de especialidad, en el mismo fallo se trajo a colación lo dicho por la Corporación en la Sentencia C-078 de 1997, al referirse esta al carácter especial de las normas tributarias y su aplicación preferente sobre las normas del anterior Código Contencioso Administrativo. Esta última sentencia dijo sobre el particular:

"Ahora bien, con el objeto de contribuir a la solución de las contradicciones o antinomias que puedan presentarse entre las diferentes normas legales, las leyes 57 y 153 de 1887 fijaron diversos principios de interpretación de la ley, que en este caso pueden ser de recibo.

Entre los principios contemplados por las dos leyes mencionadas se encuentra el de que cuando en los códigos adoptados se halle disposiciones incompatibles entre sí 'la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general' (numeral

1° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887). Esta máxima es la que debe aplicarse a la situación bajo análisis: el Código Contencioso Administrativo regula de manera general el instituto de la revocación directa de los actos administrativos y el Estatuto Tributario se refiere a ella para el caso específico de los actos de carácter impositivo”.

Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra.

En relación con este último punto, la propia jurisprudencia constitucional ha destacado que el principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, sin que dicho principio tenga cabida entre preceptos de distinta jerarquía, como ocurre entre una la ley ordinaria y una ley estatutaria, o entre la Constitución y la ley en general, pues en tales eventos es claro que prevalece y se aplica siempre la norma superior.

## **CAPITULO 7**

### **ADOPCIÓN NIÑAS JARAMILLO BALLESTEROS**

Como un ejemplo tenemos un caso llevado en el JUZGADO NOVENO DE FAMILIA DE MEDELLÍN, respecto de las niñas CAROLINA y SALOMÉ JARAMILLO BALLESTEROS, en proceso de ADOPCIÓN de niños, niñas y adolescentes declaradas en situación de adoptabilidad por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR, como padres solicitantes de la ADOPCIÓN de las niñas FRIDRIK KRISTINSSON Y BJARNHILDUR HRONN NIELSDOTTIR, cuya decisión fue No conceder la adopción de las niñas CAROLINA Y SALOME JARAMILLO BALLESTEROS.

El Ad-quo negó la adopción argumentando que el ICBF abordó el problema de violencia intrafamiliar en el núcleo de origen de las mujeres de la familia JARAMILLO BALLESTEROS, su presunta demencia o estado de incapacidad mental en las personas adultas para crear la condición de incapacidad del manejo de las menores, en su condición de hijas y nietas, y de adelantar un proceso administrativo en donde la madre que presentó una condición iletrada no contó con la asesoría permanente y que no se consultó la familia extensa. Llegó a la conclusión es que si se concede la adopción en el presente caso, se violentan el debido proceso, el derecho de defensa de las niñas JARAMILLO BALLESTEROS, el interés superior del menor y del derecho de defensa de la familia de las niñas JARAMILLO BALLESTEROS.

Consideró el Juez que dentro del proceso administrativo las menores fueron retiradas del entorno familiar por el problema de la violencia intrafamiliar entre madre e hija, pero no existe dentro del proceso información definida del estado mental de cada una de ellas, pues se realizaron varias peritaciones médicas sobre tal asunto, ninguna dejó en concreto realidad cierta sobre tal incapacidad para tener a las hijas por parte de la madre, solo se devino la incapacidad por retención legal de la abuela.

Insiste que no se consultó en forma exhaustiva el entorno familiar de las niñas Jaramillo-Ballesteros, notándose ausencia de investigación en la localización del entorno paterno de cada una. Que ni siquiera se intentó el juicio de filiación, a pesar de que se requirieron, y ahí paró la investigación, que luego la familia paterna de las niñas, jamás conoció que se adelantaba un juicio de Adopción, pues que a pesar de saber la autoridad administrativa quienes eran, jamás utilizó el imperio de la Ley para vincularlos a la responsabilidad filial que sobre ellos existe, como si lo hizo con la madre de las menores.

Por estas razones el Juzgado Noveno de Familia de Medellín en decisión dentro proceso con radicado N° 201200053, no CONCEDE la Adopción de las niñas Jaramillo-Ballesteros y así mismo Ordenó devolver a las niñas Jaramillo-Ballesteros al Instituto Colombiano del Bienestar Familiar para lo de su competencia.

La apoderada de la familia FRIDRIK KRISTINSSON Y BJARNHILDUR HRONN NIELSDOTTIR, presentó recurso de apelación dentro del término.

