

*El defensor de familia en el proceso de adopción en Colombia**

The defender of family in the adoption process in Colombia

Luz Astrid Ortiz Flórez¹✉
Lina Marcela Estrada Jaramillo²✉

Fecha correspondencia:

Recibido: 28 de octubre de 2018.
Revisión: 3 de diciembre de 2018.
Aceptado: 10 de diciembre de 2018.

Forma de citar:

Ortiz, L.A. y Estrada, L.M. El defensor de familia en el proceso de adopción en Colombia. Revista CES Derecho, Vol. 9, No. 2, julio-diciembre 2018, 267-286.

Open access

[Términos de uso](#)

[Licencia creative commons](#)

[Ética de publicaciones](#)

[Revisión por pares](#)

[Gestión por Open Journal System](#)

DOI: [http://dx.doi.org/10.21615/](http://dx.doi.org/10.21615/cesder.9.2.5)

[cesder.9.2.5](#)

ISSN: 2145-7719

Sobre el artículo:

*Artículo de revisión de tema. Este Artículo de revista fue realizado como trabajo de grado en el semillero de derecho de familia de la facultad de derecho de la Universidad de Antioquia.

Sobre los autores:

1. Abogada y Nutricionista Dietista de la Universidad de Antioquia.

2. Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Magíster en Derecho. Docente de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana

Resumen

El interés de este artículo es realizar a través de un estudio bibliográfico en el marco constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinario la actuación del Defensor de Familia como responsable del proceso de adopción en Colombia. En este estudio se encontró que la Constitución Política, las Leyes 1098 de 2006 y 1878 de 2018, y otros documentos normativos nacionales e internacionales de obligatorio cumplimiento en el territorio nacional regulan lo relativo a éste proceso. Se logró evidenciar algunos vacíos legales y obstáculos de origen institucional, que dificultan al Defensor de Familia el ejercicio de su función dentro del proceso de adopción, debido a que obligan a su discrecionalidad y a retrasar el término en sus actuaciones administrativas.

Palabras clave: Adopción (Tesauro Unesco), Protección (Tesauro Unesco), derechos, funcionario público (Tesauro Unesco), legislación.

Abstract

The interest of this article is to carry out through a bibliographic study in the constitutional, legal, jurisprudential and doctrinal framework the action of the Family Ombudsman as responsible for the adoption process in Colombia. In this study it was found that the Political Constitution, Laws 1098 of 2006 and 1878 of 2018, and other normative national and international documents of obligatory compliance in the national territory regulate the relative to this process. It was possible to highlight some legal gaps and obstacles of institutional origin, which make it difficult for the Family Ombudsman to exercise his or her role in the adoption process, due to the fact that they force their discretion and delay the term in their administrative actions.

Keywords: Adoption (Unesco Thesaurus), Protection (Unesco Thesaurus), rights, public official (Unesco Thesaurus), legislation.

Introducción

La Defensoría de Familia es la dependencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- en adelante ICBF- y del Sistema Nacional de Bienestar Familiar –en adelante SNBF- que tiene la mayor incidencia en el proceso de adopción de niños, niñas y adolescentes¹ en Colombia. Se resalta como su principal integrante el Defensor de Familia que actúa como director del proceso de restablecimiento de derechos y en su titularidad exclusiva se

1. Para efectos de este artículo, se usará el término niños para referirse a menores de 18 años, en algunos de sus apartados.

y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

encuentra declarar los niños en situación de adoptabilidad, decisión que es considerada la más drástica sanción a los padres toda vez que los priva de la patria potestad y de la custodia de sus hijos.

Para llegar a la declaratoria de adoptabilidad, se requiere haber surtido el proceso de restablecimiento de derechos consagrado en la ley 1098 de 2006, que luego fue modificada por la ley 1878 de 2018, normas que en la actualidad se configuran como directrices del proceso de adopción y que en su contenido señalan las funciones del Defensor de Familia para el cumplimiento de su propósito en el proceso de la adopción.

El cumplimiento de los preceptos legales mencionados no es garantía para preservar la irrevocabilidad de la adopción, lo cual se comprobó en la Sentencia T 844 de 2011 por medio de la cual se dejó sin efectos una sentencia de adopción. Este caso específico llevaría a la reflexión de la siguiente inquietud ¿Cuáles son los aspectos legales, institucionales o humanos que pueden incidir en la decisión del Defensor de Familia, al declarar un niño en adoptabilidad?

Para resolver este interrogante se realizó un estudio bibliográfico, acudiendo a la información existente en el marco constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinario; además de consultar la experiencia y conocimiento de la Defensora de Familia, con funciones de Secretaria del Comité de Adopciones en Antioquia Luz Marina Estrada Arango. En esta investigación, se evidenciaron algunos vacíos u obstáculos legales, administrativos e incluso judiciales que son determinantes en el papel del Defensor de Familia y por consiguiente, en el éxito o fracaso del proceso de adopción.

En un inicio de este artículo se realizará la contextualización de la evolución del proceso de adopción por medio de sus antecedentes y fundamento constitucional; posteriormente, se expone una breve descripción sobre el papel del Defensor de Familia en el proceso de adopción y, finalmente se abordarán los vacíos y los obstáculos del proceso de adopción, además de los cambios que introdujo la ley 1878 de 2018.

La adopción en Colombia

Antecedentes de la adopción y su fundamento constitucional

La adopción en Colombia es una institución jurídica que tiene raíces anteriores a la Constitución Política de 1853 sufriendo diversas transformaciones a nivel cultural y jurídico; en la actualidad se concibe como una medida subsidiaria del proceso de restablecimiento de derechos, por las implicaciones jurídicas, sociales y familiares que se derivan de su configuración. Su culminación se da con la sentencia judicial que le da carácter definitivo.

Desde el periodo de La Colonia, el Fuero Real se refirió a la adopción como un acto solemne y el Código de las Siete Partidas, denominó la mencionada figura como pro-hijamiento [años 1252 y 1256 respectivamente]; permaneciendo, durante el periodo de La República, -que surgió cuando el país se independizó de España y expidió la Constitución de 1821-, y posteriormente, el concepto fue ampliado con el Código Civil de Cundinamarca, en el cual se encuentra un título especial sobre el tema (Robledo, La Adopción En Colombia: Historia, Mitos y Bondades 2016). Así entonces, en la época de La Colonia, la ley 1, tít.16 part. 4, 33 estipulaba: "Omnes ser fijos de otros, maguer no lo sean naturalmente", este concepto de adopción expuesto por la legislación española lo mantuvo el país hasta 1853, en donde el Estado pudo expedir sus propias leyes;

y el 8 de enero de 1859, el Estado Soberano de Cundinamarca acogió el Código Civil chileno, con la inclusión de la adopción retomada del derecho español y del código de Napoleón. Finalmente, la adopción fue establecida en la ley 57 de 1887 (Arias y Mosquera 2011), definiéndola como “el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de hijo, del que no lo es por naturaleza”. Posteriormente, la ley 140 de 1960, en el artículo 269, llama adoptante al que hace la adopción y adoptivo o adoptado a aquel en cuyo favor se hace. En este momento histórico, las miras de la adopción se configuran en un propósito enfocado hacia el derecho del adoptante y la configuración de su familia, que hacia el mismo adoptivo.

