

IRREGULARIDADES EN EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS, EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN DE NIÑOS(AS) Y ADOLESCENTES COLOMBIANOS

Irregularities in the reestablishment of rights, in the process of adoption
of boys(ace) and Colombian teenagers

***Ricardo Castillo Pineda**

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

Resumen

Este artículo presenta los resultados obtenidos del estudio realizado a 16 acciones de tutela, en las que se revisaron presuntas vulneraciones a derechos fundamentales, mediante la aplicación inadecuada del proceso de adopción, tomando las medidas de protección contempladas en el capítulo II de la Ley 1098 de 2006. El estudio está enfocado en los procesos administrativos que se adelantan para decretar en adoptabilidad a niñas, niños y adolescentes que se encuentren en condición de vulnerabilidad, así como la revisión de los trámites y procedimientos que dentro de los mismos, se ejecutan; los cuales, deben estar revestidos de los principios de legalidad e interés superior.

El trámite de adopción de niños y niñas que cuentan con una familia nuclear o extensa, requiere una mayor verificación por parte de la autoridad administrativa, en la escogencia de la medida de restablecimiento de derechos. Esta debe aplicarse teniendo en cuenta que la adopción en estos casos debe ser considerada como medida de último recurso y la cual requiere del agotamiento efectivo de otras opciones que solucionen las problemáticas que han colocado en situación de vulneración, al menor dentro de su grupo familiar.

El propósito de este trabajo no es otro que el de dar a conocer a la comunidad en general, la existencia y las dinámicas de los procesos administrativos en este campo, en aras de prevenir y evitar falencias administrativas. Motivo por el cual, se abordó un estudio de la legislación, doctrina y jurisprudencia que versan sobre la materia.

Palabras clave: restablecimiento de derechos, trámite, adopción, autoridades competentes

Abstract

This article presents the results obtained from the study carried out on 16 trusteeship actions, in which suspected violations of fundamental rights were reviewed, through the inadequate application of the adoption process, taking into account the protection measures referred in chapter II of Law 1098 of 2006. The study is focused on the administrative processes that are being carry out to decree the Adoption to children and youngsters that are in a condition of vulnerability, as well as the review of the processes and procedures that are carried out within them; which must be covered by the principles of legality and best interest.

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

The procedure of Children's adoption with a nuclear or extended family requires a further verification by the administrative authority, in terms of selection measure to restoration rights. This should be applied taking into account that the adoption, in those cases, should be considered as a measure of last option, and which requires the effective depletion of other options that solve the problems that have placed the children in violation inside their family group.

The purpose of this article is to make known to the community, the existence and dynamics of administrative processes in this field, in order to prevent and avoid administrative failures. Based on these reasons, a study of the legislation, doctrine and jurisprudence that deal with the subject was approached.

Key words: Restoration of Rights, procedure, adoption, competent authorities.



Introducción

La figura de la adopción, desde el concepto consagrado en el art. 61 de la Ley 1098 de 2006, se considera como una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza; figura legal que fue adoptada por el Estado colombiano en 1850. Así como las demás medidas de restablecimiento de derechos requiere del agotamiento y cumplimiento de una serie de pasos y exigencias; que conforman el proceso administrativo establecido por el legislador, con miras a garantizar que estos estén revestidos de las formalidades y la legalidad; el presente escrito aborda dichos procedimientos administrativos y la ejecución que de ellos hacen las autoridades competentes.

Este artículo nos muestra cómo en múltiples casos se evidencia el incumplimiento y la no aplicación de los procedimientos, legalmente establecidos, así como también, la adopción de decisiones que vulneran los derechos de las familias de los niños y niñas.

La adopción de un niño genera en él un total desarraigo de su familia de origen; de sus raíces, marcándolo positiva o negativamente para siempre, sin importar su condición, raza y estrato socioeconómico. Es por ello que las evidencias encontradas en este estudio, resultan de necesaria divulgación y socialización ante las autoridades judiciales y administrativas que adelantan estos trámites, en vista que los mismos estén revestidos de legalidad y que las decisiones adoptadas sean las más convenientes para los niños y sus familias. Por esto, se acudió a los antecedentes jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional, que como tribunal de cierre ha conceptualizado sobre el amparo de los derechos fundamentales de la persona, la familia y la sociedad.

