

DERECHO DE LOS NIÑOS A SER ADOPTADOS POR SUS FAMILIAS SUSTITUTAS POR LOS LAZOS DE AFECTO.*

**Maria Paulina Quijano Montoya
Sara Lucia Campuzano Rivera¹**

Resumen

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, así lo consagra la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 y diversos tratados internacionales. Así mismo, los niños tienen el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separados de ella. En medio del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos es posible que como última medida los niños sean separados de su familia de origen para garantizarles el cumplimiento de sus demás derechos. En este ámbito se les puede asignar una familia sustituta. Debido a la finalidad y propósito de estas familias, es muy común que surjan fuertes lazos de afectos entre la familia sustituta y el niño a su cargo. Esto propicia que surja el deseo de adoptarlos, pero ante la prohibición de adopción determinada surgen barreras para este proceso. Sin embargo, lo que se encuentra en juego es la prevalencia de los derechos de los niños y su interés superior, por lo que es necesario buscar alternativas para que estos principios se garanticen. Con este propósito se utilizó el método documental descriptivo que consistió en un rastreo documental, un derecho de petición al ICBF y cuatro entrevistas, lo cual permitió un panorama legislativo, administrativo y fáctico.

Palabras clave: hogar sustituto, lazos de afecto, adopción, derechos de los niños.

Introducción

Los hogares sustitutos son una medida provisional que ha permitido que niños² en situación de vulnerabilidad tengan una familia sustituta durante el tiempo que dure su Proceso

* Trabajo final de la Profundización de Niños como objetos o sujetos de derecho, dirigido por la docente Lina Marcela Estrada Jaramillo y la Profundización La conformación de la familia en Colombia por el profesor Miguel Ángel Montoya.

¹Egresadas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correos electrónicos: paulina.quijano@udea.edu.co, sara.campuzano@udea.edu.co

² En el presente artículo se hace referencia a niños y abarca también a las niñas y a los adolescentes.

Administrativo de Restablecimiento de Derechos -PARD-. Es de la esencia de este programa que los padres y hermanos sustitutos se comporten con una auténtica familia en la que brindan amor y se encargan de la crianza de los niños a su cargo. Por esto es usual que los lazos familiares de afecto crezcan tanto, al punto de que los padres quieran adoptar a estos niños que tienen a su cargo. Además, ocasionando que la separación de la familia sustituta y los niños pueda afectar el interés superior de ellos.

Normativamente no existe la posibilidad de que los padres sustitutos puedan adoptar a los niños que han tenido a su cargo. En el ordenamiento jurídico colombiano la adopción determinada está prohibida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66³ de la Ley 1098 de 2006. Si bien, la norma habla de las adopciones consentidas por los padres biológicos, la Corte Constitucional en la Sentencia T 119 de 2016 ha dicho que esta norma también es aplicable para los procesos de adopción de los menores de edad que, han sido abandonados por sus padres y declarados en estado de adoptabilidad. Esto ha complicado el proceso de adopción por parte de padres sustitutos, quienes deciden que es mejor no iniciar dicho proceso, causando así una afectación a los niños respecto a sus derechos a tener una familia y ser amados, los cuales deben prevalecer en virtud del principio de interés superior del niño.

El objetivo de esta investigación fue establecer qué herramientas jurídicas tienen los padres sustitutos que han creado fuertes lazos de afecto con el niño o niños que han tenido a su cargo para iniciar un proceso de adopción de estos y que tenga una finalización positiva para los niños en virtud de su derecho a tener una familia y no ser separados de ella, a ser amados y a la prevalencia de su interés superior.

Esta es una investigación cualitativa. Se utilizó el método documental descriptivo debido que se pretendió describir cómo una familia sustituta puede adoptar un niño que ha tenido a su cargo y con el cual se han formado lazos afectivos, donde prevalezca el interés superior del niño

³ ARTÍCULO 66. DEL CONSENTIMIENTO. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. (...)

