

CONCEPTO ICBF No 014

Fecha: 2020-07-16

Cordial saludo,

Teniendo en cuenta la solicitud recibida vía correo electrónico de fecha 1 de junio de 2020, a través del cual solicita concepto jurídico sobre la aplicación de la figura de la adopción *post mortem* en Colombia, esta Oficina Asesora Jurídica se permite dar respuesta en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es procedente la aplicación de la figura de la adopción *post mortem* en Colombia?

2. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta a los problemas jurídicos, se abordarán los siguientes temas: 2.1. La adopción en Colombia; 2.2. Formas de adelantar el proceso de adopción en Colombia; 2.3. La figura de la adopción *post mortem*; 2.4. La adopción *post mortem* en Colombia.

2.1. La adopción

La adopción en Colombia es una institución jurídica que bajo la suprema vigilancia del Estado, tiene como fin fundamental garantizar a los menores de edad que se encuentran en situación de adoptabilidad, la definición de un hogar estable en donde puedan desarrollarse armónica e integralmente. En otras palabras, esta figura constituye el medio para que los niños, las niñas y los adolescentes en condición de adoptabilidad puedan establecer una verdadera familia con todos los derechos y deberes que ello comporta, y puedan ser asistidos y educados en un ambiente de bienestar y afecto.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 3.1, 20 y 21, establece que la adopción debe tener como principio orientador el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes dado su carácter primordial de medida de protección. Así, esta institución busca la garantía del derecho de los menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella, que les proporcione el amor y cuidados necesarios para alcanzar su desarrollo integral y armónico.

A su vez, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 61 señala que 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. De la misma manera, en sus artículos 78, 107, 108 y 123 a 127 regula la institución jurídica y su procedimiento, dejando claro que no existe el derecho a adoptar, sino el derecho fundamental del niño, niña o adolescente a tener una familia.

De hecho, sobre esta figura, la Corte Constitucional concluyó en la sentencia C- 864 de 2009 que *dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor, el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables.*

Es evidente entonces, que la adopción se entiende como un mecanismo que materializa el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y, por lo tanto, los requisitos exigidos para adoptar están encaminados a garantizar su interés superior como sujetos de especial protección constitucional. Esto significa que el Estado tiene la obligación de asegurar que quien o quienes aspiren a ser adoptantes, reúnan todas las exigencias de idoneidad para cumplir su nuevo rol.

Hay que tener en cuenta que la adopción es la medida más extrema que se puede tomar dentro del sistema de protección de la infancia ante la vulneración de sus derechos. Ello es así por dos razones fundamentales, que no se dan en las demás alternativas de restablecimiento de los derechos:

- i. Implica el rompimiento de los vínculos paterno-filiales del niño, la niña o el adolescente con su familia de origen y el nacimiento de dichos vínculos con una nueva familia.
- ii. Por su carácter irrevocable.

En todas las demás medidas es posible modificar la fórmula de protección de acuerdo con la realidad y particularidad de cada caso, de manera que un niño, una niña o el adolescente puede estar en un medio familiar y luego pasar a uno institucional; puede estar en un centro atención especializada y después pasar a una familia. En cambio, la adopción es irreversible al punto que no tiene diferencias con los derechos y obligaciones propios de la filiación biológica.

De acuerdo a lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia, la adopción procede en los siguientes casos:

- Mediante la **declaratoria de adoptabilidad** proferida por el defensor de familia, cuando encuentre dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos respectivo, que la familia del niño, la niña o el adolescente no es garante de sus derechos; o cuando sea declarada por el Juez de Familia en los eventos en que el Defensor de Familia, de

acuerdo con lo dispuesto por la Ley 1098 de 2006 modificada por la Ley 1878 de 2018, ha perdido competencia para definir la situación jurídica del menor de edad.

- Por **consentimiento de los padres biológicos**. Se presenta por manifestación del consentimiento informado, otorgado por quienes ejercen la patria potestad del niño, la niña o el adolescente.
- Por **autorización del Defensor de Familia**. Procede cuando el padre o la madre biológica haya fallecido, o cuando el Instituto Nacional de Medicina Legal certifique que alguno de estos padece una enfermedad mental grave que le impide tener a su hijo y que, además, no puede otorgar su consentimiento para la adopción.

Lo anterior, en desarrollo de lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 66, según el cual la falta del padre o la madre biológicos, no solo se presenta ante su fallecimiento, sino también cuando de acuerdo con certificación del Instituto Nacional de Medicina Legal, padezca una enfermedad mental.