Ya que desde la aplicación del principio de corresponsabilidad, estos estamentos deben garantizar al menor su protección integral, en consideración a que ellos constituyen el hábitat natural y soporte de su desarrollo; es necesario dar aplicación al mandato constitucional que consagra como derecho fundamental la posibilidad de que todo niño, niña y adolescente, tenga y conserve su familia.

Al mismo tiempo, se buscará determinar si “Las autoridades encargadas de adelantar el proceso de adopción en Colombia, cumplen con el procedimiento establecido en la normatividad, protegiendo los derechos fundamentales del niño, niña y/o adolescente”.

Para lograr dicho objetivo, es necesario revisar la jurisprudencia y conocer en dónde se han presentado casos sobre irregularidades en el trámite administrativo de adoptabilidad, por parte de las autoridades encargadas. Del mismo modo, se analizarán las normas y sentencias que regulan el trámite administrativo de adopción, restablecimiento de derechos y de adoptabilidad en Colombia. Esto permitirá establecer si existen irregularidades en el procedimiento o en la aplicación de la normatividad.

Esta investigación se desarrolla a través de un artículo de tipo reflexivo, con una metodología de análisis de tipo socio-jurídico, tomando como referencia fuentes de tipo primario y secundario como son la normatividad vigente, la doctrina y la jurisprudencia, con el ánimo de conocer y dar a conocer cuáles son las medidas de restablecimiento de derechos, entre ellas la adopción, cuáles son los pasos que se deben agotar para que estas se materialicen; cuál es la normatividad que las rige y cuál es el manejo que de ellas están haciendo las autoridades competentes.

Una vez se resuelva cada uno de los interrogantes, se podrá identificar si en el proceso ad-

ministrativo de restablecimiento de derechos, en donde se opta por dar curso al trámite de adopción, se vulneran los derechos de los niños involucrados y sus familias, al desconocer en ellos, el principio constitucional al debido proceso.

Normas legales de la adopción

Tener una familia, hace parte de los derechos básicos: “Convención Internacional de los Derechos del Niño, y el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, suscrito en La Haya”. Convenio [1] relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (Hecho el 29 de mayo de 1993) (Entrado en vigor el 1° de mayo de 1995). Allí se reconoce que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión.

El Estado y los organismos internacionales, han consagrado, en diversos instrumentos del derecho internacional, su protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado [2] Constitución Política de Colombia, 1991 en su art. 44: “que son derechos fundamentales de los mismos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, y estableció que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

Por su falta de madurez y consiguiente vulnerabilidad e indefensión, surge la necesidad de garantizar a los niños un proceso de formación o desarrollo en condiciones adecuadas, por ser quienes representan el futuro de los pueblos.

Por otro lado, los padres adoptivos llegan a la decisión de adoptar después de un largo período de ímprobos esfuerzos por tener hijos biológicos, Código de la Infancia y la Adolescencia [3] Ley 1098 de 2006. Art. 61 “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

Es necesario, para las familias que van a iniciar o inician el proceso de adopción, que los servidores públicos, las Instituciones Autorizadas para Desarrollar el Programa de Adopción, las pas, tengan claridad sobre el procedimiento de adopción de niños, niñas y adolescentes en Colombia [4].

El trámite de adopción se inicia cuando el proceso administrativo de restablecimiento de derechos culmina con la providencia del defensor de familia declarando la adoptabilidad del niño, niña o adolescente; con la autorización que el defensor de familia expide para la adopción, o con la firmeza del consentimiento otorgado por los padres para la adopción del niño, niña o adolescente.

Así las cosas [5] la Jurisprudencia de la Corte Constitucional afirma “que para que un niño pueda ser entregado en adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, debe primero buscar hasta el sexto grado de consanguinidad de la familia del menor”. La Constitución de Colombia establece que los derechos de los niños prevalecen, ante los derechos de otros y que el principio de interés superior consagrado en el art. 44 de la Constitución Nacional, resulta de imperativa aplicación.