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

y el derecho a tener una familia. Esto a través de la consulta de leyes, decretos, resoluciones, sentencias, artículos de revista, además de realizar un derecho de petición al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, que fue contestado en el mes de mayo de 2021, con el objetivo de conocer el tratamiento que desde esta entidad se le da al programa. También se realizaron entrevistas.

En cuanto las entrevistas, se realizaron cuatro, con el objeto de conocer la percepción del programa desde la experiencia personal de las personas entrevistadas, quienes han tenido relación con este de diferentes formas. El medio de recolección de datos se dio mediante la grabación de video y audio, con previa autorización de los entrevistados como componente ético.

La primera de las entrevistas se realizó el día 10 de junio de 2021, a una madre sustituta activa a quien denominaremos Jennifer⁴, quien actualmente tiene un niño a su cargo. La segunda entrevista fue realizada el día 24 de agosto de 2021 a la tía de una niña adoptada en el año 2016, a quien llamaremos María Paz; la tía que llamaremos Lina participó activamente en el proceso de adopción de Maria Paz. La tercera entrevista se realizó el día 25 de agosto del 2021 a una joven que fue adoptada en el año 1996 y estuvo en un hogar sustituto durante año y medio, la cual llamaremos Paola. Las primeras entrevistas se realizaron de manera virtual a través de Google Meet. Y por último se entrevistó el día 27 de agosto de 2021 de manera presencial a una madre sustituta retirada y a su cónyuge, sus nombres serán Leidy y Daniel, estuvieron en el programa desde el año 2003 al 2007.

Este trabajo se dividió en tres capítulos. En el primero, se define a la familia desde su concepción como núcleo fundamental de la sociedad y como derecho fundamental de los niños a tenerla y a no ser separados de ella. En el segundo, se determina en que consiste la medida de hogares sustitutos, su importancia en la garantía del derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y en la creación de lazos afectivos entre la familia sustituta y el niño a cargo de esta. Y en el último, se identifica si es posible que los padres sustitutos adopten a los niños que han tenido a su cargo, teniendo en cuenta la prohibición de adopción determinada

⁴ Para referirnos a las personas entrevistadas se cambió la identidad para mantener la privacidad y la confidencialidad.

en el ordenamiento jurídico colombiano. Para esto acudimos a la figura de excepción de inconstitucionalidad como control concreto o difuso de constitucionalidad.

Capítulo 1. La familia

La familia es considerada como el núcleo fundamental de la sociedad y por tanto goza de la protección de esta y del Estado. Es reconocida por la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 16. Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad”.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha considerado a la familia como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos” (Sentencia T-070 de 2015). En la misma sentencia se menciona que, a partir del artículo 42 de la Constitución Política, se puede hablar de un pluralismo en los tipos de conformación de familia en Colombia. Tales como i) la conformada por vínculos naturales entendidos como la unión de las personas de manera libre y responsable, como la unión marital de hecho. Donde la pareja puede tener hijos en común (biológicos), adoptados, o uno de los dos aportar hijos a la unión. ii) La familia conformada por vínculos jurídicos, formada a través del matrimonio donde puede haber hijos nacidos dentro del matrimonio o fuera de él, aportar descendientes de uno de los dos y/o también adoptar hijos. Y iii) las familias de crianza, las cuales se forman por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. De manera que, el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger a los integrantes de las familias, sin importar su tipo de conformación, pues,

la protección constitucional a la familia se extiende tanto a las familias conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad, como a aquellas que surgen de facto, “*atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia*” donde conceptos como la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio y respeto consolidan el núcleo familiar,

por lo que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger a los integrantes de tales familias. (Sentencia T-070 de 2015)

Partiendo de los elementos que menciona la Corte Constitucional para hablar de familia, encontramos otras tipologías: i) familia multiespecie conformada por humanos y animales de compañía. ii) Familias monoparentales conformadas ya sea por padre o madre e hijos. iii) Familias extensas conformadas por abuelos, tíos, primos. iv) Familias homoparentales conformadas por parejas del mismo sexo. Esta pluralidad se debe a que la familia se entiende como una construcción histórica y social, que está en constante cambio, donde influyen los aspectos sociales como la raza, las ideologías, la religión, las metas de las personas, entre otros. Sobre esto ha dicho Benítez que,