La Corte Constitucional, en sentencia T-204A/18, con ponencia del Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, señaló lo siguiente:

(...) En ese sentido, el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA) define la adopción 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”. (...)

Para determinar la imposibilidad de otorgar el consentimiento, la autoridad administrativa tendrá que: “(a) reconocer la personalidad y capacidad jurídica de estas personas; (b) realizar los ajustes requeridos y brindar los apoyos necesarios para la adopción de estas decisiones; (c) evaluar la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el marco del interés superior del menor; (d) la idoneidad de los padres o de quienes detentan la patria potestad para ejercer la función parental; (e) reconocer la patria potestad en cada caso en concreto, teniendo en cuenta aquellas situaciones en que solo uno de los padres se encuentra en condición de discapacidad; y (f) el proceso administrativo debe llevarse a cabo sin perjuicio de las facultades constitucionales y legales de los jueces de familia para dictar la sentencia de adopción”

(...)

Las tres situaciones que dan origen al trámite de adopción imponen al Defensor de Familia un proceso diferente a seguir: La declaratoria de adoptabilidad y de la autorización, se dan como resultado del proceso de restablecimiento de derechos. En el caso de manifestación del consentimiento, el proceso de restablecimiento de derechos se deberá iniciar solo cuando los padres no señalen quién será el adoptante o cuando sea señalado y de la verificación del estado de derechos del niño, la niña o el adolescente haya lugar a su apertura.

2.2. La figura de la adopción post mortem en el derecho comparado

La adopción *post mortem* ha sido contemplada en las legislaciones de varios países. La legislación española, artículo 176.4 del Código Civil, consagra la posibilidad de la adopción *post mortem* solo cuando el adoptante fallecido *hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento o el mismo hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento*.

Igualmente, las normas francesas permiten la adopción *post mortem* tanto en el caso del fallecimiento de uno de los adoptantes, como en el evento de la muerte del adoptado. El Código Civil francés en su artículo 353, señala que *Si el adoptante fallece, después de haber acogido regularmente al menor con vistas a la adopción, la solicitud puede ser presentada en su nombre por su cónyuge superviviente o por uno de los herederos del adoptante*. De ello se desprende que la legislación francesa admite la adopción *post mortem* aun si el adoptante no ha manifestado su consentimiento, pues basta con que haya acogido al menor con miras a su adopción. Además, señala el artículo citado que *si el menor fallece después de haber sido regularmente acogido con vistas a la adopción, puede presentarse la solicitud de adopción. La constitución produce efectos el día anterior a la muerte y comporta únicamente modificación al estado civil del menor*.

Por su parte, la normatividad alemana consagra en el artículo 1750 II. 2 y III BGB, la figura de la adopción *post mortem* después de la muerte del adoptante, cuando este hubiere presentado previamente la solicitud de adopción ante el respectivo tribunal o hubiere dejado dicha solicitud en un documento notarial. En el evento de que se trate de un matrimonio, el cónyuge superviviente puede pedir la revocatoria de la solicitud, caso en el que el juez decidirá en atención al interés superior del menor de edad.

La legislación de la República Argentina contempla esta figura en el artículo 605 del CCC, que prevé la adopción conjunta con uno de los adoptantes fallecidos, para así establecer que la adopción pueda ser otorgada al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. Todo ello en desarrollo del interés superior del niño, de su derecho a la identidad, y de la protección integral de la familia, con el fin de proteger los vínculos filiales constituidos en los hechos. Para que proceda la aplicación de esta figura, deben concurrir los siguientes requisitos: que se haya cumplido el plazo de guarda con fines adoptivos, que esa guarda haya sido conferida en cabeza de ambos miembros del matrimonio o de la unión, y que se cumpla con el requisito de la idoneidad.

Con la revisión de las legislaciones citadas¹, se puede afirmar que varios países sí han incluido dentro de su legislación la figura de la adopción *post mortem*, como una figura que pretende proteger los derechos de los menores de edad, aunque siempre con el cumplimiento de ciertos requisitos como son la manifestación previa a la muerte del adoptante de querer adoptar al niño, niña o adolescente o la condición de haberlo acogido en su familia previamente con miras a su adopción.

2.4. La adopción *post mortem* en Colombia

¹ Ingrid Brena Sesma. Algunas innovaciones en materia de adopción.

