



Revocabilidad excepcional de la adopción en Colombia según el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional.

The absolute abandonment of the non-emancipated child as cause of deprivation of parental authority in the Colombian legal order.

Margoth Benavides Vallejo – margoth-benavidesv@unilibre.edu.co;
Adriana María Sepúlveda López – adrianam-sepulvedal@unilibre.edu.co

Resumen.

El Defensor de Familia del ICBF a través de un equipo interdisciplinario realiza diversas intervenciones en el hogar del niño, niña o adolescente de quien se pretende el restablecimiento de derechos, al encontrar que la familia biológica no es garante de sus derechos restablece estos a través de la declaratoria de adoptabilidad, como última y más drástica medida de protección establecida por el Código de infancia y adolescencia, sin embargo y teniendo en cuenta que la adopción es irrevocable según las normas Colombianas, actualmente se observa que en casos excepcionalísimos los jueces de familia y subsidiariamente los de tutela, pueden revocar una adopción, para conocer el sustento de esa posición en el marco del artículo 44 y 46 constitucional se realizará un análisis jurisprudencial a partir de la revisión de algunas sentencias de la Corte Constitucional sobre el tema.

Palabras Clave: irrevocabilidad de la adopción, solidaridad familiar en la adopción, vulneración de derechos en proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

Abstract.

The ICBF Family Ombudsman, through an interdisciplinary team, performs various interventions in the home of a child or adolescent whose rights are sought to be reestablished, finding that the biological family is not a guarantor of their rights, reestablishes these through the declaration of adoptability, as the last and most drastic measure of protection established by the Childhood and Adolescence Code, however, and taking into account that adoption is irrevocable according to Colombian regulations, it is currently observed that in very exceptional cases, family judges and subsidiarily those of guardianship, can revoke an adoption, to know the support of that position within the framework of article 44 and 46 of the Constitution, a jurisprudential analysis will be carried out based on the review of some sentences on the subject.

Keywords: irrevocability of adoption, family solidarity in adoption, violation of rights in administrative process of reestablishment of rights.

Introducción

La Constitución Política de Colombia desarrolla en su artículo 42 el concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad, en el 5 señala que es una institución básica de esta, por su parte el artículo 44 consagra los derechos fundamentales del niño; el Estado a través de la Ley 1098 de 2006 establece el proceso administrativo de restablecimiento de derechos mediante el cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en cabeza del Defensor de familia apoyado en un equipo multidisciplinario que realiza diversas intervenciones e investigaciones en el hogar de cuyo niño, niña o adolescente pretende el restablecimiento de derechos, y si en ese proceso encuentra que persiste la vulneración, como última y drástica medida de protección puede determinar que su familia biológica cercana o extensa no es garante de sus derechos y optar por la declaratoria de adoptabilidad, sin que en muchos casos ello garantice al adoptado un ambiente de bienestar que compense la ruptura del vínculo afectivo y de filiación con su núcleo familiar, lo que podría incluso generar un impacto emocional y psicológico al ser apartado abruptamente de su familia, más aún cuando en Colombia por norma la adopción es irrevocable, pese a que en casos excepcionales se ha revocado.

En el marco de la protección de los derechos del NNA, la sentencia fundacional de línea, T-510 de 2013 expuso:

“Si la determinación del interés superior del menor debe ser el norte de cualquier decisión que involucre los derechos de los niños, ello resulta especialmente claro cuando se trata de adoptar medidas de protección a su favor, y más cuando como resultado de dichas medidas, los niños pueden ser separados de su familia biológica”. (Corte Constitucional, sentencia T 510 de 2013).

A través de la adopción se busca ubicar al NNA en un núcleo familiar apto, sin desconocer el trato preferente que éste merece acorde a su caracterización jurídica de sujeto de especial protección, debiendo el Estado garantizar su desarrollo integral y armónico, pues tal como se indica en la transcripción anterior, su ubicación está orientada por el interés superior del menor.

Por consiguiente, se ha formulado la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los factores por los que excepcionalmente se revoca la adopción según la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia?, proponiendo en el presente artículo como objetivo general; determinar los factores por los cuales excepcionalmente se revoca la adopción en Colombia según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y para brindar cumplimiento a lo anterior, se han planteado los siguientes objetivos específicos: 1- Realizar una aproximación conceptual y normativa de la familia y de la adopción como mecanismo de protección, 2- Revisar jurisprudencia de la Corte Constitucional en la cual se estudiaron casos de revocabilidad de la adopción identificando los factores que dieron lugar a ello 3- Analizar la legitimación y capacidad del Estado para garantizar los derechos a los niños, niñas y adolescentes en el proceso de adopción en el marco del artículo 42 y 44 constitucional.