Más adelante, en 1968, se sancionó la ley 75, por la cual se dictaron normas sobre filiación y se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (modificado en su estructura, posteriormente por el Decreto 987 de 2012), entidad estatal, que entraría a ser responsable de lo atinente al proceso de adopción con funciones del Defensor de menores y del Juez de menores, este último funcionario, encargado del cambio o suspensión de la patria potestad o de la guarda de un menor (Ley 75, art. 23 1968) y a su vez de la culminación del proceso de adopción (ley 75, art. 28, 1968).

En enero de 1975 se promulgó la ley 5ª, por la cual se modificó el Título XIII del Libro Primero del Código Civil, en ella se advierte la intención de la protección de los menores de edad, a través de la figura de la adopción.

Lo anterior para mencionar algunos datos históricos, sin embargo, en atención al tema de interés, se establecerá como punto de partida el año 1989 en el cual se sancionó el Código del Menor.

Éste Código -Decreto 2737 de 1989- derogó la ley 5ª de 1975, que en su artículo 274 reglaba como función del Defensor de menores la autorización para la adopción en los casos en que el menor no tuviera padres ni guardador, esto es lo que hoy se denomina decreto de adoptabilidad (Congreso de Colombia, Ley 5 1975); y en el artículo 63, ordena al Juez la verificación del cumplimiento de los requisitos de ley so pena de devolver el expediente al Defensor de Familia para que se subsanen los defectos que hubiere advertido, norma que desde la época empezaba a imponerle al Juez el deber de diligencia con respecto a lo actuado, convirtiéndolo en un filtro adicional del proceso de adopción, máxime cuando la norma advertía de la no procedencia de recurso contra la sentencia que homologaba la decisión del Defensor de Familia. (Código del Menor, art. 63 1989).

En esta evolución normativa, es importante la introducción de la irrevocabilidad de la adopción, la cual se estableció en atención al supremo interés del menor, que busca evitar la separación del niño de la familia con la que inició su convivencia, porque podría generar consecuencias psicológicas (Monroy, 1999, p.111).

Concluyendo la etapa del recorrido histórico, en cuanto a su estructura y aplicación legales a nivel nacional, se encuentra la Ley 1098 de 2006, que fue modificada por la Ley 1878 de 2018, las últimas expedidas y vigentes en la actualidad. La Ley 1098 contempla los elementos que en el momento de su expedición se consideraban esenciales de cara al proceso de adopción y que pueden consultarse en los artículos 61 al 78, 107, 108 y 123 al 127, en la Ley 1878 se hallan las modificaciones vigentes y aplicables en el tema.

La Ley 1098 de 2006 en su artículo 62 declara al ICBF como autoridad central en materia de adopción y autoriza a su vez a otras instituciones para desarrollar programas de adopción (Congreso de la República, Ley 1098 2006); seguidamente, configura en su artículo 82 al Defensor de Familia como el titular de la declaratoria de adoptabilidad. Más allá, un aspecto para destacar de esta norma, con respecto a los efectos jurídicos de la adopción, es que establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos (artículo 64 Ley 1098), así el hijo adoptado tiene la misma protección del hijo biológico, y las normas aplicables a los parientes también se extienden a los parientes por adopción.

En el entendido de que el ICBF regula el proceso de restablecimiento de derechos y el procedimiento de adopciones, con las funciones propias del Defensor de Familia, conforme lo dispuesto en la Constitución y en las normas, se crearon los Lineamientos Técnico Administrativos: el contenido de la ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, aprobado por la Resolución No.1526 de 23 de febrero de 2016, derogatorio de la Resolución 652 de 2011 (que aprobaba el estatuto del Defensor de Familia); del Programa de Adopción, aprobado mediante Resolución No. 2551 del 29 de marzo de 2016 y modificado mediante Resolución No. 13368 del 23 de diciembre de 2016, lineamientos que se acogen a lo normado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, y señalan el concepto de la adopción como medida de protección por excelencia.

De otro lado, al mencionar el fundamento constitucional de la figura de la adopción, se tendría que hacer alusión a la institución de la familia, consagrada en la Carta Magna como el núcleo fundamental de la sociedad, protegido de manera integral, tanto por el Estado como por la misma sociedad art. 42 (Asamblea Constituyente, Constitución Política de 1991). Preceptos que configuran la importancia del derecho fundamental a tener una familia, como lo norma la Corte Constitucional en la Sentencia C071 de 2015, pronunciándose sobre la finalidad de la familia, en términos de materialización de otros derechos fundamentales, y por ello llama la atención ante el riesgo de desarraigo que se puede generar cuando se imposibilita la conformación de un núcleo familiar, en el entendido de que, esto puede afectar de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad, sino también otros derechos conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C071 de 2015).

Es dable, en ese entendido, que, del derecho fundamental a tener una familia, se deriva la relevancia constitucional, legal e internacional de la adopción, como afirma la Corte Constitucional "La adopción [...] 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" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 577 de 2011).

Este reconocimiento internacional de la familia y de la adopción ha llevado a Colombia, a la ratificación de algunos convenios internacionales que protegen los derechos de los niños, y en especial, que regulan el tema del proceso de adopción. Es el caso de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Organización de Naciones Unidas, 1990), ratificado por Colombia en el año 1991 (Congreso de la República de Colombia, Ley 12 1991): el cual consagra en el artículo 3, el compromiso de los Estados Partes frente a la toma de medidas legislativas y administrativas adecuadas en atención a la protección y cuidado que sean necesarios para el bienestar del

niño; y más adelante, en el artículo 21, afirma: "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial."

Siguiendo los tratados internacionales se encuentra que, en el año 1993, tuvo lugar el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción Internacional suscrito en La Haya (Convenio de La Haya. N°33. 1993), cuyo objetivo principal era configurar un instrumento jurídico internacional sobre la adopción, y con ello proteger el interés superior de los niños. En dicho convenio, nuevamente se enfatiza en la importancia de crecer en el seno de una familia, su encabezado, así lo establece: "Reconociendo que, para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión". Convenio ratificado por Colombia por medio de la Ley 265 de 1996 (Congreso de la República de Colombia, Ley 265 1996), y con control constitucional por medio de la sentencia C 383 de 1996 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-383 1996).

La adopción entonces, como se ha afirmado desde un principio, es una institución acogida por el ordenamiento jurídico colombiano, originaria de tiempos ancestrales, la cual ha presentado transformaciones que han implicado, desde el reconocimiento de derechos en sujetos que no gozaban de ellos, hasta un interés internacional por garantizar el ejercicio de dichos derechos fundamentales de quienes, por diferentes razones, los tienen vulnerados, especialmente tratándose del derecho a una familia.

Finalidad del proceso de adopción de niños

La finalidad de la adopción se puede visualizar, recordando lo proclamado por el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006: "La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterna filial entre personas que no la tienen por naturaleza". Relación paterna filial, que trae consigo el crecer en una familia, y con ello, la provisión de todas las condiciones necesarias en un ambiente de afecto y solidaridad (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012), con los vínculos jurídicos similares a los que existen entre una persona y sus descendientes biológicos (Navarro, 2012, p. 97-109). Sin embargo, no se puede perder de vista que esta no es la vía expedita cuando de restablecimiento de derechos se trata, porque su oponente principal es ese mismo derecho constitucional a tener una familia y no ser separado de ella.

El derecho fundamental a tener una familia no es más que un llamado constitucional, derivado del orden natural de las cosas, como el de crecer al lado de los progenitores, con el amor y el cuidado que les asiste bajo la premisa del instinto biológico y natural de la maternidad y de la paternidad, de aquél instinto de conservación de la especie, de la fraternidad y del vínculo consanguíneo.

