

La nueva regulación de la adopción en el derecho colombiano

YINETH LOZANO PINTO

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Colombia.
Título Superior en Ciencias de la Familia por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid

SUMARIO: I. La importancia social de la adopción en Colombia.— II. La regulación de la adopción en Colombia: 1. La normativa del Código Civil.— 2. La normativa del Código del Menor de 1989: A. Concepto legal de la adopción.— B. Capacidad para adoptar y para ser adoptado.— C. Consentimiento para la adopción.— D. Procedimiento de adopción.— E. Efectos de la adopción.

I. LA IMPORTANCIA SOCIAL DE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA

Si la adopción ofrece hoy obvio interés en todo el mundo —claramente reflejado en el Derecho comparado con las frecuentes reformas legislativas en la materia—, su importancia social es especialmente grande en países subdesarrollados o en vías de desarrollo, donde, a diferencia de la Europa occidental o de Norteamérica, hay altos índices de natalidad y se da el hecho de que numerosos niños carezcan de hogar, planteando al Estado y a la sociedad el deber de tutelarlos y a ser posible integrarlos en familias que aseguren su subsistencia y educación. Tal es el caso de varios países iberoamericanos y concretamente el de Colombia, en el que este estudio se centra.

Las estadísticas en Colombia a propósito de los menores abandonados son ciertamente significativas y alarmantes, aunque el Estado —a través especialmente de los servicios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar— venga realizando un considerable esfuerzo para afrontar el problema, ya a través de los establecimientos para niños, ya a través, como veremos, del impulso a la adopción de menores. Se estima que en las grandes ciudades colombianas en el año 1985 existían cinco mil «gamines» (niños sin hogar) en la calle; otros veinte mil fueron encontrados en situaciones irregulares y de éstos, dos mil ochocientos fueron entregados en adopción. A la fecha no existen estimaciones de los niños menores de doce años incorporados al mercado laboral, pero existe evidencia del trabajo infantil en canteras, minas de carbón, construcción, cosechas de café y algodón etc., trabajo que es realizado con muy baja remuneración y ausencia de seguridad social; además los horarios son inapropiados y les impide asistir a la escuela; toda esta situación aumentada por la incorporación de la mujer a la fuerza laboral y el debilitamiento de los lazos familiares, exigen soluciones de la comunidad y el Estado, ya que es prioritario que los niños puedan desarrollar al máximo todas sus facultades físicas y psíquicas y le sigan dando vida a la aún joven nación colombiana.

II. LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA

1. La normativa del Código civil

En Colombia, después de su independencia de España, se promulgó la primera Constitución de carácter centralista y su artículo 168 declaró en vigor las leyes españolas, siempre y cuando no se opusieran a la Constitución, Leyes y Decretos que expidiera el Congreso, esta Ley española sobre adopción rigió hasta 1853, cuando se acogió el sistema federal de gobierno, donde cada provincia podía expedir sus propias leyes en materia civil. El 8 de enero de 1859, se sancionó como Ley el proyecto del Código Civil, ese Código de Cundinamarca desarrolló la Institución de la adopción en 21 artículos, correspondientes al título Duodécimo del Libro Primero.

Posteriormente, en virtud de la Ley 57 de 15 de abril de 1887, se adoptó el Código civil de la Unión para toda la Nación, con vigencia a partir del 22 de julio de 1887, en materia de adopción este Código ha sufrido radicales reformas, fijadas por la Ley 140 de 1960 y la Ley 5 de 1975 y finalmente a través del Decreto 2737 de 1989, el cual derogó todo lo anteriormente escrito con relación a la adopción.

2. La normativa del Código del Menor de 1989

A. *Concepto legal de adopción.*— El Decreto 2737 de 1989, llamado Código del Menor, recopiló en su capítulo cuarto, sección quinta, artículos 88 al 128 ambos inclusive, toda la normatividad relativa a la adopción, ya que al igual que en España, su parte adjetiva y sustantiva se encontraba distribuida en diferentes textos legales; pues bien haré un somero resumen sobre esta importante Institución, teniendo en cuenta su reciente reforma, empezaré por el artículo 88 que define la adopción como una medida de protección que establece una relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza, bajo la suprema vigilancia del Estado.

El artículo 100 del Código del Menor —que establece parentesco civil entre adoptivo, adoptante y parientes consanguíneos o adoptivos de éste— preceptúa que las adopciones que se hicieron de acuerdo a la Ley 5 de 1975, que no hubiesen tenido la calidad de plenas, continuarán teniendo los mismos efectos que aquélla otorgaba a las calificadas de simples, pero la patria potestad sobre quienes fueron prohijados mediante adopción simple corresponderá al adoptante o adoptantes, según el artículo 101.

Con la vigencia del Decreto 2737 de 1989, se elimina la figura de la adopción simple y los procesos respectivos que no hubiesen sido fallados se archivarán, pero si los adoptantes manifiestan su voluntad de convertirla en la adopción reglamentaria, el proceso continuaría según lo reglado en el Código del Menor.