Este tema es fundamental para avanzar en la formación como especialistas en derecho de familia, tanto como para abogados litigantes, procuradores, jueces, defensores de familia y demás personal que de una u otra manera tiene injerencia en asuntos de menores, así como en procesos administrativos de restablecimiento de derechos, y, específicamente para los académicos resulta relevante identificar el alcance de la prevalencia de los derechos de los NNA sobre la norma positiva, que en este caso es el artículo 61 del Código de infancia y adolescencia, lo cual dada su fuerza de irrevocable llama la atención, puesto que en trámites de menores las decisiones administrativas y judiciales no hacen tránsito a cosa juzgada material, si no formal con el objetivo de brindar una continua protección que garantice su bienestar y efectivización de sus derechos fundamentales pese al cambio de las circunstancias que dieron origen a la intervención de las autoridades competentes.

Surgen diversos cuestionamientos alrededor de la adopción como medida de protección, entre otros: las situaciones generadas cuando se ha ubicado al niño, niña o adolescente en un hogar, y la medida de adopción es revocada; si la labor desplegada por el ICBF como garante de derechos privilegia a la familia extensa en aplicación del principio de solidaridad para no generar dolorosas rupturas familiares, dudas que se espera en el desarrollo del artículo despejar o al menos disentir sobre el tema.

Metodología

Para cumplir con los objetivos propuestos se utilizó un enfoque cualitativo por cuanto se realizó una aproximación de investigación a la realidad, recopilando información relevante para el estudio del tema y considerando que “en este enfoque los datos acumulados son sometidos a un tratamiento lógico de juicios y análisis mediante el empleo de la “visión” que proporciona el modelo teórico optado o construido”. (Hernández, Ortega Chacón, Ortega Gomero y Franco, 2015). Se utilizó el tipo de investigación inductivo siendo “una vía del estudio que parte de hechos singulares y pasa a proposiciones generales, para llegar a un conocimiento general” (Venegas Torres, «et al.», 2010) puesto que al recopilar las sentencias más destacadas de las altas cortes en cuanto al tema de la revocabilidad de adopciones en Colombia se hace un estudio de estos casos en concreto para llegar a establecer algunas conclusiones generales sobre el tópico objeto de estudio.

Para lograr lo anterior, se utilizó un método analítico-descriptivo que busca en primera medida explorar el tema escogido para sentar unas bases claras sobre lo que se quiere exponer, así “el investigador recoge información del momento en que se efectúa la investigación, para resolver un problema o fenómeno previamente determinado (objeto de estudio), requiriendo administración o control del tratamiento muy laxo” (Hernández, «et al.», 2015) y, con posterioridad iniciar con la descripción, registro, análisis, e interpretación de las condiciones existente en el momento, puesto que en “los estudios descriptivos, los

investigadores no se limitan a presentar puntos de vista personales y datos basados en observaciones casuales ya que los investigadores competentes recogen los datos sobre base de alguna hipótesis o teoría, exponen y resumen la información de manera cuidadosa y luego analizan los resultados a fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al avance del conocimiento" (Rosado, 2010).

Finalmente, para la consolidación del presente artículo se usaron como fuentes de información las normas, la doctrina y la jurisprudencia.

Resultados

1.- Noción de familia y lineamientos normativos de la adopción como mecanismo de protección.

La familia es uno de los pilares de la sociedad y su concepto varía según el momento histórico y el espacio en el que se establece, sus definiciones se pueden estudiar desde puntos de vista sociológicos, psicológicos, legales, entre otros, las legislaciones internacionales y locales han incluido esta noción como factor relevante que trastoca transversalmente el desarrollo legal sin ser la excepción a ello un país tradicional como Colombia pues de esta definición se desprenden los efectos de otras concepciones jurídicas tan relevantes como el parentesco, la filiación, la afectación a patrimonio familiar para los bienes, las sucesiones entre otros.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP en su art. 23 y la Convención Americana de Derecho Humanos, CADH en su art. 17.1,1 reconoce a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". (Convención americana sobre derechos humanos, 1969)

Concordante a ello el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, interpretando el artículo 23 del PIDCP, sostiene que "no es posible establecer una definición uniforme del concepto de familia, pues ésta puede diferir entre los Estados, incluso entre regiones de un mismo Estado, sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23" (Observación general N° 19, Comité de Derechos Humanos 39º período de sesiones, 1990).

A su vez la Constitución Política de Colombia aduce que:

"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (...)" (Constitución Política, artículo 42).

Conforme la norma trascrita, las familias pueden conformarse desde un vínculo netamente legal acudiendo a la adopción, figura jurídica compleja y protocolaria que puede ser de carácter determinado e indeterminado, siendo el primero el que se desarrolla como un trámite para establecer vínculos jurídicos con el hijo de un cónyuge, un consanguíneo y/o la legalización de hijo de crianza; y el segundo que se estudiará en este artículo, el proceso de adopción indeterminado, en el que se desliga legalmente al menor de su pasado biológico y se reubica en un nuevo hogar, como parte de una familia inmersa en la sociedad.