En la mayoría de las sociedades y los momentos históricos, la familia en sus distintas composiciones y estructuras, se ha considerado el agente fundamental de cuidado y socialización de los hijos y el ambiente natural y óptimo para su protección y desarrollo. Así, la familia cumple muchas y diversas funciones relacionadas con el desarrollo infantil: la satisfacción de necesidades básicas, la protección del niño, su socialización y educación, su integración social y el apoyo en la construcción de sentimientos de pertenencia e identidad personal. (Bengoechea y Berástegui Pedro-Viejo, 2009, p. 176-177)

Sin embargo, conviene recordar que en aquellas situaciones en que las posibilidades de la familia de proveer todos los cuidados que necesitan los niños sean limitadas en razón de los factores económico e incluso de salud, serían llamados el Estado y la sociedad, a activar su función de corresponsabilidad y con ello contribuir con la permanencia de la unidad familiar, en el entendido de ese núcleo fundamental de la sociedad, La Corte Constitucional así lo enfatizó en Sentencia T-663 de 2017, en donde refiere que “la familia, en tanto que núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado”- toda vez que el Estado está constitucionalmente obligado a diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar (Corte Constitucional, Sentencia T-663 de 2017). Sin embargo, en oportunidades esa familia biológica aún con el soporte social y estatal, no está interesada en cumplir con su tarea de protección, por razones que se encuentran en la esfera de su privacidad.

En las situaciones en que esa familia muestra su incapacidad para garantizar el goce efectivo de los derechos de sus hijos menores de edad, ya sea por vulnerar, amenazar o inobservar sus derechos, debe accionarse el aparato estatal y por medio de las entidades encargadas, iniciar el proceso de restablecimiento de derechos, de acuerdo con las individualidades de cada caso y bajo los preceptos legales y constitucionales de obligatorio cumplimiento.

Con el mandato supremo que conlleva la protección del derecho de los niños -en el caso de interés- a tener una familia, existen unos requisitos legales que se deben cumplir, lo cual es imperativo también a la luz de las directrices internacionales. En el numeral 1 del artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Organización de Naciones Unidas, 1990), se prescribe abiertamente la protección y asistencia especiales del Estado, en los casos en que los niños estén temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o incluso cuando su interés superior exija que no permanezcan en dicho medio familiar; y posteriormente la Corte Constitucional señala que este derecho fundamental no es absoluto pues tal prerrogativa tiene límites en su ejercicio, toda vez que el niño puede ser separado de su familia, bajo premisas legales y jurisprudenciales; pero además, confirma la obligación del Estado de adoptar políticas públicas para la preservación del núcleo familiar, con ocasión del carácter prestacional del derecho a la familia. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 044 de 2014).

De lo anterior se desprende que, en los casos en que la familia del niño muestre sistemáticamente su desinterés por garantizar los derechos de este, aún con el apoyo del Estado para preservar sus vínculos afectivos y filiales, el Estado debe tomar las medidas necesarias para ofrecerle al niño una familia que vele por su bienestar integral, y a ello se llega por medio de la declaratoria de adoptabilidad emitida por el Defensor de Familia. En este sentido la Corte Constitucional decidió en sede de revisión de tutela, la homologación de la declaratoria de adoptabilidad de una niña, por medio de la Sentencia T663 de 2017, en la cual se concluyó que “el núcleo familiar no acreditó las mínimas condiciones para que la niña pudiera ser reintegrada a su hogar” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-663 de 2017)

Igualmente recordó la Corte la obligación del Estado de escuchar a los niños de acuerdo a sus capacidades evolutivas, en atención a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y con fundamento en el debido proceso, porque con su escucha, se facilita el papel esencial de éstos en las decisiones que los afectan (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-663 de 2017).

La declaratoria de adoptabilidad trae consigo implicaciones jurídicas severas, como la ruptura de los lazos de parentesco, por tanto, no se suscita de una forma deliberada sino en atención primaria al interés superior del niño, el cual constituye un límite a la discrecionalidad de los particulares y de las autoridades, quienes deben interpretar, integrar y aplicar la normativa de la infancia y la adolescencia, en la toma de decisiones relacionadas con ellos. (Monsalvo, 2011, p. 44).

En consecuencia de esta separación de los niños de su familia de origen, que se ha reputado necesaria, en ocasión a los hechos de vulneración de los cuales estos han sido víctimas; en la actualidad se encuentran un número importante de niños que permanecen bajo el cuidado del ICBF, y que incluso alcanzan la mayoría de edad sin una familia que les brinde las condiciones mínimas de protección (Periodico El Tiempo 2017).

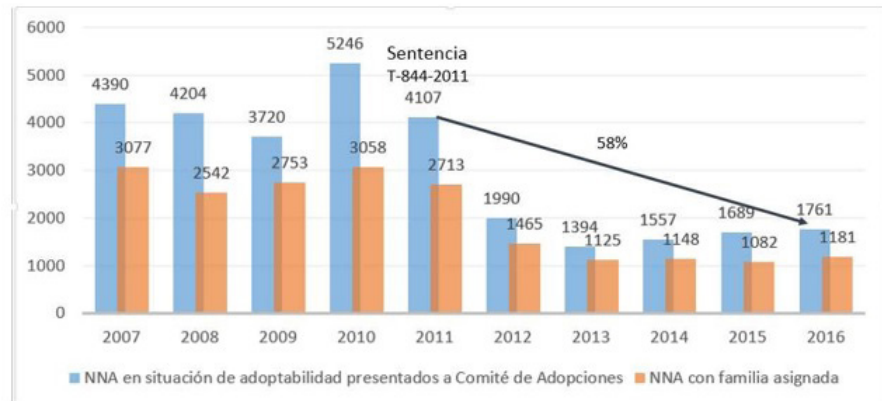
En estadísticas del ICBF se puede advertir que en el año 2017 se efectuaron 25.553 ingresos al proceso de restablecimiento de derechos de la Institución, por causas como: maltrato, violencia sexual, situación de calle, trabajo infantil y desnutrición (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Observatorio del Bienestar de la Niñez 2018); información que permite inferir las secuelas físicas y psicológicas, que posiblemente acompañarán en un futuro a esta parte importante de la población; pero, además, permite hacerse una idea de la infraestructura y el recurso humano que requiere el ICBF para, a través de las medidas de restablecimiento de derechos, ofrecer a esta población, la protección y cuidados que el Estado está obligado a proveer, incluso de proveer una familia, a quienes en el proceso acucioso, se determine que no cuentan con ella.

Esa tarea de proveer una familia, es desarrollada por el Comité de Adopciones del ICBF y para dar una idea sobre los resultados de dicha misión, se podría tomar como referente el periodo comprendido entre los años 2007 y 2016, encontrándose que: de los 30.058 niños que se presentaron ante el Comité de Adopciones con declaratoria de adoptabilidad, a 20.144 efectivamente se les asignó una familia, así lo muestra la **Gráfica 1**. Pero si además se hace un ejercicio con estas estadísticas, que corresponden precisamente al periodo de tiempo en que ha estado vigente la Ley 1098 de 2006 -pensando que solo a partir de ese momento se emitieron estas declaratorias de adoptabilidad-, se puede concluir que al 67% de los niños declarados en adoptabilidad se les asignó una familia; igual porcentaje que si se analizara el año 2016 por separado. Queda abierta la posibilidad de considerar este porcentaje como un resultado positivo, o si se prefiere, se podría enfocar en el 33% restante, calificándolo como un desacierto en el proceso de restablecimiento del derecho a tener una familia.