La adopción en Colombia

El [6] art. 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que, para adoptar de manera conjunta o individual se debe: “ser plenamente capaz, tener 25 años de edad cumplidos, demostrar la idoneidad física, mental, moral y social suficiente para ofrecerle una familia adecuada y estable a un menor de 18 años de edad y como requisito esencial tener al menos 15 años más que el adoptable”. Existe la necesidad de clarificar la edad del adoptante. Consideraciones generales para tramitar la adopción

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 los demás [7] Constitución Política de Colombia, art 42.

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 comparte, 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 ambiente de bienestar, afecto y solidaridad” [8] (sentencias C-562 de 1995, C-477 de 1999 Corte Constitucional).

Es necesario distinguir las clases de adopciones. El tratadista [9] Marco Gerardo Monroy Cabra (1979), establece que la adopción está clasificada en simple y plena:

“Adopción simple: En la adopción simple solo se establece el parentesco entre el adoptante y el adoptivo y los hijos de este; no se rompe el vínculo de la familia de origen, se hereda como hijo natural.

En esta clase de adopción, el adoptivo deja de pertenecer a la de sangre. Tanto sus ascendientes como sus parientes conservan sus derechos, excepto el de la patria potestad, que por mandato legal se radicará exclusivamente en los padres adoptantes.

“Adopción plena: En la adopción plena, se establece relación de parentesco entre adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de este; se rompe el vínculo consanguíneo con la familia de origen, el adoptado toma el apellido de los padres adoptantes y hereda como hijo legítimo. (p. 43). Es necesario determinar que los hijos naturales y los hijos adoptivos tienen los mismos derechos ante la ley”.

La adopción tiene dos etapas:

Etapas 1 - Administrativa: que se surte ante el ICBF, en la cual se declara adoptable al niño.

Etapas 2 - Judicial: la adopción es decretada a través de sentencia judicial en los Juzgados de Familia, cuya sentencia debidamente ejecutoriada establece la relación paterno-filial.

Los lineamientos técnicos se constituyen en una herramienta a través de la cual el ICBF tiene la posibilidad de seleccionar las familias que garanticen un hogar estable y seguro, y con ello el desarrollo armónico del niño. Por esta razón, debemos tener en cuenta que la adopción es irrevocable. Como consecuencia encontramos que:

- El adoptivo llevará los apellidos de los adoptantes.
- Por la adopción el adoptivo deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue todo parentesco de consanguinidad.
- Los trámites que se adelanten en el ICBF en relación con las adopciones son totalmente gratuitos.

Políticas para la adopción en Colombia

Si los adoptantes son colombianos o extranjeros, residentes en el exterior, estos deben anexar:

- Certificación expedida por la autoridad gubernamental o privada oficial autorizada donde conste el compromiso de realizar seguimiento del menor adoptable, durante al menos un año, en el país de residencia de los adoptantes.
- Autorización del gobierno del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del menor adoptable.
- Estudios sociales y psicológicos realizados por la autoridad central o autoridad oficial competente en el país de residencia de las familias solicitantes, a través de los profesionales idóneos en la materia (profesional del área social y psicólogo).
- Autorización para adoptar, concedida por las autoridades competentes del país de residencia de los solicitantes.
- Certificado de nacionalidad o registro civil de niños adoptados anteriormente por los solicitantes.
- Carta de la familia autorizando un traductor oficialmente reconocido en Colombia para que adelante los trámites de traducción y legalización, según sea el caso.

Todos estos documentos deben ser aportados en original y debidamente apostillados (sellados), para los países suscritos al Convenio de La Haya de octubre de 1961, sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, en vigencia para Colombia a partir de enero de 2001, o también, debidamente notariados y autenticados ante el Consulado de Colombia en el respectivo país, y luego legalizar la firma del cónsul en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, para los países que no forman parte del mencionado Convenio de La Haya.

Todos los documentos escritos en idioma diferente al español deben ser traducidos por un traductor oficialmente reconocido en Colombia, para lo cual debe anexar los documentos que lo acreditan como tal.

Quien va a adoptar, debe asistir a talleres de preparación organizados por los respectivos países, con el fin de que el proceso de adopción no solo se limite a aportar una serie de documentos, sino que también implique que los solicitantes estén plenamente convencidos de su decisión.

La respuesta a la familia sobre la aceptación o no, de la solicitud de adopción se hará dentro de los 30 días hábiles siguientes a la recepción de la documentación.