La adopción está desarrollada legalmente en el artículo 61 Código de infancia y adolescencia que enuncia “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” (Ley 1098 de 2006, artículo 61), texto del que se puede advertir desde ya como características fundamentales que es una medida de protección vigilada por el Estado y que es irrevocable.

El proceso de adopción indeterminada se desarrolla en tres etapas, la primera es asumida por el Instituto colombiano de bienestar familiar a través de sus autoridades administrativas, a saber, defensores de familia, comisarios de familia y por circunstancias particulares inspectores de policía municipales, quienes al ingresar al sistema al menor por posible vulneración, negligencia o violación de sus derechos proceden a realizar la verificación, y, al comprobarse su transgresión se declara la apertura de un proceso administrativo de derechos (PARD), y, en los casos que no es posible aplicar una medida de protección como la ubicación del menor con su familia extensa, realizar amonestación a los progenitores, entre otras, el NNA es declarado en situación de adoptabilidad, significando ello que se rompe el vínculo natural y los efectos jurídicos que lo unían con su familia biológica e ingresa al grupo de menores que son protegidos por el Estado mientras es ubicado en otra familia, efectivizando de esta manera su derecho a tenerla y ser parte de ella.

La segunda etapa de la adopción se surte ante un juez de la República con especialidad en familia, a través de un proceso judicial promovido por los padres adoptantes, encontrándose definida la competencia por el domicilio de la persona que tenga a cargo el niño, la niña o el adolescente, una vez agotadas todas las etapas procesales el juez profiere la sentencia que en derecho corresponda.

Por último, el tercer paso es el “seguimiento post- adopción que puede ser rutinario o en los casos en los que se compruebe que se les vulneran a los NNA sus derechos, se reportará de manera inmediata al Comité de adopciones para que se adelanten las acciones pertinentes a que haya lugar” (Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción V5, 2021, pág. 165); lineamiento que permite contextualizar el tema y en cuya base de datos del ICBF, es decir, el sistema de Información Misional (SIM) con corte de 31 de diciembre de 2019 se reportó 5.467 niños, niñas y adolescentes en situación de adoptabilidad, cifra que refleja la magnitud de la labor realizada por las autoridades administrativas y judiciales respecto a los derechos de los NNA que han sido vulnerados con el fin de restablecerlos y del Estado mismo que debe garantizarlos.

2.- Revocabilidad de la adopción y factores que dieron origen a ella

En el Código del menor y Código de la infancia y adolescencia, se considera la adopción como la protección que el Estado ejerce como máxima medida sobre los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en estado de vulnerabilidad y /o abandono, con el fin único de garantizarles su derecho a tener una familia, a recibir cuidado y amor que les permita alcanzar un desarrollo integral, social y emocional.

Señala la Corte Constitucional que la decisión tomada a través del proceso administrativo de adopción tiene su génesis en la desprotección y desamparo de los niñas, niñas y adolescentes, situación que al conocerse por el Estado a través del ICBF conlleva al inicio del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, PARD, el cual, bajo lo descrito anteriormente, cuenta con diversas fases en las cuales se analiza de forma personalísima la particularidad de cada caso, buscando siempre el interés superior del menor y escudriñando al interior de su familia biológica sobre las posibles acciones que se pudieran realizar para no apartar al NNA de su familia consanguínea, sin embargo, una vez agotadas las etapas, se declara al menor en situación de adoptabilidad, emitiendo un acto administrativo en tal sentido; homologada por el Juez de familia la resolución de adoptabilidad, el ICBF internamente realiza los trámites para la ubicación del niño, niña o adolescente en una nueva familia que le garantice sus cuidados y le permita ser miembro activo de la misma estableciendo vínculos de filiación, siendo el funcionario judicial quien tanto en el proceso de homologación de adoptabilidad como en el de adopción avala la actuación administrativa, previa revisión minuciosa del procedimiento.

Ahora bien, cuestiona la Corte Constitucional la irrevocabilidad de la adopción bajo el entendido de que a la luz de la Constitución, normas, tratados y convenios internacionales, y, el principio del interés superior del niño, no puede ser irrevocable una decisión administrativa y judicial si desconoce abiertamente los derechos del menor y el procedimiento riguroso que se debe hacer para la declaratoria de adoptabilidad y la entrega del menor a su familia adoptante, pues al existir falencias y yerros en el trámite, ello invalida la actuación de plano, desconociendo abiertamente no solo el derecho al debido proceso contenido en el artículo 29 constitucional, sino los derechos del niño y la familia.

Ante la violación de derechos del menor en el trámite de adopción, excepcionalmente el juez de familia o el juez constitucional tiene la potestad para revocarla, identificando puntualmente las falencias de que adolece la actuación y que las mismas resultaron contrarias al interés del niño, que no es otro más que reestablecer sus derechos, ello amparado en el principio de supremacía del interés del menor consagrado en el artículo 44 de la C.P.