La otra opción que tiene el Defensor de Familia en el proceso de restablecimiento de derechos, es decretar al niño en estado de vulneración, y en este entendido, las estadísticas del ICBF muestran una tendencia ascendente desde 2009 a 2016, con 8.733 casos actuales de niños con declaratoria de vulneración y permanencia superior a un año en el Instituto, como se aprecia en la **Gráfica 2** (Congreso de la República de Colombia, Proyecto de Ley 225 2017), lo que lleva a pensar en dos hipótesis, que las familias biológicas de estos niños no han demostrado su capacidad y deseo de proporcionar la protección que ellos requieren, ii) dentro de la investigación del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, el Defensor o el Juez de Familia no hallaron a todos los parientes que podrían hacerse cargo del cuidado de estos niños, tomando frente a ello, la decisión de no arriesgarse a una posible revocatoria de adopción en un futuro, como consecuencia de una nulidad procesal por declararlos

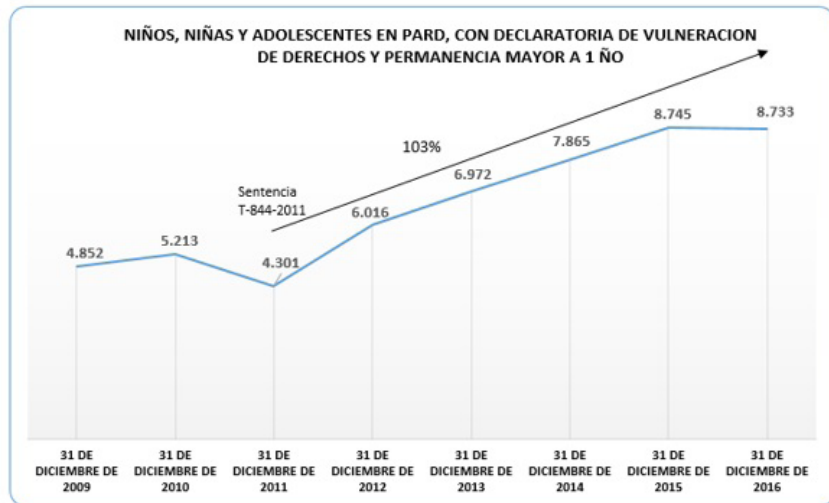
en adopción sin el acervo procesal requerido a nivel legal. Finalmente, es posible que estos niños se conviertan en hijos del Estado, en la medida en que el paso del tiempo les quita la posibilidad de ser acogidos por una familia adoptante, y posiblemente su familia biológica no se apropie de su papel de figura protectora antes de que cumplan su mayoría de edad.

Seguramente, es claro expresar que la finalidad del proceso de adopción ha sido alcanzada para esos 20.144 niños (ICBF. Estadísticas 2017) que durante la vigencia de la Ley 1098, se les restableció su derecho a tener la familia, y por ello han sido provistos de todas las condiciones necesarias para que crezcan en un ambiente de bienestar.



Gráfica 1. Niños presentados al comité de adopciones y niños a los que se les asignó una familia entre los años 2007 y 2016

Fuente: Subdirección de Adopciones de la Dirección de Protección del ICBF - 14 de febrero de 2017. Recuperado del proyecto de Ley 225 de 2017.



Gráfica 2. Niños en el PARD, con declaratoria de vulneración de derechos y permanencia mayor a 1 año

Fuente: Sistema de Información Misional – SIM. Recuperado del proyecto de Ley 225 de 2017.

Por ahora, en la actualidad el comportamiento de las estadísticas en cuanto a niños adoptados, continúa la misma constante que inició en el año 2012 cuando decrecieron las cifras –en parte, de acuerdo al fenómeno propiciado a partir de la sentencia T844 de 2011–, ello se evidencia en el último informe de la Subdirección de Adopciones del Programa de Adopciones (ICBF. Estadísticas 2018) en donde se reporta que en el año 2017 fueron dados en adopción 1.263 niños y en el primer semestre del año 2018 (a fecha de 30 de junio) la cifra es de 612 niños adoptados; sin embargo, con los cambios que introdujo la Ley 1878 de 2018 a la Ley 1098 de 2006, es posible que el panorama cambie para los niños que en la actualidad se encuentran en el Proceso de Restablecimiento de Derechos del ICBF a la espera de un hogar que los acoja como sus hijos.

Papel del Defensor de Familia en el proceso de adopción

Las funciones del Defensor de Familia en el proceso de adopción, están reguladas por la ley, la jurisprudencia, los decretos y resoluciones del ICBF; su papel es de vital importancia en la etapa administrativa conducente a la Declaratoria de Adoptabilidad, y en todo caso estará orientada a atender el interés superior del niño, así lo dispone el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Organización de Naciones Unidas 1990).

El Defensor de Familia es el director de la primera etapa del proceso de adopción, el trámite administrativo, el cual se encuentra a cargo del ICBF inmerso en el proceso de restablecimiento de derechos; el trámite judicial es la segunda etapa y se encuentra a cargo del Juzgado de Familia, que conoce de la homologación de la declaratoria de adoptabilidad y de la sentencia de adopción.

El trámite administrativo se inicia con la intervención del Defensor de Familia dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos del niño y termina con la declaratoria de adoptabilidad emitida por el mismo; el proceso está reglado por la Ley de la Infancia y la Adolescencia y procura en todo momento el respeto a las formas propias de las actuaciones administrativas y judiciales, de acuerdo al principio constitucional del debido proceso, artículo 29 de la Carta Política. En entrevista con la Defensora de Familia con funciones de Secretaria del Comité de Adopciones Luz Marina Estrada Arango afirma: “No se pueden saltar etapas dentro de este proceso, se deben cumplir todas las que están estipuladas en la Ley 1098 de 2006, siempre bajo los preceptos del debido proceso, so pena de incurrir en una nulidad procesal”. (Estrada 2017)

En los casos en que las actuaciones se cumplen a la luz del debido proceso, se asegura a la familia el derecho de defensa y la posibilidad de impugnar los actos administrativos y por ende a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio, en favor de la unidad familiar.

Una vez se emite la declaratoria la adoptabilidad y dicha actuación queda en firme, se ordena la inscripción de ese decreto de adopción en el libro de varios y en el registro civil del niño de manera inmediata a la ejecutoria.

La Registraduría del Estado Civil debe garantizar que esta anotación se realice en un término no superior a diez días a partir de la solicitud de la autoridad, una vez efectuada, el Defensor de Familia debe remitir la historia de atención al Comité de

Adopciones de la regional correspondiente, en un término no mayor a diez días, artículo 8 (El Congreso de Colombia, Ley 1878 2018). En firme la providencia que declara al niño, niña o adolescente en adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho (artículo 8, Ley 1878 de 2018).

La otra vía que conduce a la declaratoria de adoptabilidad es el consentimiento, el cual podrá ser revocado dentro del mes siguiente a su otorgamiento, este, está normado en el artículo 66 de la ley 1098.

[...] la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente.