La solicitud y la documentación debidamente aprobadas, ingresarán a la lista de espera, atendiendo su estricto orden cronológico de aprobación hasta la asignación de la familia del niño(a).

La asignación les será comunicada a través de la autoridad central, agencia de adopción, abogado o persona de confianza que los represente, según el caso. Se les indicará el nombre de los niños(as) que les fueron asignados. Adicionalmente, recibirán los informes psicosociales y de salud, así como fotografías del niño(a), para facilitarles la toma de una decisión consciente e informada.

El plazo para la comunicación de aceptación o rechazo del menor asignado es de 30 días. Esta debe presentarse por escrito y dirigida a la regional del ICBF que les realizó la asignación.

Una vez se conozca la respuesta de aceptación del menor, a través de su abogado, si lo hubiera, la agencia o la persona de confianza en Colombia a quien se haya autorizado, indicará la fecha exacta en que los adoptantes deben

desplazarse a Colombia para recibir a su hijo, e iniciar el proceso de adopción ante el juez de familia (proceso que tiene aproximadamente cinco semanas de duración, tiempo en el cual deben permanecer en este país).

Durante el tiempo en que permanezcan ambos padres en Colombia, un servidor público del ICBF acompañará a la familia y al niño en el proceso inicial de integración, prestando el apoyo que estos requieran.

Como producto de la etapa de integración se elaborará un certificado sobre la integración personal del menor con los adoptantes.

El defensor de familia emitirá concepto favorable a la adopción. Esta constancia se anexará a la demanda de adopción.

Los documentos del niño y de la familia se le entregarán al abogado que asigne y pague la familia para que esté presente en la demanda de adopción ante el Juzgado de Familia.

Una vez decretada y ejecutoriada la adopción, y expedido el nuevo registro del menor con los nombres de los adoptantes, estos podrán salir del país con su hijo. Estos documentos y el pasaporte del menor les serán exigidos para la salida del país.

A los países que están en el Convenio de La Haya se les expedirá, por parte del funcionario competente en la Sede Nacional del ICBF, un certificado de conformidad.

Una vez en su país, deberán proceder a la nacionalización del niño y al envío del documento que acredite que el niño goza de todas las garantías como ciudadano en el país de recepción (nuevo registro civil de nacimiento o certificado de nacionalidad).

Instituciones encargadas del proceso de adopción en Colombia

En Colombia, quien está autorizado para tramitar el procedimiento de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF.

También existen otras instituciones autorizadas por el ICBF para desarrollar programas de adopciones en Colombia, como son: Fundación los Pisingos (Bogotá), Fundación para la Asistencia de la Niñez Abandonada, Fana (Bogotá), Asociación Amigos del Niño Ayúdame (Bogotá), Casa de la Madre y el Niño (Bogotá), Fundación Centro de Rehabilitación para la Adopción de la Niñez Abandonada, Cran (Bogotá), Centro de Adopciones Corporación Casa de María y el Niño (Medellín), Fundación Casita de Nicolás (Medellín), Centro de Rehabilitación Chiquitines (Cali).

Casos de irregularidades en la adopción de niños colombianos

“La discriminación en contra de las parejas homosexuales, al prohibirles adelantar procesos de adopción. Esta prohibición quebranta el derecho que tienen los homosexuales a ser tratados de manera similar que los heterosexuales” (Sentencia C-814 de 2001, Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001).

Ahora, la procedencia de la acción de tutela en caso de adopción de niños por orientación sexual del padre adoptante, fue objeto de pronunciamiento en Sentencia T-276 2012, Bogotá D.C., del 11 de abril de 2012, indicando que existen dos elementos que evidencian un trato diferenciado en razón de su orientación sexual: “El primero es que la actuación del ICBF se desencadenó únicamente a raíz de una conversación informal en la que el Sr. [XXX] se refirió a su orientación sexual y advirtió que tenía una pareja. Y el segundo es la manera como se ha adelantado el proceso de restablecimiento de derechos.

En tercer lugar, el tutelante señala que el ICBF ha vulnerado su derecho al debido proceso, pues inició el proceso de restablecimiento de derechos sin tener ninguna justificación constitucionalmente legítima”. Allí la Corte logró determinar que se vulneraron derechos fundamentales al debido proceso y a la unidad familiar de los peticionarios.