Como se señaló en el numeral 2.1., la legislación colombiana consagra la figura de la adopción como una medida de protección con la que se pretende el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuando estos han sido amenazados o vulnerados de manera grave y crónica.

Además de lo anterior, al referirse a esta figura, la Ley 1098 de 2006 contempla en su artículo 68 los requisitos para adoptar y señala:

Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.

2. Los cónyuges conjuntamente.

3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.

4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.

5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. (...)."

De la misma manera, en el artículo 126 (modificado por el artículo 11 de la Ley 1878 de 2018), al referirse a las reglas especiales del procedimiento de adopción, se dispone lo siguiente:

*En los procesos de adopción se seguirán las siguientes reglas especiales:
(...)*

3. *Terminación anticipada del proceso. Cuando falleciere el solicitante de la adopción antes de proferirse la sentencia el proceso terminará.*

Si la solicitud de adopción fuere conjunta y uno de los adoptantes falleciere antes de proferirse la sentencia, el proceso continuará con el sobreviviente si manifiesta su intención de persistir en ella, caso en el cual la sentencia que se profiera solo surtirá efectos respecto de este; en caso contrario el proceso terminará.

Por su parte, el Lineamiento Técnico del programa de adopción, al referirse al desistimiento de la solicitud de adopción, expresa lo siguiente:

"PASO 19. Casos de desistimiento.

Desistimiento de solicitudes de adopción de familia colombiana o extranjera residente o no en territorio nacional.

(...) En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, divorcio, o separación, se procederá por parte del ICBF Nivel Nacional o Regional o Institución Autorizada al desistimiento y devolución de la documentación de manera inmediata a la familia, representante del Organismo Acreditado en Colombia o a la Autoridad Central (tómese en cuenta como excepción lo señalado en el artículo 126 numeral 3 del Código de la Infancia y Adolescencia para el trámite judicial, caso en el cual no aplica el desistimiento)".

Es evidente que la legislación colombiana no sólo no contempla expresamente la figura de la adopción *post mortem*, sino que la proscribiera. De manera concreta, elimina cualquier posibilidad de aplicación, al establecer como una de las causales de terminación anticipada del proceso de adopción, la muerte de uno de los integrantes de la pareja (salvo, como se indicó, que el cónyuge superviviente manifieste su intención de mantenerse en la solicitud, evento en el cual la sentencia de adopción sólo tendrá efectos respecto a este).

Obviamente esa misma línea fue desarrollada en el Lineamiento Técnico del programa de adopción, que establece la terminación anticipada del proceso de adopción y, al referirse a los casos de desistimiento de la solicitud de adopción, incluye la que se presenta cuando fallece uno de los cónyuges solicitantes.

3. CONCLUSIONES Y RESPUESTAS A LA CONSULTA

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, podemos concluir:

Primera: La adopción en Colombia es entendida como una medida de protección de carácter extrema e irrevocable, que pretende restablecer los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, al asignarles una nueva familia con todos y los mismos derechos y obligaciones de una pareja biológica. Procede mediante la declaratoria de adoptabilidad, el consentimiento de los padres biológicos y por autorización del defensor de familia.

Segunda: La adopción *post mortem* ha sido contemplada en varios países como una posibilidad de protección de los menores de edad en cuanto a sus derechos patrimoniales y de estado civil. En todo caso, la ley requiere el cumplimiento de algunos requisitos como la manifestación previa del solicitante fallecido de su voluntad de adoptar o la entrega previa al adoptante de la guarda del menor.

Tercera: La legislación colombiana no consagra la figura de la adopción *post mortem*. Incluso, la Ley 1098 de 2006 contempla que el fallecimiento del solicitante conlleva la terminación anticipada del proceso. Cuando se trata de una pareja, el sobreviviente podrá optar por desistir de la solicitud o por continuar con la misma, caso en el que la adopción solo surtirá efectos frente a este último.



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Cecilia De la Fuente de Lleras

Oficina Asesora Jurídica

Grupo de Familia

Pública



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia

Por todo ello, podemos concluir que en Colombia no es procedente la aplicación de la figura invocada en la consulta.

El presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con el artículo 6 numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

 ICBFColombia

www.icbf.gov.co

 @ICBFColombia

 @icbfcolombiaoficial

Sede de la Dirección General
Avenida carrera 68 No.64c – 75
PBX: 473 7630

Línea gratuita nacional ICBF
01 8000 91 8080