El Comité de Adopciones (artículo 73 parágrafo 2, ley 1098 de 2006), está integrado por diferentes funcionarios adscritos al ICBF y en las IAPAS -Instituciones Autorizadas para desarrollar Programas de Adopción- por el Director y un Secretario que deberá ser abogado, además del equipo interdisciplinario. En el Comité se discuten las condiciones y necesidades del niño frente a las posibles familias que pueden acogerlo y ofrecer un hogar que le garantice sus derechos. Como lo explica Luz Marina Estrada Arango, Defensora de Familia con funciones de Secretaria del Comité de Adopciones.

Desde el Comité se le asigna a ese niño declarado en adoptabilidad una de las familias colombianas o extranjeras, que se encuentran en lista de espera en la Regional o en la subdirección de adopciones. En esta etapa, ad portas de finalizar el proceso de adopción, el Comité presenta al niño con la familia, quien lo recibe durante ocho días, al finalizar los cuales se certifica como exitosa o no la integración realizada. En ese momento se hace entrega de los documentos legales para que, a través de un abogado, la familia tramite el proceso judicial de la adopción. Una vez la familia allega la sentencia ejecutoriada con el nuevo registro civil de nacimiento del niño adoptado, el Comité de Adopciones decreta la reserva legal del proceso por 20 años, e inicia los seguimientos posteriores a la adopción que de acuerdo con el ordenamiento legal es de cuatro seguimientos, con intervalo de seis meses, durante dos años.

Desaciertos normativos, institucionales y humanos en el proceso de adopción

En el entendido de que el proceso de adopción está a cargo del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (ICBF 2017), como una de las medidas de Restablecimiento de Derechos, es obligatorio mencionar los vacíos existentes en sus diferentes componentes, o por lo menos los que se han logrado advertir durante la vigencia de la Ley 1098, siendo estos de diferente etiología: legal, jurisprudencial e institucional.

La Sentencia T-844 de 2011 en el proceso de adopción

La Sentencia T844 de 2011, retomó la búsqueda de referentes familiares reforzando la aplicación del artículo 61 del Código Civil. Esta Sentencia se interpretó por parte del ICBF en el sentido de la obligatoriedad de llamar al proceso -con término perentorio de 6 meses- a todos los familiares hasta el sexto grado de consanguinidad de

los niños en restablecimiento de derechos; práctica que requería mayores recursos económicos y humanos e incluso más tiempo; por tanto, a falta de estos elementos, la salida tomada por los Defensores de Familia fue emitir menos declaratorias de adoptabilidad y en contraste más resoluciones de vulneración; ello tiene sentido si se piensa que esta última medida no tiene término de caducidad, y les extiende su competencia; sin embargo el resultado de este fenómeno, fue la indefinida permanencia de los niños en el ICBF: si se quiere, se podría decir que entraron en un limbo administrativo. Sin embargo, de cara al interés superior del niño, se configuraba una vulneración de su derecho a una familia, y en esta ocasión, vulneración emanada del mismo Estado.

Dada la disminución del número de declaratorias de adoptabilidad causadas por la interpretación de la sentencia en comentario –interpretación contraria a lo que señala la ley-, en una iniciativa del Congreso de la República, apoyada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, fue modificado el artículo 56 de la Ley 1098 de 2006 por el artículo 217 de la Ley 1753 de 2015, el cual, se refirió a la “ubicación en medio familiar”, en este sentido, explica la Defensora de Familia Luz Marina Estrada que este artículo “habla de búsqueda de familia, pero que no se tenga en cuenta el grado de consanguinidad, sino la parte afectiva y de relación del niño con esa familia” Estrada (2017). El cambio que introdujo este artículo, fue la eliminación de la remisión al artículo 61 del Código Civil, y la inclusión de la regulación de dicha ubicación, dándole relevancia a las condiciones que tuvieran los parientes para ofrecer la garantía del ejercicio de los derechos del niño. Primero que todo, la norma recuerda que la ubicación en medio familiar se efectuará atendiendo al interés superior del niño y a renglón seguido determina que la búsqueda de los parientes se efectuará dentro de la actuación administrativa (de cuatro o seis meses, de acuerdo a si se realiza prórroga y esta es concedida) y advierte que no será excusa para mantener al niño en declaratoria de vulneración; además ordena a los entes públicos y privados a ofrecer la información requerida por el Defensor de Familia, en un término de diez días so pena de incurrir en mala conducta.

Con dicha corrección normativa se busca generar mayor celeridad en el proceso de restablecimiento de derechos y específicamente disminuir los obstáculos y las limitaciones del Defensor de familia en la expedición de la declaratoria de adoptabilidad siempre con observancia de los preceptos legales.

Competencias institucionales y el factor humano

El ICBF es la entidad estatal encargada de la coordinación del SNBF, y a su vez es la autoridad central en materia de adopciones; competencias que le confieren la carga de instruir de forma acuciosa a sus funcionarios públicos y de expedir los lineamientos técnicos que sus funcionarios y las demás entidades del SNBF deben cumplir para garantizar los derechos de los niños (art.11 Ley 1098).

Retomando la función del ICBF de trazar las directrices para la implementación y ejecución de los procesos que tiene dentro de su propósito misional, es plausible encontrar los Lineamientos técnicos donde se regulan los procedimientos que deben ser desarrollados por el Defensor de Familia, lineamientos que deberán ser ajustados a la luz de la Ley 1878 de 2018 modificatoria de la Ley 1098 de 2006.

Igualmente, a través de esta investigación, se evidenció la existencia de resoluciones, decretos, conceptos, ayudas audiovisuales de temas específicos y otros documentos que sirven de soporte para la ejecución de las funciones propias del Defensor de Familia.

De otra parte el componente humano es, sin duda, de gran importancia en el proceso de restablecimiento de derechos; sin embargo le confiere también un matiz de inexactitud, esto en el entendido de que, a pesar de la existencia de directrices expresas sobre los pasos y actuaciones de cada etapa del proceso, los seres humanos que intervienen en el desarrollo del mismo -tanto si se mira a los funcionarios públicos como a los particulares involucrados en el proceso global- pueden cometer errores ya sea por interpretaciones equivocadas, por emociones, por cambios conductuales, en sí por el universo del comportamiento humano.

Siguiendo en el tono de la condición humana, un elemento importante tiene que ver con la dignidad, derivada del principio constitucional de la estabilidad laboral, estabilidad con la que no contaban algunos profesionales de las Defensorías de Familia, dada la modalidad de contratación temporal que los vinculaba con la entidad, frente a ello se pronunció la Procuraduría General de la Nación en el año 2015, en el "Informe de Vigilancia Superior a los equipos técnicos de las Defensorías de Familia de los Centros Zonales del ICBF Regional Bogotá"

El 20 % de los servidores públicos de las Defensorías de Familia está vinculado a la Carrera Administrativa, el 26% lo conforman servidores con nombramiento en provisionalidad, el 40% por contrato de prestación de servicios y el 14% está vinculado como supernumerario.

Las diferentes formas de vinculación afectan el normal desarrollo del PARD, debido a que no hay continuidad en el cumplimiento de las funciones; en algunas ocasiones, vencido el término del contrato las actuaciones de los profesionales dentro del PARD se suspenden mientras se realiza la nueva contratación. (Procuraduría de la Nación 2015)

Situación que además de afectar los derechos de la infancia y adolescencia, incidía negativamente en el desarrollo de la vida de los profesionales encargados del PARD. En ese sentido se tuvo un avance con el decreto presidencial firmado en septiembre de 2017, en el cual se formalizaron más de 3.700 cargos provisionales para agregarlos a la planta global de la Institución (Presidencia de la República. Decreto 1479 2017).