En las sentencias analizadas se encuentra situaciones en las cuales se revocó la adopción, las cuales se procederán a explicar a continuación:

1)- Mediante la Sentencia T - 844 de 2011 se estudió el caso en que una menor fue entregada a su abuela materna para que se hiciera cargo de su crianza, y ante su

fallecimiento ésta queda a cargo de su abuelo y de algunas tías maternas, dado que el abuelo cumplía jornadas arduas de trabajo; una de las tías abuelas lleva a la menor a otro municipio aduciendo que la invita a un paseo y entrega la niña al ICBF afirmando que no tiene ningún familiar que pueda hacerse cargo de ella, el ICBF inicia PARD y da absoluta credibilidad a lo manifestado por la tía monja que entregó a la menor, desconociendo no solo el procedimiento administrativo a realizar, sino los derechos de la niña a ser escuchada, y, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

Recuérdese que tal como se planteó anteriormente, corresponde al ICBF vincular al proceso administrativo de restablecimiento de derechos a los padres del NNA y a su familia extensa, pues la primera opción en el caso de iniciar el trámite de declaratoria de adoptabilidad es acudir a esta última en aplicación del principio de solidaridad, lo que eventualmente generaría menos impacto en los NNA que son retirados de su hogar; y, siendo evidente por demás, que la menor debió ser escuchada al tener la capacidad de expresarse, así como su familia de origen y extensa, sin embargo, fue separada abruptamente de su núcleo familiar, el cual desconocía todo el trámite surtido ante el ICBF hasta que la menor se comunicó telefónicamente con una prima, encontrándose ya conviviendo con su madre adoptiva.

Claramente en este asunto se presentó un error procedimental en cabeza del ICBF y el cual, debido a la ausencia de información, no fue detectado por el Juzgado de familia, situación que por vía tutela en sede revisión fue analizada y conllevo a la declaratoria de revocatoria de la adopción, estableciendo entonces como causal excepcional de revocabilidad de la adopción la vulneración de derechos del menor conforme lo enunciado.

Finalmente la máxima Corporación mediante fallo de tutela argumentó que la autoridad judicial simplemente se limitó a revisar el procedimiento administrativo de declaratoria de adoptabilidad y homologarlo, sin hacer análisis detallado y riguroso de la actuación y, en caso de que se encuentren dudas acudir a su poder para decretar pruebas adicionales en aras de garantizar los derechos de los menores y de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando por demás el derecho a la preservación de la unidad familiar, teniendo en cuenta la opinión del menor y la de su familia de origen y extensa.

2)- Por otra parte, llama la atención la sentencia T-204 A del 2018, en la cual se analizó el caso de una menor que ante la muerte de su madre biológica se deja a cuidado de sus abuelos quienes inician el proceso de adopción, en el cual se hace parte el padre biológico manifestando que está de acuerdo con el trámite y no tiene las condiciones para hacerse cargo de la niña, sin embargo el ICBF continua el proceso sin que se inscriba la paternidad en el registro civil de nacimiento; una vez culminado el trámite administrativo en el año 2015 se declaró el restablecimiento de derechos ordenando que la ubicación continúe en el medio familiar de los abuelos maternos asignando la custodia y cuidado personal, disponiendo la continuidad del trámite de adopción, que culminó con resolución proferida en el mes de septiembre de 2016.

Posteriormente, se presentó demanda de adopción y el Juzgado de familia negó las pretensiones argumentando que en el registro civil de la menor únicamente figura el nombre de la madre y que en el trámite de restablecimiento de derechos se cita al presunto padre, cuyo consentimiento no cumple la exigencia legal al no haber reconocido en el registro civil a la menor como su hija.

En este caso, la Corte Constitucional realiza un llamado a los funcionarios judiciales para que no incurran en el defecto procedural por exceso ritual manifiesto, pues, en tratándose de trámites que buscan satisfacer el interés superior del niño o la niña, cuando su familia no puede garantizar las condiciones necesarias para su desarrollo, a través de ubicación en un núcleo familiar apto, efectivizando sus derechos fundamentales contenidos en el artículo 44 de la C.P. y especialmente el derecho a tener una familia; igualmente aduce que el proceso de adopción tiene como fin determinar la filiación civil de una menor de edad, ante lo cual la decisión del juez de familia afecta su estado civil y el ejercicio de sus derechos fundamentales ya mencionados, por lo que en este caso específico al tratarse de un sujeto de especial protección constitucional y de un derecho indisponible, se debe tener como suficiente la manifestación del padre biológico de estar de acuerdo con el proceso de adopción y no exigir el reconocimiento en el registro civil de nacimiento de la menor, atendiendo no solo los principios constitucionales, sino también la ley, los tratados internacionales y el alcance de los mismos, sin desconocer los deberes fijados por la jurisprudencia sobre el interés superior del menor: “i) el deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña; ii) el deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña; y iii) el deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña” (Corte Constitucional, sentencia T-024 de 2017).