Una vez presentado el recurso de Apelación el Juzgado Noveno de Familia de Medellín niega de plano la admisión del recurso de apelación porque señaló que el Art. 126 de la Ley 1098 del 2006, procede el recurso de apelación cuando se concede la adopción pero no procede cuando se niega.

## **CASO N°2**

Otro trámite de adopción fue el caso que se tramito en el JUZGADO TREINTA Y TRES ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en relación de una

menor de pocos días de nacida de nombre MARIANA en proceso de ADOPCIÓN de niños, niñas y adolescentes declaradas en situación de adoptabilidad por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR, como padres solicitantes de la ADOPCIÓN de la niña, JULIANA MARÍA LOAIZA OCAMPO y LUIS GABRIEL AGUDELO RINCÓN de la decisión enunciada por el señor juez fue NO conceder la Adopción de la niña MARIANA.

De lo anterior decisión El Ad-quo negó la adopción argumentando que el ICBF abordó el problema por parte de los señores aquí adoptantes en el supuesto que Solicitó denegar la acción de tutela. En primer lugar, aclaró que la adopción, por regla general, es indeterminada. Es decir, que no es posible la adopción de un niño específico, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante, según lo establece el artículo 66 de la Ley 1098 de 2006.

De esa manera, dicha funcionaria señala que el I.C.B.F como garante del cumplimiento de la legislación que propende por el interés superior de la menor de edad *Mariana* no puede desconocer dichos mandatos para acceder a las pretensiones de los posible inferir que *“no se creó un vínculo afectivo exclusivo de la niña hacia los accionantes, por lo cual el sentimiento de amor a que hacen referencia nace a partir del sentimiento de la pareja hacia la niña, mas no de forma inversa, circunstancia que se considera no suple el interés superior de la niña, aspecto importante y determinante para una toma de decisión en su favor.*

En todo caso, la representante del I.C.B.F sostiene que si la familia persiste en su deseo de adoptar un niño, niña o adolescente, podrán obtener toda la información que requieran del I.C.B.F, con el objetivo de que conozcan el lineamiento técnico de adopciones y si lo

consideran, se acerquen a dicha institución para presentar una solicitud formal de adopción, lo cual hasta el momento no han realizado.

De otro lado los padres adoptantes en caso concreto se evidencia que para la fecha en que tuvieron estrecha relación según ellos fue por el día que encontraron la niña de tan solo 4 días de nacida, en el municipio de Soacha Cundinamarca, en una situación precaria donde de inmediato se acercaron al hospital más cercano para eso entonces era el hospital cardiovascular del niño de Cundinamarca donde ellos afirman que los padres adoptantes en las ocasiones que ha estado en embarazo 3 veces y a perdido a sus hijos, y al ver a la niña ellos estrechar sus manos para adoptarla fueron partícipes directos de la satisfactoria evolución de la menor de edad mientras estuvo hospitalizada, y aunque el vínculo afectivo no se sostuvo durante un período tan significativo, impedirles que adopten a la niña, “raya con la frialdad y descontextualización del mayor valor fundante de la familia como es el amor.

De ahí que se desprende la duda o el problema jurídico como tal, de acuerdo con lo anterior, el problema jurídico que debe resolver es el siguiente: ¿El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció los derechos a tener una familia y al debido proceso de los demandantes, al aplicar, en este caso, una norma legal que prohíbe las adopciones determinadas, y en consecuencia al negarles la posibilidad de iniciar el trámite del proceso administrativo de adopción de persona determinada?

De esa manera, para resolver el problema jurídico se abordará los siguientes temas: el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su prevalencia, La adopción como medida de protección para garantizar el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella y los presupuestos sobre el debido proceso administrativo. Una vez

establecidas las reglas que deben ser aplicadas a estos asuntos, procederá la Sala a estudiar la situación concreta de los esposos Agudelo Loaiza, y así tomar una decisión a la mayor brevedad, en consideración a que la menor de edad en la actualidad está bajo una medida de protección temporal en un hogar sustituto.

Así de esta manera se indica que para que los padres adoptantes tengan derecho a la Adopción nos contempla el legislador que según el Art: 66 de la Ley 1098 de 2006 *No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. **Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.***

De esta manera la conclusión que nos colige en este caso concreto es que no hay adopción de niño específico según la ley, salvo cuando caso contrario cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el 3 grado de consanguinidad.