Otro tema de relevancia es la carga laboral, la cual a nivel global se presume excesiva, incluso para los empleados de planta, "Los Defensores de Familia en el país, que ascienden a 1.500, no dan abasto con el número de casos. Cada uno de estos funcionarios puede tener hasta 200 niños a su cargo" (Periodico El Tiempo 2017). Esta carga excesiva se presenta, debido a las otras funciones que debe cumplir el Defensor de Familia, que a pesar de estar incluidas en su desempeño restan tiempo en la investigación de los procesos que tiene a su cargo, dada la preocupación que genera esta situación, "la actual dirección del Instituto ha puntualizado sus esfuerzos, ampliando la planta de personal en modalidad de carrera administrativa" así lo expresa Estrada (2017).

Se espera que con la convocatoria del ICBF, que está en su etapa final, para la provisión de una planta temporal (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar 2016), se subsane en parte la discontinuidad del equipo de Defensoría de Familia, permitiendo la culminación satisfactoria de un mayor número de procesos de restablecimiento de derechos, sin la intermitencia que se viene presentando por interrupción de actividades del personal a cargo.

Ley 1098 de 2006 y cambios que introdujo la Ley 1878 de 2018

La Ley 1098 de 2006 fue concebida como la única vía legal, expedita y garante, en lo concerniente al restablecimiento de derechos de la infancia y la adolescencia e incluyó aspectos que en un principio buscaban la protección integral de sus sujetos de derechos; sin embargo, en su aplicación se identificaron elementos óbice del proceso que impedían incluso, el fin constitucional de restablecer el derecho a una familia. Los diez años de vigencia y aplicación de esta ley han permitido evaluar su contenido y claridad, y con ello, advertir los vacíos legales que pueden en algún sentido desvirtuar su papel como norma rectora para el restablecimiento del derecho constitucional a una familia, en atención a ello fue expedida la Ley 1878 por medio de la cual se modifican algunos de sus artículos.

Esta nueva ley, posiblemente es uno de los instrumentos, más esperados por el ICBF y en especial por las Defensorías de Familia, toda vez que su carácter taxativo tanto en lo sustancial como en lo procedimental ofrece mayores elementos para la actuación de los Defensores de Familia, imprimiéndole al proceso de Restablecimiento de Derechos mayor legalidad y fluidez.

En este sentido, para finalizar el recorrido propuesto para el tema de interés, se abordarán los aspectos que cambió y que incluyó el articulado de la Ley 1878 al proceso de adopción.

La Ley 1878 de 2018 en su artículo 1º modificatorio del artículo 52 de la ley 1098 de 2006 incluyó la estipulación de un plazo de diez días para realizar la verificación de cumplimiento de derechos del niño, en aquellos casos en que no sea posible la inmediatez de la actuación por parte del Defensor de Familia, con la verificación correspondiente por parte del equipo técnico interdisciplinario; la norma derogada obligaba a la inmediatez de dicha actuación olvidando la individualidad de cada caso y, con ello, que hay oportunidades en que la autoridad administrativa competente -dadas las mismas limitaciones del Sistema-, no puede desplazarse al lugar de ocurrencia de los hechos, o ponerse en contacto con el niño víctima, para verificar el estado de sus derechos.

En la verificación de derechos realizada por la autoridad competente, se podrá además determinar si es un asunto susceptible de conciliación, caso en el cual, se tramitará conforme a la ley vigente en la materia y en el evento en que fracase el intento conciliatorio, el funcionario mediante resolución motivada fijará las obligaciones provisionales respecto a custodia, alimentos y visitas y en caso de que alguna de las partes lo solicite dentro de los cinco días siguientes, el funcionario presentará demanda ante el juez competente.

En el artículo 2º modificatorio del artículo 56 de la Ley 1098, La Ley 1878 incluyó la modificación que ya se estaba implementando por medio de artículo 217 de la Ley 1753 de 2015, en ella quedó consagrado todo lo concerniente a la ubicación en medio familiar, aclarando que para la búsqueda de parientes se tendrá en cuenta que estos ofrezcan al niño las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos, atendiendo a su interés superior. Dicha búsqueda se realizará en el marco de la actuación administrativa y no será excusa para mantener al niño en situación de declaratoria de vulneración; es importante recordar que la norma derogada hacía remisión al artículo 61 del Código Civil, en donde se debía oír a los familiares hasta el sexto grado de consanguinidad, la cual generó muchos inconvenientes a partir del año 2011, con ocasión de la inadecuada interpretación del fallo de tutela consagrado en la Sentencia T 844.

Adiciona este artículo 2º, un elemento importante de coordinación y articulación entre los diferentes agentes del SNBF, imponiéndoles el deber de brindar acceso a las solicitudes de información que en este sentido eleven las Defensorías de Familia, solicitudes que deben ser atendidas en un término de diez (10) días, constituyendo su incumplimiento en causal de mala conducta.

La Ley 1098 indicaba la apertura de la investigación solo por la autoridad competente (art. 99); Sin embargo, el artículo 3º de la Ley 1878 le impone el deber de realizar la apertura a la autoridad que conozca del caso y advierte además que contra el auto en mención no procede recurso alguno. Incluyó este artículo una actuación Constitucional, la realización de la entrevista al niño, reforzándola como un elemento garante del debido proceso a propósito de los artículos 26 y 105 de la Ley 1098 de 2006, los cuales fueron ampliamente analizados en la Sentencia T 663 de 2017.

Otros aspectos incluidos en este artículo son: la obligación de la autoridad competente de presentar de manera inmediata denuncia penal cuando advierta la ocurrencia de un posible delito; y el deber de la autoridad administrativa de movilizar a las entidades que conforman el SNBF dictando las órdenes específicas para garantizar los derechos de los niños, de manera que se cumplan en un término no mayor a diez (10) días.

El último aspecto que llama la atención del artículo 3º de la Ley 1878, es el carácter prioritario y preventivo que le imprime al proceso de restablecimiento de derechos, especialmente en los casos en que existe conflicto de competencia, ordenando que sea tramitado por la primera autoridad que tuvo conocimiento del asunto, hasta tanto el juez de familia resuelva el conflicto, actuación que dice, conservará plena validez, incluso la resolución que decida de fondo el proceso aún en los casos en que se declare falta de competencia. Nuevamente impone al Juez un término de 15 días para la actuación requerida, so pena de incurrir en mala conducta.

El artículo 4º de la Ley 1878, modificó el artículo 100 de la Ley 1098, el cual se refiere al trámite del proceso. Estrada (2017) afirma:

Ese era el más cuestionado por los Defensores de Familia, quienes advertían que su estructura no era clara y obligaba a su interpretación, lo que generaba una discrecionalidad de los funcionarios públicos que podía ser nociva, toda vez que, su indebida aplicación devenía en vicios de nulidad, invocados en la declaratoria de adoptabilidad o en la sentencia que concedía la adopción, y como consecuencia, ello podía terminar en una lamentable revocatoria de la adopción.

Aspectos que contempla la Ley 1878 de 2018

Contempla en las pruebas su conducencia, utilidad y pertinencia; se amplían las etapas procesales en que pueden ser practicadas, haciendo alusión a la audiencia de pruebas y fallo o fuera de ella, pero además precisa que las pruebas que se decretaron y no se practicaron deberán ser revocadas mediante auto motivado. Advierte además el citado artículo sobre los traslados y el término estipulado para los mismos, garantizando el derecho de oposición de las partes. Anuncia los recursos que proceden en la audiencia de fallo y las notificaciones a que hay lugar (hace remisión al Código General del Proceso).