Así pues, es evidente que los procesos administrativos de restablecimiento de derechos exigen un trámite preferente, ajustado a los procedimientos señalados por la normatividad, pero sin que se incurra en exceso ritual manifiesto, pues ello resulta contrario a los fines propios de dichos trámites, que son garantizar el goce efectivo de derechos a nuestros niños, niñas y adolescentes.

3) - Irrevocabilidad de la adopción bajo la perspectiva de la Corte suprema de justicia

Por su relevancia y pertinencia se hace necesario incluir en este análisis la sentencia 1332 del 7 de febrero de 2021 de la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia cuyo Magistrado ponente fue Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, en la que estudió el caso que tuvo origen el 14 de junio de 2018, cuando la Comisaría de familia de Arcabuco, Boyacá abrió investigación de restablecimiento de derechos de una menor reportada por la entidad de salud del municipio por sospecha de negligencia y maltrato al presentar una desnutrición aguda moderada, peso y talla muy bajas para la edad, y al parecer poca comprensión e interés de la madre en que esta situación cambiara, decisión en la cual dispuso, entre otras cosas, mantener a la infante en el hogar familiar pero con el compromiso de que sus padres mostraran mayor interés por su salud, ante el incumplimiento se cambió la medida por la de

ubicación en hogar de paso, momento a partir del cual la niña fue ingresada por urgencias al hospital, en el que permaneció por diez días al ser diagnosticada con desnutrición y síndrome de maltrato no especificado.

Prorrogada la medida por la Comisaria, profiere fallo en dos ejemplares debidamente firmadas, pero con diferencias sustanciales, en uno de ellos declara la adoptabilidad y en el otro confirma la medida de ubicación en hogar sustituto para la niña, ejecutando finalmente la prórroga de la medida en hogar sustituto con sustento en el delicado estado de salud de la menor y el limitado acceso a recursos de los padres que no garantizaban el acceso de la niña a los tratamientos médicos necesario.

Esta decisión fue objeto de estudio de homologación por parte de Juzgado Promiscuo Municipal de Arcabuco, autoridad que en el mes de noviembre de 2019 define que la comisaria decidió determinar la declaratoria de adoptabilidad indicando que su decisión no era objeto de ese medio de control y devolviendo el expediente al ICBF, que por su parte erróneamente concluye que la segunda decisión de la comisaria ha sido homologada por el Juzgado, resolviendo restablecer los derechos de la niña, y, como medida de restablecimiento la declaró en situación de adoptabilidad.

Desatados los recursos interpuestos por la familia de la menor el 13 de diciembre de 2019 el Juzgado Tercero de Familia de Tunja resolvió homologar el fallo de declaración de adoptabilidad, por lo que la familia biológica presenta una tutela referenciando presuntos errores de procedimiento, afirmando además que al declarar a su hija en estado de adoptabilidad no se investigaron las causas científicas de su bajo peso ni les permitieron participar en el PARD de la menor; por su parte el ICBF aduce que sus actuaciones se ajustaron al debido proceso e informa que la niña ya está siendo entregada a una familia adoptante.

La Corte Suprema de Justicia para resolver solicita se informe la razón por la que obran en el expediente dos decisiones con igual contenido de forma y fondo, excepto en la parte resolutiva, ante lo que el ICBF señaló que solo conocía una y su familia hizo saber que jamás fue notificada de dichas resoluciones.

En este caso la Corte anteriormente mencionada recalca la especial protección que debe el Estado a los niños niñas y adolescentes del país, resumiendo las normas internacionales sobre la prevalencia de los derechos de los NNA, recordando además la condición *sine qua non* de la declaración de adoptabilidad, es decir que sea decretada por el Defensor de Familia, además de ello enuncia que efectivamente como lo reclamaban los accionantes cuando la comisaria de familia decreto la adoptabilidad de la menor estaba fuera de su competencia la decisión al no tener en cuenta esta autoridad administrativa municipal el término para tomar la decisión, y, concluye que no se analizó en este proceso la situación particular de la menor, su núcleo familiar, sus limitaciones económicas y culturales, aun estando al cuidado de las autoridades administrativas por alrededor de un año y medio, demostrando dichas entidades con su actuar absoluta falta de compromiso en su función.

Entre las falencias detectadas en el trámite, se advirtió que los Juzgados aun teniendo en su poder el proceso no llamaron la atención por la falta de competencia de la decisión tomada por la comisaria, sin que tampoco el ICBF hubiere analizado el cumplimiento de los términos, la competencia de la autoridad administrativa ni la falta de la adecuada y robusta fundamentación de las decisiones por lo que desde ese conglomerado de yerros concluye la vulneración del derecho al debido proceso a la niña y a sus padres biológicos.