Proceso administrativo especial de declaración de abandono bajo el código del menor [11] Sentencia T-844 de 2011, Bogotá D.C., 8 de noviembre de 2011. “Para la época en que el ICBF adelantó el trámite administrativo para decretar la medida de adoptabilidad, la niña estaba próxima a cumplir los 9 años de edad y su opinión hubiera permitido establecer, especialmente, su relación y la percepción que tenía frente a las personas con las que convivía, opinión que hubiese ayudado a establecer si en su caso se imponía como única forma de protección y realización de sus derechos fundamentales el separarla de su familia de origen”, medida que en consonancia con la Constitución y las normas internacionales debe ser excepcional, porque existe la presunción a favor de la familia biológica, presunción que corresponde desvirtuar al Estado, en este caso al ICBF y, en la que la situación de pobreza no es argumento suficiente para romperla.

Hay la necesidad de verificar la condición sexual de las personas según el protocolo del ICBF [12].

Sentencia No. T-290 de 1995. “El actor asegura que fue su homosexualidad el único factor que el ICBF tuvo en cuenta para declarar a la niña en estado de peligro y asignar su custodia a terceros”. Es indispensable la protección legal al menor de edad por parte del ICBF.

Las instituciones encargadas en el procedimiento de la adopción deben cumplir con unas etapas procesales para el restablecimiento de

los derechos, para poder ser entregados en adopción [13]. Sentencia No. T-087 de 2004. “Actor asegura que hubo negligencia por parte del ICBF en la notificación”. La finalidad es la protección al debido proceso por parte de los padres biológicos.

Desconocimiento en contra de la menor, de su derecho prevalente a no ser separada del núcleo familiar que ella reconoce como suyo [14]. Sentencia No. T-292 de 2004. “La defensoría de familia del ICBF, desconocimiento del acervo probatorio, en cuanto a la medida provisional de la menor”. Atentar contra una de las condiciones necesarias para el adecuado desarrollo de la menor.

Tratamiento discriminatorio. Violación al derecho de igualdad en evento de adopción [15]. Sentencia No. T-298 de 2004. “Compensar EPS negó al accionante la licencia de paternidad, por tratarse de un hijo adoptivo”. No primó el principio al derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que los hijos adoptivos tienen los mismos derechos que los legítimos.

Ponderación entre derechos fundamentales de los niños y los de sus padres biológicos [16]. Sentencia No. T-543 de 2004. El ICBF violó el debido proceso al comenzar un proceso de adopción con los menores que se encontraban en estado de abandono. “El ICBF negó un derecho de petición a los padres biológicos sobre unos análisis de los menores que ya habían sido adoptados”. Hay que hacer un análisis profundo de por qué los menores fueron separados de sus padres.

Derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad; derecho de petición, a tener una familia y no ser separado de ella [17]. Sentencia No. T-746 de 2005. “El ICBF no verifica de manera rigurosa el estado de cumplimiento de todos y cada uno de los derechos del niño, niña o adolescente, consagrados en la Ley 1098 de

2006, inmediatamente tenga conocimiento de una situación de inobservancia, amenaza o vulneración de sus derechos, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 52 y 138 de la Ley de Infancia y Adolescencia y a los Lineamientos Técnico Administrativos”. Responsable: autoridad administrativa y su equipo técnico interdisciplinario. Como consecuencia de lo anterior es evidente que el único medio de protección para las irregularidades en los casos de la adopción de los niños es la acción de tutela.

Metodología de la investigación utilizada

El presente estudio es una investigación reflexión, con enfoque en la determinación de los procedimientos administrativos de restablecimiento de los derechos y se utilizó una técnica de revisión documental, teniendo en cuenta las sentencias de tutela y los procesos administrativos utilizados por el ICBF.

Para la aplicación y uso de las técnicas e instrumentos de recolección de datos, fue útil la ayuda de los textos, documentos, revistas, jurisprudencia, leyes y decretos, que regulan el tema abordado en el artículo. Este material sirvió para dar concepciones únicas del término procedimiento administrativo de la adopción, que diferentes entidades desarrollan o tienen bajo sus facultades y así saber de qué manera y hasta qué punto, la administración, las entidades encargadas o nosotros mismos, podemos actuar.