Estipula el momento procesal para la remisión del expediente al Juez de Familia para la homologación de la declaratoria de adopción y el plazo con el que cuenta el Juez para decidir sobre el asunto.

Establece el término para la definición de la situación jurídica del niño, decreta que esta deberá resolverse por medio de la declaración de vulneración de derechos o la declaración de adoptabilidad del niño dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos del menor de edad, término improrrogable que no podrá extenderse ni por actuación de autoridad administrativa o judicial, precisa además en qué evento la autoridad perderá competencia y el término que tiene para remitir el expediente al Juez de Familia, quien tendrá un término máximo de 2 meses para resolver el recurso o la situación jurídica del niño según sea el caso. En este caso el Juez deberá informar a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar. La norma además estipula investigación disciplinaria para el Juez en caso de no cumplir con el término que le otorga la Ley con notificación al Consejo Superior de la Judicatura.

Faculta al Director Regional del ICBF para remitir el proceso al Juez de familia, en los casos en que el Defensor de Familia pierda competencia y no remita dicho expediente al Juez dentro del término establecido en la ley.

Introduce la posibilidad de subsanar un yerro en el trámite administrativo, por medio de la emisión de un auto para decretar la nulidad de la actuación específica, esto bajo los parámetros contemplados en la misma ley.

Establece como falta gravísima el incumplimiento de los términos para la tramitación y decisión del proceso administrativo de restablecimiento de derechos por parte de las autoridades administrativas y judiciales

Aclara que las causales de nulidad del proceso de restablecimiento de derechos son las contempladas en el Código General del Proceso y regla el término y procedimiento para su decreto El artículo 5° de la Ley 1878 modificó el art.102 de la Ley 1098. La nueva norma se refiere al tema de la publicación, en esta oportunidad ordena que se realicen ambas publicaciones, en una página de Internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y por transmisión en un medio masivo de comunicación, los cuales anteriormente eran excluyentes, para ambas establece el término para la notificación.

El artículo 6° de la Ley 1878 que modificó el art. 103 Ley 1098 se refirió al carácter transitorio de las medidas de restablecimiento de derechos y de la declaratoria de vulneración. En él se otorga la posibilidad de modificar las medidas de restablecimiento de derechos solo a la autoridad administrativa que tenga competencia en el proceso, la cual requerirá de resolución proferida en audiencia y estará sometida a los mecanismos de oposición establecidos para el fallo, cuando la modificación se genere con posterioridad a dicha actuación, si se realiza antes de la audiencia de pruebas y fallo, deberá realizarse mediante auto motivado, ambos deberán surtir las notificaciones consagradas en este artículo.

Este mismo artículo incluyó un tema de relevancia con profunda identidad garantista, el término para los casos de resolución de vulneración de derechos, casos en los que la autoridad administrativa deberá hacer seguimiento por un término que no exceda

seis (6) meses, y en los casos excepcionales que dicha autoridad administrativa considere que debe superarse el término de seguimiento, deberá prorrogarlo mediante resolución motivada por un término que no podrá exceder de seis (6) meses, contados a partir del vencimiento del término de seguimiento inicial. La prórroga deberá notificarse por Estado. El artículo en análisis incluye las reglas para dichos términos. Además, determina que en ningún caso el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos con el seguimiento podrá exceder los dieciocho (18) meses, contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa hasta la declaratoria de adoptabilidad o el reintegro del niño, niña o adolescente a su medio familiar.

En el caso del artículo 107 de la Ley 1098 de 2006, la modificación realizada al mismo por parte del artículo 7 de la Ley 1878 de 2018 es únicamente la exclusión del párrafo 1 que hablaba de la oposición a la resolución que declara la adoptabilidad, esto se entiende en la medida en que el tema se trató en otros artículos de forma más amplia y organizada.

El artículo 8 de la Ley 1878 modificó el artículo 108 de la Ley 1098. En este ordenó la inscripción de la resolución que declare la adoptabilidad en el libro de varios y en el registro civil del menor de edad de manera inmediata a la ejecutoria, estableció el plazo para este proceso y regló el procedimiento a seguir por la autoridad competente y el Comité de Adopciones.

Para los efectos del presente artículo, no se suscita interés en los artículos: 9° de la Ley 1878 modificatorio del artículo 110 de la Ley 1098 de 2006, que trata del permiso para salir del país; 10° modificatorio del artículo 124 que habla de la adopción en lo relacionado con la demanda y requisitos que debe presentar la familia adoptante; 11° modificatorio del artículo 126 de la 1098 que habla de las reglas especiales del procedimiento de adopción; 12° modificatorio del artículo 127, que habla de la seguridad social de los adoptantes y adoptivos y finalmente del artículo 13 que establece las reglas de tránsito para la aplicación de la Ley 1878.

Conclusiones y reflexiones

En Colombia, la institución jurídica de la adopción, data de tiempos ancestrales y, a través de la historia ha tenido diversas transformaciones a nivel cultural y a nivel jurídico. En la actualidad se concibe como una medida subsidiaria del proceso de restablecimiento de derechos que culmina con la sentencia judicial que le da carácter definitivo.

El ICBF es la entidad estatal encargada de la Coordinación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, responsable de definir los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños. Es además, autoridad central en materia de adopciones.

La adopción, en algunos casos, se constituye en el restablecimiento del derecho fundamental a tener una familia. De ello se derivan dos consecuencias jurídicas importantes para el niño: la ruptura de los lazos filiales con su familia de origen y el establecimiento, de manera irrevocable, de la relación paterna filial entre este y su familia adoptante.

El Defensor de Familia cuenta con diferentes instrumentos, como guía para desarrollar las funciones que le son propias dentro del proceso de restablecimiento de derechos, especialmente del proceso de adopción. Entre ellos se encuentran: la Constitución Política, la Ley 1098 de 2006, la Ley 1878 de 2018, los lineamientos técnicos del ICBF y demás documentos legales nacionales e internacionales de obligatorio cumplimiento en el territorio nacional. Sin embargo, como se evidenció, con la implementación de la Ley 1878 de 2018 se pretende subsanar aquellos vacíos legales existentes en la Ley 1098 de 2006 y que dificultaban el correcto cumplimiento de su deber hasta el año 2017.

El proceso de adopción que se encuentra inmerso en el proceso de Restablecimiento de Derechos se divide en dos fases: el trámite administrativo y el trámite judicial; en el primero, el Defensor de Familia actúa como director del proceso y su actuación se agota con la emisión de la declaratoria de adoptabilidad y; en el segundo, se encuentra a cargo el Juzgado de Familia que conoce de la homologación de la declaratoria de adoptabilidad y de la sentencia de adopción.

Las cifras estadísticas analizadas permiten aventurarse a la conclusión de que la población de niños ingresada al proceso de Restablecimiento de Derechos del ICBF y el número de niños adoptados son indicadores de la actividad permanente por parte del ICBF, a través de los Defensores de Familia y su equipo de Defensoría.

La Constitución Política, la Ley 1098 de 2006 y la Ley 1878 de 2018 modificatoria de la Ley 1098, son los instrumentos legales por excelencia, que regulan el proceso de restablecimiento de derechos y en este, el de adopción.