Por otra parte, la Corte Suprema advierte que no puede fundamentarse una decisión de este tipo en la falta de recursos de los padres biológicos ya que el mismo Estado debe garantizar y poner al alcance de las personas en estas situaciones todos los recursos con los que cuente para que en conjunto y obediencia al principio de corresponsabilidad se puedan superar, anulando finalmente el proceso de adopción posterior a la declaratoria de adoptabilidad, disponiendo por demás que la menor volviera al hogar sustituto y que el ICBF acompañara el proceso a través de sus profesionales para que de este modo la niña volviera con su familia biológica.

En este caso la Corte busca resaltar una vez más que la declaratoria de adoptabilidad es la última y más drástica medida de protección, reforzando el criterio de que en apoyo del gran Sistema nacional de bienestar familiar al que pertenecen casi que todas las autoridades de orden municipal, se debe propender por auxiliar y apoyar a las familias que por razones económicas no pueden garantizar el bienestar de sus hijos, descartando de entrada que esta sea un factor determinante para concluir que no son garantes de sus derechos ponderando así, la importancia constitucional y social de la familia como primer responsable del bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

3.- Legitimación y capacidad del Estado para garantizar los derechos a los niños, niñas y adolescentes en el proceso de adopción en el marco del artículo 42 y 44 constitucional

No cabe duda de que a la luz de la normatividad citada en el primer capítulo, el estado se encuentra legitimado para a través del ICBF dar inicio a los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, cuyo fin único es garantizar a los niños, niñas y adolescentes el goce efectivo de sus derechos fundamentales, que se encuentran consignados en el artículo 44 constitucional; sin embargo, y específicamente en los procesos de declaratoria de adoptabilidad, aunque se enfatiza en el interés superior del menor y la protección integral de la familia, se observa de la revisión jurisprudencial realizada, que hay múltiples falencias en los procedimientos, como el caso ante el que simplemente por la manifestación de un familiar que realizara la entrega de una menor al ICBF se dio por sentado que la misma no contaba con familia extensa con capacidad de ejercer el cuidado y custodia de ella, lo que conllevo a una declaratoria de adoptabilidad respecto de una niña que contaba con abuelos, tíos, madre y demás familia, sin que siquiera fuera escuchada, siendo un acto absolutamente arbitrario, y, pese a que en sede revisión de tutela, se revocó la adopción, la menor fue objeto de diversos maltratos psicológicos, familiares, procedimentales, que no podrán ser resarcidos de ninguna manera.

Por otra parte, si bien, el trámite de declaratoria de adoptabilidad contempla una fase de investigación de la familia extensa de los menores en vulnerabilidad bajo el principio de solidaridad, se considera que el ICBF no cuenta con el personal suficiente e idóneo para realizar dicha labor y tal como lo propone la Corte Constitucional escudriñar, ahondar e indagar insistentemente sobre la existencia de familia extensa que pueda hacerse cargo del NNA a fin de evitar la ruptura del vínculo consanguíneo de tajo, lo que implicaría quizás un mejor proceso de adaptación del niño, niña o adolescente.

Se logra identificar las omisiones o errores cometidos en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, que conllevan de manera excepcional al retiro del niño, niña o adolescente de su familia adoptante, lo que, por demás, genera un nuevo impacto emocional y psicológico ante una segunda ruptura del vínculo familiar recién establecido sea cual sea la razón por la que se genere, por lo que más allá de repetir el llamado de la Corte a proteger el interés superior de los niños realizando concienzudo y minucioso análisis de la situación particular individual, familiar y social de los mismos en cada etapa del proceso administrativo y judicial, resulta indispensable hacer un llamado al Estado para que garantice a través de personal capacitado y especializado el acompañamiento y seguimiento efectivo de los menores y sus familias en los casos en que se tenga conocimiento de su situación de vulnerabilidad, pues los errores que usualmente se cometan consisten en omisiones o limitaciones en la labor de los funcionarios judiciales y administrativos, quienes al no obtener toda la información personal y familiar, avanzan en los trámites sin escudriñar más a fondo las particularidades del contexto familiar y social en el que se encuentra inmerso el NNA.

La jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional sobre este tema de gran relevancia claramente indica que no podría hablarse de la irrevocabilidad absoluta de la adopción en Colombia porque, al estar en juego los derechos de los menores y la familia, ante cualquier yerro procesal que afecte sus garantías constitucionales la autoridad judicial debe intervenir, a fin de efectivizar especialmente la primacía de los derechos del niño, la protección integral de la familia, el derecho a un debido proceso, el derecho de los niños a su integridad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado, amor, libre expresión de su opinión, y a todas aquellas garantías que tanto a través de la constitución, como de la Ley 1098 de 2006 y los tratados y convenios internacionales los amparan.