Factores que promueven la adopción irregular en Colombia

Los resultados obtenidos en la revisión documental pusieron al descubierto que los factores que promueven la adopción irregular son:

Vulneración al debido proceso por incumplimiento de los trámites previamente establecidos. Se ordena diseñar protocolos y lineamien-

tos que aclaren el proceso administrativo de restablecimiento de derechos [18]. Sentencia T- 502 de 2011. “Poner en conocimiento de los hechos que motivaron el presente caso al Señor Presidente de la Republica, al Ministro de la Protección Social, a la Directora del ICBF para que se adopten las medidas administrativas necesarias tendientes a que lo aquí evidenciado no vuelva a ocurrir, igualmente para que se establezca si actualmente existen situaciones similares dentro de procesos de restablecimiento de derechos incluso y tomar los correctivos pertinentes que aseguren el cese de la vulneración de los derechos”.

Desconocimiento del derecho que todo niño, niña o adolescente tiene de ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta [19]. Sentencia T-844 de 2011, Bogotá D.C., 8 de noviembre de 2011. Esta garantía conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan.

La inexistencia de mecanismos eficaces al interior del proceso de adopción que permitan enderezar los trámites irregulares sobre sus acciones u omisiones, que en todo caso deben ajustarse a la constitución y a la ley, transgreden las normas o amenazan o vulneran derechos fundamentales, es por ello que se tiene que acudir a la acción de tutela [20]. Sentencia T-580 A de 2011, Bogotá D.C., 25 de julio de 2011. El desconocimiento de los criterios jurisprudenciales trazados para la protección del interés superior del niño.

Así las cosas, se establece que en el análisis de las sentencias en las que se evidenció vulneración de los derechos de los niños, niñas y

adolescentes en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en el proceso de adopción, y no existiendo otros recursos procesales en el proceso administrativo u otros medios judiciales de amparo, fue necesario utilizar, como último recurso, el mecanismo de protección constitucional de la acción de tutela.

Análisis de tutelas por adopción irregular en Colombia

Al analizar las 9 tutelas se encontró que existe una flagrante violación al debido proceso, en los casos de adopción solicitados por parejas del mismo sexo, al aplicarse un trato diferencial en los protocolos a aplicar por parte del ICBF.

En el restablecimiento de los derechos de la menor, no se tuvo en cuenta su opinión, la cual podía influir en el proceso de la adopción a no ser separada de la familia extensa.

No se envió la notificación personal a los padres para que se hicieran parte en el proceso administrativo.

Le negaron la licencia de paternidad por ser el niño hijo adoptivo.

Violación al debido proceso, inicio del proceso de adopción sin habersele restablecido los derechos a los menores.

No se tuvo en cuenta al adolescente de ser escuchado y que sus opiniones fueran tenidas en cuenta.

De acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el art. 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás [21]. Sentencia No. T-884 de 2011. “A

partir de esta cláusula de prevalencia, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna”. Esta protección especial de la niñez, y preservación del interés superior para asegurar el desarrollo integral, se encuentra consagrada en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia.

En lo que tiene que ver con el conjunto de normas que regulan las relaciones familiares y todos los temas referentes a los menores de edad actualmente en el Estado colombiano, debemos mencionar tanto el Código de la Infancia y la Adolescencia como el Código Civil colombiano.

Vulneración de derechos a la educación e integridad física de sus hijos menores por negativa de cupo en programa de seminternado, aduciendo problemas de comportamiento [22]. Sentencia No. T-899 de 2010 “demuestra que los niños requieren una especial atención debido a la agresividad de sus comportamientos. No obstante, ninguno de los dos sugiere que esta situación sea un síndrome o una enfermedad que limite sus capacidades, o que tenga una magnitud tal que exija de la madre recursos ostensiblemente mayores para su control”. Pues este programa se dirige principalmente a los niños que son explotados laboralmente, consumen sustancias psicoactivas, han sido víctimas de delitos sexuales, secuestros, conflictos armados, minas antipersonales o tortura, se encuentran en situación de calle o de desplazamiento forzado, o tienen enfermedades infecciosas, entre otras.