Se considera que se debe recordar que el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo **66** no permite escoger a quienes a través de la adopción se van a tener como hijos, es decir, las asignaciones determinadas, pues tal medida de protección perdería su esencia convirtiéndose en discriminatoria, frente a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran a la espera de ser asignados a una familia. Además, porque contraría la finalidad señalada por esta misma Corporación, según la cual la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino que el menor de edad que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia.

Así las cosas los padres adoptantes acuden a varias instancias como es el del Recurso de apelación cuando niega de plano la admisión del recurso de apelación porque señaló que el Art. 126 de la Ley 1098 del 2006, procede el recurso de apelación cuando se concede la adopción pero no procede cuando se NIEGA.

De lo anterior para los futuros padres adoptantes les niegan de plano la adopción por las razones anteriormente expuestas.

## **CONCLUSIONES**

- El principio de la doble instancia en el derecho actual, es entendido como la garantía indispensable en el Estado de Derecho, importante en todas las ramas pero especialmente en materia penal, que consiste en la posibilidad de acudir ante un juez, normalmente el superior jerárquico del que ha resuelto, para que revise la sentencia condenatoria o desfavorable, asimismo que si bien comprende posibles actos de revisión de lo resuelto en primera instancia, su finalidad no es exclusivamente revisora, sino que debe ofrecer una nueva respuesta a unas

concretas pretensiones, ya que a través de este se garantiza en forma plena y eficaz el ejercicio del derecho fundamental de defensa y de contradicción.

- En la legislación colombiana se considera el recurso de apelación como el procedimiento adecuado que debe activar el perjudicado en el proceso de adopción para proteger su derecho de impugnación, derecho fundamental que funciona para los procesados, para obtener una revisión de la decisión judicial frente a la que se encuentra inconforme, no obstante, debe cumplir con las condiciones de agotamiento contemplados en el Código General del Proceso.

- Existe un vacío normativo que nos deja en un preámbulo, a la tempestad del criterio del artículo en mención ya que realmente está violando el principio fundamental como lo es el principio de la doble instancia de tal manera que la garantía procesal y constitucional del debido proceso y la doble instancia, está en un limbo jurídico, así de esta manera determinar lo fundamental y garantizar el marco jurídico legal, Para que de esta manera no se vulneren tales principios, además como las normas nos conlleva hablar de la expansión de las garantías jurídico legal si no que nos conllevan a su interpretación, de la siguiente forma podemos contextualizar de manera efectiva con nuestro trabajo de investigación la servidumbre que nos deja y en efecto las múltiples sentencias que han sido de manera favorable y desfavorable para los peticionarios, el objetivo de nuestro trabajo de investigación es establecer de manera real donde su interpretación es inmune y nos deja hacia la deriva del fondo acorde de ello se estaría violando el principio Constitucional de la Doble Instancia respecto del artículo 126 numeral 5° de la Ley 1098 del 2.006.



## BIBLIOGRAFIA.

Sentencia SU.917/10, Sentencia SU.917/10 (la Sala Plena de la Corte Constitucional 16 de 11 de 2010).

Hoyos, A. (2004). El Debido Proceso (Segunda reimpresión. ed.). Bogotá D.C, Colombia: Temis S.A.

Miranda, J. G. (2010). El debido proceso como mecanismo de interdicción. Revista de Investigación de la universidad Mariana., 99 a 115.

Morales Molina, H. (1991). Curso de Derecho Procesal Civil, parte general, 11a ed., pág 197. Bogotá: ABC.

Universidad de Castilla - La Mancha. (2014). El poder del monarca en la obra de los juristas castellanos. Ed. 3. Castilla La Mancha (España): Editorial Salustiano de Dios.

### **Sentencias Corte Constitucional Colombiana**

Corte Constitucional, (5 de abril de 1995). Sentencia C-153 [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional, (5 de febrero de 1996). Sentencia C-037 [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional, (31 de mayo de 2001). Sentencia C-555. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional, (11 de febrero 2003). Sentencia C-095 [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, (8 de febrero de 2005). Sentencia C-1103 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (1 de febrero de 2006). Sentencia C-047. [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (23 de agosto de 2006). Sentencia C-717. [MP Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional. (13 de mayo 2011). Sentencia C-371. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional (6 de julio de 2011).Sentencia C-542. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Constitucional, (18 de septiembre de 2012). Sentencia C-718 de 2012) [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, (28 de mayo de 2013). Sentencia C-319 de 2013) [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (29 de octubre de 2014). Sentencia C-792. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]