El cuándo y cuántos hijos tener a tono con la etapa de la transición demográfica que el país esté atravesando, los movimientos feministas y el reclamo creciente a la igualdad de los sexos; el reparto de la actividad económica entre hombres y mujeres; los derechos y obligaciones de los padres y también de los hijos; las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y la correspondiente divulgación de las “culturas”, entre otras, son algunas de las cuestiones que han ido generando apreciables cambios en la organización tradicional de la familia. (Benítez Pérez, 2017, p. 58)

Lo que no varía es que la familia siempre será la institución básica de la sociedad y como tal merece la protección integral por parte del Estado, por lo que se habla también de la familia como un derecho, en el cual se hacen efectivos otros derechos. Para Uribe y Bustamante (2019), es un derecho que tienen todas las personas sin discriminación alguna, sin importar la religión, ideología política, orientación sexual, profesión o raza.

“el derecho a la familia” es un derecho humano, universal, progresivo y en expansión que debe alcanzarnos a todos, independientemente de las circunstancias personales de cada cual. A fin de cuentas, la familia es, y no ha dejado de ser el cobijo y ambiente natural para el desarrollo humano; su ausencia o debilidad hacen difícil, cuando no nugatoria, la vida humana. (Uribe y Bustamante, 2019, p. 2).

Derecho a tener una familia, derecho fundamental de los niños

Los niños son sujetos de especial protección, sus derechos son prevalentes sobre los de las demás personas. La familia, la sociedad y el Estado son los principales garantes de sus derechos. En el artículo 44 Constitución Política de 1991 se reconocen como derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, 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.

Por tanto, la familia además de ser la institución núcleo de la sociedad, un derecho humano de las personas, es un escenario al que los niños especialmente tienen derecho a pertenecer, pues esta es la primera responsable de velar por el desarrollo pleno de los derechos de los ellos, “la familia es un elemento esencial de convivencia y de progreso colectivo en cuanto trae consigo un proyecto de sociedad” (Jiménez Valencia, 1998, p. 221).

La convivencia permanente en el tiempo junto con los procesos de crianza, basadas en el amor, el cuidado, la protección y la comunicación asertiva permiten la creación de vínculos afectivos entre los niños y sus padres o entre el niño y los adultos más cercanos; siendo este vínculo uno de los elementos fundamentales para hablar de la familia, al tratarse de un lazo de amor, respeto, ayuda mutua, que proporciona estabilidad emocional y bienestar físico y mental que son necesarios para el desarrollo de los seres humanos, y este empieza en la infancia.

Los vínculos afectivos se entienden como aquellas relaciones de cariño y amor que existen entre las personas; van más allá de los lazos de parentesco que se tengan ya que representan la unión indispensable que le da soporte y equilibrio a las decisiones y situaciones que se presentan en el curso de la vida. Por lo tanto, cuando los niños, las niñas y los adolescentes cuentan con vínculos afectivos seguros, fortalecen la capacidad de establecer relaciones sanas en su vida adulta pues les permite potenciar su autoestima además de tener seguridad y confianza en los demás. (ICBF, 2017, p. 9)

Para Jiménez Valencia (1998) “esencialmente la familia es una unidad de amor personal, una compenetración y entendimiento entre los miembros de la familia” (p. 281). El derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella va de la mano con el derecho a ser amados y cuidados. Cuando los niños son amados y cuidados crecen en un ambiente de afecto y

solidaridad, donde se satisfacen sus necesidades básicas. Además, donde se da el desarrollo de sus demás derechos. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que

el amor a los niños y las niñas no debe confundirse con el cuidado hacia los mismos. Algunos estudios revelan que los niños que no reciben amor, sino sólo una atención adecuada, se enferman con más frecuencia; sus capacidades de aprendizaje se deterioran significativamente; no tienen interés por su entorno; no logran un desarrollo físico adecuado pues no aumentan de peso o altura; sufren de insomnio; se deprimen constantemente; y con el tiempo desarrollan graves dificultades de aprendizaje