B. *Capacidad para adoptar y ser adoptado.*— En cuanto a la capacidad para adoptar el artículo 89 dice que quien tenga 25 años, quince más que el adoptable y además demuestre idoneidad física, mental, moral y social que garantice un hogar estable al menor, podrá adoptar; el adoptante casado y no separado de cuerpos, adoptará con el consentimiento de su cónyuge, a menos que éste sea absolutamente incapaz para otorgárselo, además podrán adoptar conjuntamente los cónyuges y la pareja formada por un hombre y una mujer que comprueben una convivencia ininterrumpida de por lo menos 3 años y este tiempo sólo se podrá contar a partir de la separación legal de cuerpos, si mediara algún vínculo anterior. El Código del Menor precisa como prueba idónea de la convivencia de la pareja no casada una de las siguientes: la declaración extraprocesal de tres testigos que les conste esa convivencia con la citación y audiencia del Defensor de familia; la inscripción del compañero permanente en los registros de las Cajas de Compensación Familiar o de las instituciones de seguridad o previsión social, acta del matrimonio celebrado ante la autoridad competente de otro país con el lleno de los requisitos legales de autenticación de Colombia, inscripción en el libro de Varios de la Notaría del lugar de domicilio de la pareja, con una antelación no menor de tres años y el

registro civil de nacimiento de los hijos habidos por la pareja con una antelación no inferior a tres años, se tendrán en cuenta los 270 días que antecedieron al nacimiento.

El artículo 91 dice que no riñe con la adopción que el presunto adoptante tuviese hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos o los llegase a tener; el hijo de uno de los cónyuges podrá ser adoptado por el otro y el pupilo podrá ser adoptado por el guardador una vez salidas las cuentas que administraba. El legislador no contempló la posibilidad de adoptar al hijo del compañero permanente, pues se refirió taxativamente al cónyuge.

De la misma manera, sólo podrán adoptarse los menores de 18 años que se encuentren declarados en situación de abandono, o los menores cuya adopción sea consentida previamente por sus padres o autorizada por el defensor de familia cuando no se encuentren en situación de abandono y carezcan de representante legal, también podrá adoptarse al mayor de 18 años cuando el adoptante hubiese tenido el cuidado personal del adoptable antes de que éste fuese mayor de edad, y cuando el menor sea poseedor de bienes la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.

En cuanto a los menores indígenas sólo podrán darse en adopción quienes se encuentren abandonados fuera de su comunidad, previa consulta a la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno o el organismo que haga sus veces, además debe intentarse la reincorporación del menor en su comunidad, siempre y cuando éstos le brinden la debida protección, igual si la situación de abandono se presenta dentro de la misma comunidad donde reside el menor, se respetarán los usos y costumbres de esa comunidad, siempre y cuando no perjudiquen el interés superior del menor.

C. *Consentimiento para la adopción.*— El artículo 94 se refiere al consentimiento previo de quienes ejercen la patria potestad, manifestando personalmente ante el defensor de familia, quien los informará ampliamente sobre las consecuencias e irrevocabilidad de la adopción, a falta de los padres del menor, será necesaria la autorización del defensor de familia expresada por medio de resolución motivada y si el menor es púber será necesario también su consentimiento. Igual los padres del menor antes de cumplir los 30 días de haber dado su consentimiento podrán revocarlo, pasado este tiempo será irrevocable. Además se entenderá faltar el padre o la madre cuando existiendo éstos les aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica, cuya certificación sea expedida por la Dirección de Medicina Legal o por la sección de Salud Mental de los servicios seccionales de salud de la respectiva entidad territorial, a solicitud del defensor de familia. Tampoco tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer, ni el que se otorgue con relación a adoptantes determinados, excepto cuando el menor fuere pariente del

adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad o fuera hijo del cónyuge del adoptante.

D. *Procedimiento de adopción.*— Realmente la legislación colombiana es casi idéntica a la española, pero es bien lógico, pues su influencia se remonta a épocas tan lejanas como la del Descubrimiento y como ya lo dije empezando este resumen, aún después de la Independencia las Leyes españolas tuvieron pleno vigor en Colombia. Pero ya en la actuación procesal de la adopción en Colombia se difiere ampliamente, pues ésta sólo podrá ser solicitada por los interesados en adoptar, a través de una demanda presentada por intermedio de apoderado ante el Juez de Familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre el menor. Además el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar establecerá los casos en que, por motivos de interés público o necesidad social, el defensor de familia apoderará a los adoptantes. En España el *iter* que da lugar a la adopción es la apreciación judicial de la conveniencia de la adopción, la prestación de consentimiento, asentimientos y audiencias que contempla la Ley, concluyendo esta fase judicial con la resolución aprobando la adopción que se propone.