La interpretación errónea, por parte del ICBF, de la Sentencia T844 de 2011, generó dificultades en el proceso de adopción, desencadenando la caída en la emisión de las declaratorias de adopción y, a pesar de que la Ley 1753 de 2015, con la modificación del artículo 56 de la ley 1098, trató de volver las cosas a su estado inicial, aún algunos Defensores de Familia y algunos Jueces de Familia traban el proceso de adopción invocando y aplicando el texto original de la norma.

La Ley 1878 de 2018 modificó algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, con los cuales corrigió errores normativos, con miras a mejorar la legalidad y fluidez del proceso de restablecimiento de derechos, en especial para el caso de interés, el proceso de adopción.

El ICBF tiene problemas de funcionamiento, derivados de la deficiente planta de personal con la que cuenta para la ejecución de su propósito misional, dificultades en tipos de contratación y de carga laboral, sin embargo, se espera que esta situación mejore con los esfuerzos gubernamentales que se están efectuando, entre ellos el decreto presidencial firmado en septiembre de 2017, con el cual se formalizaron más de 3.700 cargos provisionales para agregarlos a la planta global de la Institución. (Presidencia de la República. Decreto 1479 2017).

Las políticas públicas deberían centrarse en el cuidado y realización del individuo, para que este tenga mejores elementos al momento de planificar su proyecto de consolidar una familia. Ello mejoraría las oportunidades de proveer la crianza, cuidado y protección integral de sus descendientes.

El ICBF como entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), debería contar con el dispositivo financiero y de recurso humano suficiente para el cumplimiento de su propósito misional y, como parte de este, el restablecimiento del derecho constitucional a tener una familia, de quienes por vicisitudes del destino no cuentan con una que cumpla su función de protección integral.

Existiendo un SNBF, todos los entes nacionales deberían trabajar de forma mancomunada en la emisión y corrección de las normas que rigen los procesos de Restablecimiento de Derechos, mostrando coherencia en la declaración constitucional que consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho.

El respeto de las entidades estatales por los principios constitucionales, en el caso específico, por el de la estabilidad laboral en condiciones dignas para los funcionarios que integran la Defensoría de Familia, podría incidir en el cumplimiento de otros derechos fundamentales como el de tener una familia para los niños en proceso de Restablecimiento de Derechos

Referencias

- Arias, Cardona Andrés Jair., y Moreno, Juan Carlos Mosquera. *Historia de la Adopción en Colombia*. 07 de Septiembre de 2011. <http://adopcioncolombia.blogspot.com.co/2011/09/andres-jair-arias-cardona-juan-carlos.html> (último acceso: 01 de Agosto de 2017).
- Asamblea Constituyente, Constitución Política. es.presidencia.gov.co. 1991.
- Bengoechea, Blanca Gómez, y Ana Berástegui Pedro-Viejo. «El derecho del niño a vivir en familia.» *Miscelánea Comillas Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 2009: 175-198.
- Congreso de Colombia. «Ley 75, art. 23.» *Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Recopilado por Diario Oficial No. 32.682. Bogotá: Diario Oficial No. 32.682, 31 de 12 de 1968.
- Congreso de Colombia, Ley 5. icbf.gov.co. 1975. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0005_1975.htm.
- Congreso de la República de Colombia, Proyecto de Ley 225. 04 de Abril de 2017. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2014-2018/2016-2017/article/225-por-medio-de-la-cual-se-modifican-algunos-articulos-de-la-ley-1098-de-2006-por-la-cual-se-expide-el-codigo-de-la-infancia-y-la-adolescencia-y->
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1098. 2006. http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 12. 1991. <http://www.dmsjuridica.com/codigos/legislacion/leyes/l12%20de%201991.htm>.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 265. 1996. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0265_1996.html.

- Congreso de la República, Ley 1098. <http://www.icbf.gov.c>. 08 de Noviembre de 2006. http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm.
- Convenio de La Haya. N°33. 1993. s.f. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala de revisión de tutelas. Sentencia T 044. MP.Luis Ernesto Vargas Silva. 2014. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-044-14.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 577. MP.Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. 2011. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C071. MP. José Roberto Herrera Vergara. 2015. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-383. 1996. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-383-96.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-663. 2017. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-663-17.htm>.
- Corte Constitucional T-663. *Sentencia T-663*. 30 de Octubre de 2017. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-663-17.htm> (último acceso: 10 de Febrero de 2018).
- El Congreso de Colombia, Ley 1878. 2018. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201878%20DEL%2009%20DE%20ENERO%20DE%202018.pdf>.
- Estrada, Arango Luz Marina, entrevista de Luz Astrid Ortiz FLórez. *Defensora de Familia con funciones de Secretaria del Comité de Adopciones* (27 de Julio de 2017).
- ICBF. 2017. <https://www.icbf.gov.co/bienestar/sistema-nacional-bienestar-familiar>.
- ICBF. Concepto 69. 2012. http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000069_2012.htm.
- ICBF. Estadísticas. 2017. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/estadisticas_p_adopciones_al_31-12-2017_0.pdf.
- . 2018. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/estadisticas_p_adopciones_al_30-06-2018.pdf.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. *Comisión Nacional del Servicio Civil*. Convocatoria 433 ICBF. 2016. <https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opecc-433-icbf>.
- . *concepto_icbf_0000069_2012*. 10 de Mayo de 2012. http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000069_2012.htm.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Observatorio del Bienestar de la Niñez. *Observatorio del Bienestar de la Niñez*. 2018. <https://www.icbf.gov.co/bienestar/observatorio-bienestar-ninez/tablero-pard>.

- Monroy, Marco Gerardo. *Derecho de Familia y de Menores*. Santafé de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1999.
- Monsalvo, Aroldo Quiroz. «Veinte años de la Convención de los Derechos del Niño: reflexiones sobre el desarrollo jurídico en Colombia.» *Criterio Jurídico Garantista* (Universidad Autónoma de Colombia), n° 5 (Jul-Dic 2011): 42 -50.
- Navarro, R. M. «Adopción, Derecho y Familia.» *Rev. boliv. de derecho* n° 14 (Julio 2012): 98-121.
- Organización de Naciones Unidas. *Convención de los Derechos de los Niños*. 1990. http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_derechos_nino.html.
- Periodico El Tiempo. *Seis de cada diez jóvenes en protección del ICBF son mayores de edad*. 2017. <http://www.eltiempo.com/cultura/gente/estadisticas-de-jovenes-mayores-de-edad-en-el-icbf-120222>.
- Presidencia de la República. «Código del Menor, art. 63.» 27 de Noviembre de 1989.
- Presidencia de la República de Colombia. Ley 2737. 1989. http://www.secretaria-senado.gov.co/senado/basedoc/codigo_menor.html.
- Presidencia de la República. Decreto 1479. [ICBF.GOV.CO](http://www.icbf.gov.co). 04 de Septiembre de 2017. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1479_2017.htm (último acceso: 12 de 10 de 2018).
- Procuraduría de la Nación. www.procuraduria.gov.co/. 24 de 03 de 2015. <https://www.procuraduria.gov.co/sipre/media/file/publicaciones/40/informe%20equipos%20interdisciplinarios%20d.%20f.%20bogotá.pdf> (último acceso: 12 de 10 de 2018).
- Robledo, María José Vélez. *La Adopción en Colombia: Historia, mitos y bondades*. 2016. <http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/handle/6789/2645>.
- . «La Adopción En Colombia: Historia, Mitos y Bondades .» 23 de Junio de 2016. <http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/handle/6789/2645> (último acceso: 2017 de Agosto de 06).