Determinar cuándo un ciudadano actúa como agente oficioso de otra persona. Sentencia No.

T-844 de 2011 [23]. “Cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes no tienen aplicación, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, frente a los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar su prevalencia, en los amplios términos del artículo 44 constitucional”. Corresponde al juez de tutela, entonces, verificar el cumplimiento de estos y, en caso de vulneración, ordenar su inmediato restablecimiento con el fin de lograr su realización efectiva y materializar los principios constitucionales del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como la prevalencia de sus garantías.

Respecto a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los niños, las niñas y los adolescentes, esta tiene su sustento en los postulados de la Constitución y también en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el principio del interés superior del menor de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad [24]. Sentencia No. T-097 de 2014: “desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez”. Si vulneró derechos de las menores de dieciocho años a ser escuchadas y a la preservación de la unidad familiar al valorar, de forma razonable, las pruebas y determinar que la familia extensa no garantizaba los derechos de las niñas.

La adopción de medidas de restablecimiento debe responder a una lógica de gradación, según la cual, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; de modo que la decisión debe sujetarse al principio de proporcionalidad [25]. Sentencia No. T-276 de 2012. “cuando tales medidas impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales, y deben basarse en evidencia de que

aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas”. Cuando existe evidencia de una amenaza o vulneración grave de los derechos de los niños.

Derecho fundamental al debido proceso, a la defensa y a la unidad familiar. [26] Sentencia No. T-577 de 2011. “Custodia y cuidado personal” De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás.

Los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos que demandan una especial protección en virtud de su naturaleza, razón por la cual la defensa de sus derechos es prioritaria [27]. Sentencia No. T-596 de 2012. “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella ha sido reconocido igualmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual se dispuso como uno de sus derechos, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, así como no ser separado de los mismos en contra de su voluntad, salvo que autoridades judiciales lo determinen en pro del interés superior del menor”. De ahí que existe la necesidad de que la institución inicie el traslado para el acercamiento de los padres.

La Corte Constitucional ha sido reiterativa al establecer que el principio del interés superior de los menores de edad se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a participar en las decisiones que los afecten [28]. Sentencia No. T-483 de 2012. “Este es un derecho fundamental que conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos, para que los menores puedan ejercer su derecho de forma libre, y conlleva también la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, de valorarlas según su grado de madurez y de tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan”. La adopción se define

como la principal y por excelencia medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece, de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

Amparo de los derechos fundamentales de la adolescente, en especial a tener una familia y no ser separada de ella; al debido proceso y ser oída en el procedimiento administrativo seguido por el ICBF [29]. Sentencia No. T-844 de 2011. “por medio de la cual se declaró en situación de abandono a la menor y se ordenó como medida definitiva de protección la iniciación de los trámites de adopción”. Hay la necesidad que el adolescente continúe conviviendo con su hermana por línea materna y los abuelos de esta, para no vulnerarle los derechos fundamentales.

La familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, que además debe ser conforme al derecho [30]. Sentencia No. T-71149 de 1995. “Abstención, que se traduce en la prohibición de adoptar medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los menores de edad”. Una de las posibles medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, es el ubicarlos en la familia de origen o extensa cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos.

Conclusiones

Advertimos que existen irregularidades en el restablecimiento de derechos y en el proceso de adopción de niños(as) y adolescentes. Con esto, son las familias las directamente afectadas, quienes pierden el derecho natural de formar en su seno a sus hijos

También se pudo concluir que en cabeza del Estado, a través del ICBF y los juzgados de familia, está la regulación, trámite y aprobación de los procesos de adopción, evidenciándose vulneración en las garantías de los derechos de las partes que intervienen en los mismos.

Según esta revisión, se puede observar que existe una flagrante violación al derecho fundamental y al debido proceso, por aplicación irregular del trámite administrativo de restablecimiento de derechos.

Lo anterior obedece a que, por su naturaleza, el derecho fundamental al debido proceso se concreta en dos garantías: i) la de informar a la persona interesada de cualquier medida que lo pueda afectar y ii) la notificación es una herramienta procesal que permite la efectiva garantía del derecho de defensa y del debido proceso.