(...) el amor hacia los niños es necesario para su adecuado desarrollo físico, mental, social y psicológico, que les permitirá desarrollar las competencias y actitudes para ejercer su derecho a la vida en condiciones dignas. Además, no puede dejarse de lado que los niños y niñas serán los adultos del mañana, razón por la cual brindarles protección y amor es un asunto que compete a la sociedad en general y no sólo a sus padres o a su familia, aunque esta última es la primera llamada a satisfacer ese derecho. (Sentencia T-129 de 2015)

Sin embargo, hay muchos niños a los que dentro de su familia biológica no se les hacen efectivos sus derechos porque son abandonados al nacer, sufren de violencia doméstica dentro de sus hogares o simplemente porque la familia no les brinda el amor necesario para su desarrollo integral. Cuando esto sucede es el Estado el responsable de tomar las medidas necesarias para la efectividad de sus derechos, responsabilidad que asume a través del ICBF y las Comisarías de Familia, autoridades que buscan el restablecimiento de los derechos de los niños siguiendo las medidas que se encuentran reguladas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 y van desde una amonestación con asistencia obligatoria, curso pedagógico para los padres, la ubicación de los niños en un hogar sustituto, hasta la declaratoria de adoptabilidad.

La medida que se acoja debe ser proporcional con el derecho amenazado o vulnerado del niño, lo cual será diferente en cada caso. Estas se pueden dar de manera provisional o definitiva y siempre deberán atender al principio del interés superior del niño, el cual consiste en la “potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y el bienestar general del niño o niña” (López Contreras, 2013. p. 55).

Es deber del Estado escuchar a los niños, conocer sus deseos, tomar medidas que en realidad ayuden a hacer efectivos sus derechos y que no vayan a implicar todo lo contrario, resultando en una nueva vulneración de los derechos que se pretendían restablecer. Es por eso que, la Corte a través de la jurisprudencia ha reconocido que "el derecho del menor a tener una familia no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima. Es también el derecho a que provisionalmente el niño tenga su hogar amigo, su familia sustituta" (Sentencia T-217 de 1994) en la que se le brinde una protección eficaz para desarrollar el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.

Capítulo 2. Hogares sustitutos

La ubicación en hogares sustitutos es una medida provisional que se da en el marco del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de los niños - PARD. Esta medida tiene el propósito de garantizar y restablecer el ejercicio de los derechos de los niños que están siendo vulnerados, a través de lo que se ha denominado "Familia sustituta", la cual está conformada por madre, padre y/o hermanos. Estas adquieren una importante relevancia en cuanto garantizan el derecho de los niños a crecer con un grupo de personas que les brindan amor y cuidado. Esta medida se da cuando en el medio familiar de origen, no se cumplió con el deber de ser el garante de sus derechos. Montoya-Pino (2014) definió los hogares sustitutos como,

un sistema familiar diferente al consanguíneo, que alberga un número reducido de niños con el propósito de brindarles protección y las condiciones necesarias que posibiliten el desarrollo normal de su personalidad. Lo anterior con el fin de hacer frente a las situaciones desfavorables a las que se ven expuestos los niños, niñas y adolescentes en las familias de origen, derivadas de situaciones sociales y económicas presentadas en el país. (p. 227)

Dentro del PARD, los Defensores y Comisarios de Familia son las autoridades encargadas de procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos de los niños. Por tanto, estas son las autoridades que deciden sobre la ubicación de los niños en el programa de hogares sustitutos. Este programa está a cargo del ICBF, que se encarga de la protección integral de la primera infancia, infancia y adolescencia y la cual lo ha reglamentado

desde sus inicios. Pero puede ser administrado directamente por esta entidad o por un operador. Actualmente la reglamentación vigente de este programa es la contenida en el Lineamiento Técnico de Modalidades para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados. De acuerdo con el ICBF,

el hogar sustituto proporciona experiencias positivas de vida para los niños, niñas y adolescentes, con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados, privilegiando que en el seno de una familia concurren tanto un entorno protector donde se privilegie el disfrute del amor y la protección, como la construcción de vínculos afectivos seguros, que le permitan a cada uno de los beneficiarios, superar las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran. (ICBF, 2017, p. 49).