Finalmente, conforme los nuevos pronunciamientos de la Corte Constitucional en lo que respecta a los derechos de menores y al acompañamiento psicológico que cada uno de ellos debe tener durante los trámites administrativos y judiciales que versen sobre su estado civil, se observa como en la realidad los menores declarados en estado de adoptabilidad son generalmente entregados en hogares sustitutos, en los cuales no se cuenta con acompañamiento psicológico continuo que permita que los mismos asimilen su nueva condición y se preparen para incorporarse a otra familia que eventualmente los pueda acoger, pues la declaratoria de adoptabilidad lleva consigo un desapego definitivo de sus progenitores y para muchos niños y niñas su madurez cognitiva no les permite asimilar tal condición ni mucho menos elaborar el duelo y sanar, aceptando su condición de indefensión bajo la única protección con la que cuentan ahora, que es la protección ejercida por el Estado como garante de sus derechos.

Discusión

Realizado el estudio normativo y jurisprudencial propuesto, se estableció que, en efecto, la irrevocabilidad como característica principal de la adopción a la luz del artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, sede su paso ante la evidente vulneración de derechos de los NNA y de su familia en el proceso administrativo y/o judicial que concluye con la sentencia de homologación de adoptabilidad y la posterior entrega del NNA a sus padres adoptantes.

Siendo el factor principal que conlleva a la revocatoria de la adopción la vulneración del derecho al debido proceso en el que incurren tanto las autoridades administrativas como judiciales, por lo que surgiría elemental plantear el siguiente interrogante ¿El ICBF tiene las condiciones para garantizar en representación del Estado el derecho al debido proceso a los NNA y a sus familias en el PARD?, ante lo cual se debe señalar que las falencias presentadas en las sentencias analizadas son demostrativas de los yerros cometidos en las etapas procesales, en aspectos tan delicados y determinantes como vincular al PARD a la familia del NNA, o incluso asumir que el NNA no tiene familia extensa sin realizar labores exhaustivas que permitan ubicar a los familiares biológicos, como tíos, primos, abuelos o hermanos, quienes bajo el principio de solidaridad familiar, definido en diversos pronunciamientos por la Corte Constitucional, están llamados a ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos fundamentales, y, es únicamente a falta de ella que ese deber se radica en el Estado.

Omisiones que generan no solo la vulneración del derecho de constitucional al debido proceso, sino también el desconocimiento de los artículos 42 y 44 de la Constitución Política de Colombia, así como los tratados internacionales y convenciones celebradas en defensa de los derechos del niño, sin embargo, valdría la pena disertar sobre el tema realizando la siguiente pregunta ¿El Estado como garante de los derechos del NNA suministra al ICBF los recursos humanos, tecnológicos y económicos para que se cumpla con la rigurosidad que exige el proceso administrativo de declaratoria de adoptabilidad?, ante lo cual la respuesta es evidente, pues las falencias presentadas durante esos trámites pueden generarse por la falta de personal y recursos que impide que se agote con el estricto apego normativo cada una de las tres etapas que fueron analizadas en el capítulo inicial, es decir sin ahondar, esculcar e indagar a profundidad la situación particular de los menores, el contexto en el que se encuentran inmersos, su composición familiar y la existencia de familia extensa. Cabe anotar, sin que sea menos importante, que las falencias y omisiones cometidas por la autoridad administrativa y judicial conllevan a un reproche social y más aún podrían generar un daño irreparable en la familia y el NNA, pues pese a que los PARD deben ser trámites céleres, se observa como por largos periodos los NNA son retirados del seno familiar y ubicados en hogares sustitutos hasta tanto se surtan dichos procesos, sin embargo, la Corte Constitucional hace un llamado a las autoridades administrativas y judiciales para que bajo el principio de interés superior del niño y en aras de proteger a la familia como núcleo esencial de la sociedad en cada uno de los trámites se analice previamente las condiciones individuales, familiares, sociales y económicas del niño, para así, de alguna manera evitar los traumatismos que genera la declaratoria de adoptabilidad y su posible revocatoria posterior.

Finalmente, y en razón a lo indicado previamente, respecto a la característica de irrevocabilidad contenida taxativamente en el artículo 61 del Código de infancia y adolescencia, teniendo en cuenta que las decisiones proferidas en asuntos de menores no hacen tránsito a cosa juzgada material, si no formal, no tendría la adopción la característica contenida en el artículo mencionado pues en los términos analizados es irrevocable.

Conclusiones

Los factores por los que excepcionalmente se revoca la adopción según la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia son los errores de tipo procedural en el desarrollo de los PARD que transgreden el derecho de rango constitucional al debido proceso, al ser evidente que las actuaciones surtidas son contrarias al objeto mismo del trámite, que no es otro que restablecer los derechos del menor; errores como el desconocimiento de los derechos de la familia a ser vinculados al PARD de los NNA, el derecho de éstos últimos a ser escuchados, legalidad de las actuaciones de la

autoridad administrativa respetando los períodos de tiempo contenidos en el Código de infancia y adolescencia para resolver, la negligencia en el desarrollo de algunas etapas procesales, como son la búsqueda de familia extensa del NNA, pues a la luz de la jurisprudencia revisada no basta con una simple manifestación, sino que el funcionario debe escuchar, escudriñar y ahondar en todos los aspectos individuales, familiares y sociales que rodean las particularidades del NNA cuya adoptabilidad se persigue.