En este sentido, es el acto de comunicación procesal de mayor importancia, pues permite que el interesado ejercite personalmente sus derechos de contradicción e impugnación. Entonces, la especial relevancia que reviste la notificación, lleva implícita la obligación por parte de la autoridad judicial y administrativa de hacer una búsqueda del interesado, agotando la información que tiene a su alcance, para ubicarlo e informarle del trámite en curso.

Como consecuencia de lo anterior, y sin obviar los fines diversos de un proceso judicial y el proceso administrativo, los dos tienen en común unas etapas regladas y consecutivas que buscan, de una forma razonada, producir un resultado, teniendo como fundamento el respeto por el derecho fundamental al debido proceso; por tratarse de una garantía consustancial del Estado de derecho. La existencia de esas etapas en otro proceso, así como la consecución de un resultado para las partes, hace relevante que existan mecanismos como la acción de

tutela para que, si se presentan determinadas situaciones, sea procedente su interposición.

La jurisprudencia constitucional se ha encargado de elaborar toda una línea para explicar en qué casos procede la acción de tutela, que fue concebida para dar solución eficiente a situaciones de hecho, creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o amenaza de un derecho fundamental; respecto de las cuales, el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para proteger los derechos vulnerados de los menores de edad.

Estas acciones tienen por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, así como se ordena diseñar protocolos y lineamientos que aclaren el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

De igual manera, es evidente también, que en el proceso administrativo especial de declaración de abandono, se incurrió en defecto fáctico de valoración de las pruebas, ya que, la misma se hizo de manera arbitraria y caprichosa, sin tener en cuenta en la mayoría de los casos, la opinión del niño, lo que genera una grave vulneración de su derecho fundamental a ser escuchado(a), derecho consagrado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Resulta entonces que el no contar con una normativa especial, sino solo con una normativa genérica, derivada de las normas constitucionales y civiles existentes, dificulta, en efecto, la determinación de elementos claves para sancionar estas conductas, donde se vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Puedo concluir que existe la necesidad de que el ICBF elabore un protocolo y consagre las directrices que deben seguir los funcionarios, en cuanto a las distintas medidas de restableci-

miento de los derechos, para que no se cometan los errores que se evidencian en los casos aquí señalados.

Es conveniente que el gobierno nacional garantice, a través del sistema de defensoría pública, un profesional que represente los intereses de los padres cuyos niños han sido declarados en abandono, para evitar después violaciones al debido proceso; que se reflejen en decisiones adversas a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes.

Teniendo en cuenta la actual Ley 1098 de 2006, la adopción se define como la principal medida de protección a favor de los niños. Por ello, es necesario que la misma ley sea tomada como una opción de último recurso y, solo se viabilice, en la medida en que el Estado, a través del ICBF, ha agotado otros medios de intervención y protección del núcleo familiar.

Referencias

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Hecho el 29 de mayo de 1993) (Entrado en vigor el 1° de mayo de 1995).

Constitución Política de Colombia, 1991, art. 44.

Código de la Infancia y la Adolescencia Ley 1098 de 2006, art. 61.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia No. C-562.

Colombia. Corte Constitucional. (1999). Sentencia No. C-477.

Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia C 814.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-276.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-844.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-290.

Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia No. T-087.

Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia No. T- 292.

Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia No. T-298.

Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia No. T-543.

Colombia. Corte Constitucional. (2005). Sen-

tencia No. T-746.

Colombia. Corte Constitucional. (2008). Sentencia No. T-756.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia No. T-276.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T-502.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T-884.

Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sentencia No. T-899.

Colombia. Corte Constitucional. (2014). Sentencia No. T-097.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia No. T-276.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T-577.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia No. T-596.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia No. T-483 de 2012.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T-844.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia No. T-71149.

Colombia. Corte Constitucional. (2006). Sentencia No. T- 466.

Colombia. Corte Constitucional. (2006). Sentencia Hito No. T- 466.

Colombia. Corte Constitucional. (2005). Sentencia No. T- 497.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia No. T- 412.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T- 580 A.

Colombia. Corte Constitucional. (2009). Sentencia No. T- 887.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T- 502.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional.
Lineamientos Técnicos del Programa de Adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Monroy Cabra, M. G. (2009). Derecho de familia, infancia y adolescencia. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.