La documentación presentada en Colombia para la demanda es taxativa de acuerdo al artículo 105, como es el consentimiento, el registro civil de nacimiento de los adoptantes y del menor, el registro civil de matrimonio o la prueba idónea de la convivencia extramatrimonial, la copia de la declaración de abandono, o la respectiva autorización para la adopción, la certificación sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes con vigencia no mayor de 6 meses, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o una entidad autorizada para el efecto, la solicitud de adopción suscrita por el adoptante o adoptantes presentada personalmente por ellos, los antecedentes penales o policiales de los adoptantes, certificación actualizada sobre vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución donde se encuentra el menor albergado, expedida igualmente por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Si los solicitantes de adopción son extranjeros residentes fuera de Colombia, anexarán una certificación oficial de su país donde conste el compromiso de efectuar el seguimiento del menor adoptable hasta su nacionalización; autorización del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del menor y concepto favorable para la adopción emitido por el defensor de familia con base en el examen de los documentos y la entrevista que efectúe con los adoptantes.

El artículo 108 ordena que cuando la demanda sea presentada por el defensor de familia, previa autorización del jefe jurídico, el juez dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la demanda si considera que se allegaron las pruebas suficientes para decretar la adopción. Si la demanda la presenta un abogado particular, el

juez correrá traslado al defensor de familia por el término de cinco días y si éste se allana, el juez dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes. Si el juez considera insuficientes las pruebas, señalará un plazo máximo de 10 días para decretar y practicar las que considere necesarias, cuando venza el término dictará la sentencia correspondiente y de ésta debe notificarse al menos uno de los adoptantes cuando la adopción sea conjunta y si uno de ellos falleciere antes de dictarse sentencia, el proceso continuará con el sobreviviente, si manifiesta su voluntad de seguir con la adopción y la sentencia sólo producirá efectos respecto de él, en caso contrario el proceso terminará, igual terminará si la adopción fuere solicitada por una sola persona y ésta falleciere.

Como se puede apreciar por lo expuesto, la actuación procesal en Colombia para la adopción, es relativamente ágil, pues dista mucho de alcanzar el procedimiento español, que es un escrito no una demanda, en el que se puede actuar bajo la dirección de un abogado, pero no se exige legalmente esa dirección, además se emplea el término «propuesta» o «solicitud», según quien la presente, que puede ser una entidad pública o uno de los sujetos parte en la relación a constituir.

La adopción en Colombia requiere sentencia judicial y cuando esté en firme dicha sentencia, se debe inscribir en el Registro del Estado civil, omitiéndose en la sentencia y en el Registro civil en nombre de los padres con respecto de los cuales se destruyó el vínculo y si la sentencia es favorable, los efectos de la adopción surtirán desde la admisión de la demanda.

E. Efectos de la adopción.— En cuanto a derechos y obligaciones, la adopción dá al adoptivo y al adoptante los mismo derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos legítimos, se aplican en su totalidad las obligaciones de crianza, educación y establecimiento, o sean las de suministrar alimentos al hijo legítimo, también el derecho de dirigir la educación y formarlos moral e intelectualmente; y la obligación del hijo de socorrer a sus padres en todas las circunstancias de la vida, nace también para el hijo adoptivo. Igual la potestad parental se aplica en su totalidad al hijo adoptivo. De otro lado, el adoptivo sale totalmente de la familia de origen y rompe definitivamente todos sus vínculos con ésta, su filiación caduca para siempre, la única reserva que se conserva es la del impedimento matrimonial, entre los que fueran sus hermanos, padre o madre de sangre y el adoptivo. Además el adoptivo pierde los apellidos que tenía y toma los apellidos de los adoptantes, en cuanto al nombre del menor sólo podrá ser modificado si el adoptado es menor de tres años, o consienta en ello, o el juez encuentre justificadas las razones para su cambio. Igual subsistirán los vínculos jurídicos cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque éste hubiese fallecido.

La sentencia que decrete la adopción producirá los derechos y obligaciones propios de la relación paterno-filial y contendrá los datos necesarios para que se inscriba en el Registro civil y constituya el acta de nacimiento que reemplace la de origen, la cual debe anularse. Y en la sentencia el juez omitirá el nombre de los padres biológicos si fueran conocidos. Esta sentencia podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, según el trámite del Código de Procedimiento civil e intervendrá el defensor de familia. La sentencia en ningún caso será objeto de consulta, pero sí se podrá pedir su revisión para invalidar la sentencia que decrete la adopción, según lo ordenado en los artículos 112 y 113 del Código del Menor.

El artículo 114 establece reserva legal por el término de 30 años para todos los documentos y actuaciones del proceso, de esos documentos sólo se expedirá copia a los adoptantes, por solicitud directa a través de su apoderado o del defensor de familia, también podrá solicitarla el adoptivo que hubiese llegado a la mayoría de edad o la Procuraduría General de la Nación para fines investigativos. Cuando se presenten graves motivos que ameriten el levantamiento de la reserva o se hubiese admitido el Recurso de Revisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, ordenará el levantamiento, previo un trámite incidental. Con todo, el adoptado tiene derecho a conocer su origen y su vínculo familiar, los adoptantes juzgarán el momento y las condiciones más favorables para dar dicha información. Igual el adoptado podrá acudir al Tribunal Superior correspondiente con apoderado o por intermedio del defensor de familia y solicitar el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