Por su parte, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos conforme la normatividad vigente, tiene como fin que el Estado a través del ICBF, proteja el principio de interés superior del menor contenido en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, y, la legislación Colombiana ampara en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos la preservación de la unidad familiar, el derecho de los menores a ser escuchados, la prevalencia del interés superior del menor y la legalidad en todo el procedimiento. Si bien, a través de la adopción se rompe el vínculo con la familia de origen y extensa, se busca que el menor sea acogido por otra familia que le garantice la efectivización de sus derechos, no solo de filiación sino los que a partir de ello se desencadenan, como el derecho a pertenecer a una familia, al amor, al cuidado y demás. Es pues, el Estado el legitimado para garantizar esos derechos a los niños, niñas y adolescentes en el proceso de adopción en el marco del artículo 42 y 44 constitucional, pues la misma norma es la que así lo determina, amparando en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, la preservación de la unidad familiar, el derecho de los menores a ser escuchados, la prevalencia del interés superior del menor y la legalidad en todo el procedimiento, sin embargo ante las limitaciones de personal humano, físicas, tecnológicas y económicas muy difícilmente puede el Estado garantizar que el proceso se desarrolle acatando todas las normas, disposiciones y en especial garantías del NNA y su familia.

La Corte Constitucional reconociendo las barreras y limitantes que puedan presentarse, señaló por demás que no es dable imponer barreras e incurrir en el exceso ritual manifiesto dentro de los procesos de adopción, por cuanto se dilata el curso de una actuación que conlleva la efectivización y reivindicación de los derechos que les asisten a los niños, niñas y adolescentes a pertenecer a una familia, dejando pues de lado, en defensa del interés superior del niño, la taxatividad de las normas, para garantizar ese goce de los derechos contenidos en el artículo 42 y 44 constitucionales, a pesar de que, tal como se planteó anteriormente, la adopción en Colombia tiene dos características básicas: la irrevocabilidad y la suprema vigilancia del Estado, es pues en este aspecto, que se analiza el punto de convergencia entre la adopción como mecanismo de protección del NNA y el artículo 42 como en el 44 constitucional, pues si bien la adopción conlleva la ruptura de núcleo esencial de la familia, únicamente cuando agotado un largo proceso administrativo se encuentra que el NNA está en estado de vulnerabilidad en su familia biológica o no cuenta con ella, es ubicado en un en un nuevo hogar restablece sus derechos como niño y como parte de una familia que lo acogerá para protegerlo y brindarle la ayuda mutua, el cariño y la estabilidad de un hogar, siendo en este caso la irrevocabilidad de la adopción el mecanismo que genera estabilidad y reivindica los derechos del menor; convergencia que también se podría predicar de la adopción revocada cuando es evidente la trasgresión de los derechos 42 y 44 constitucionales, pero en este caso, buscando reestablecerlos y reintegrar al menor a su familia biológica o a su familia extensa al evidenciar violación directa de sus derechos fundamentales en el proceso previo a la adopción, es decir el desconocimiento del derecho de rango constitucional al debido proceso..

Referencias Bibliográficas

Comité de Derechos Humanos Observación General N° 19, interpretando el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1990. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html>

Constitución Política de Colombia art 5,29,42,44. 7 de julio 1991. Convención americana sobre derechos humanos, 22 de noviembre de 1969.

Corte Constitucional. Sentencia T- 844 del 2011 Sala séptima revisión Corte Constitucional

- M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 8 de noviembre de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia T 510 de 2013 Sala sexta de revisión Corte Constitucional MP Nilson Pinilla Pinilla;31 de julio de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia T- 204 A 2018 Sala quinta revisión MP. Antonio José Lizarazo Ocampo; 25 de mayo de 2018.

Corte suprema de justicia. Sentencia 1332 sala de casación civil CSJ Magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo;7 de febrero de 2021.

HERNANDEZ DIAZ, Carlos Arturo et al (2015). Metodología de la investigación jurídica. Universidad libre

Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos 39º período de sesiones,1990.

<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html#:~:text=El%20derecho%20a%20fundar%20una,ser%20ni%20discriminatorias%20ni%20obligatorias.>

Ley N° 1098 de 2006. Diario Oficial, N° 46.446, 8 de noviembre de 2006.

Resolución No. 0239 de 2021 [Instituto colombiano de bienestar familiar]. Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción. 19 de enero de 2021

ROSADO, Miguel ángel (2003). Metodología de la investigación y evaluación. Trillas

VANEGAS TORRES, Gustavo et al (2010) Guía para la elaboración de proyectos de investigación. Universidad libre