Los hogares sustitutos tienen su origen en 1970. Estos se crearon como una medida comunitaria orientada a prevenir la privación afectiva de los niños que se encontraban a cargo del ICBF, supliendo esas falencias mediante una familia sustituta, que tiene como principio rector la solidaridad. El ICBF los reglamentó por primera vez a través de la Resolución 2452 de 1981, que definió qué se entendía por hogar sustituto, así:

ARTÍCULO 1. Se entiende por Hogar Sustituto o Amigo, el que acoge a un menor abandonado o en peligro físico o moral para proporcionarle el afecto y los cuidados necesarios para su desarrollo integral.

La medida de hogares sustitutos fue incluida en el artículo 73 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), como una medida de colocación familiar, la cual “consistía en la entrega de un menor que se encontraba en situación de abandono o de peligro, a una familia que se comprometía a brindarle la protección necesaria, en sustitución de la de origen.” (Sentencia T - 018 de 2016)

Posteriormente, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) en su artículo 59 incluyó la ubicación de los niños en hogares sustitutos como una de las medidas de restablecimiento de derechos. Estos hogares tienen como objetivo principal brindar una ubicación provisional a los niños por el menor tiempo posible de acuerdo con las necesidades que ellos tengan, el cual no debe sobrepasar los 6 meses. Pero el Defensor de Familia podrá

prorrogarlo por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Sin embargo, el término máximo del PARD es de 18 meses, según el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006 modificada por el artículo 6 de la Ley 1878 de 2018, que a su vez se considera como el periodo extremo para la permanencia del niño en un hogar sustituto. Así lo manifestó el ICBF en la respuesta a la petición enviada,

la prórroga de la medida de hogar sustituto con la entrada en vigor de la Ley 1878 de 2018 no se puede determinar únicamente hasta los doce (12) meses, sino que la misma se encuentra establecida hasta el término actual del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, por lo cual con la reforma de los términos del PARD se entiende que la medida de hogar sustituto la cual contaba con un tiempo determinado, se amplió de forma implícita, hasta por el término máximo de dieciocho (18) meses, de acuerdo con cada situación específica. (Respuesta radicado N° 20212000000088171, 2021).

Luego del tiempo establecido por la ley para la permanencia de los niños en los hogares sustitutos se pretende que estos regresen con su familia biológica de ser posible; de no serlo, la autoridad administrativa encargada del proceso podrá decretar otra medida provisional o permanente, siempre teniendo como criterio orientador el principio de interés superior del niño.

Para el correcto funcionamiento de estos hogares, el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006 también establece que, el ICBF asignará un aporte mensual exclusivo para los gastos del niño, no como pago por la labor realizada por la madre o padre sustituto porque la labor realizada por las familias sustitutas debe ser completamente solidaria y voluntaria, sino para alimentación, vestuario, recreación, entre otros gastos del niño. Aun así, a los padres sustitutos se les asigna un monto económico mensual denominado beca como reconocimiento por la actividad solidaria realizada, pero no es una retribución directa de esta, por lo que no existe relación laboral entre ellos y el ICBF⁵.

⁵ "ARTÍCULO 1. Reconocer a partir del 1o de julio del año 2013 a los Hogares Sustitutos y Tutores que tengan a su cargo niños, niñas y adolescentes, bajo medida de Restablecimiento de Derechos, una beca equivalente al salario

Por otra parte, El Lineamiento Técnico de Modalidades para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes, con Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados establece los requisitos mínimos para la conformación de un hogar sustituto. En principio se destaca que las familias que quieran conformarse como tal, deben

contar con un alto nivel de compromiso con la niñez y la adolescencia y una motivación propicia para su cuidado y atención, poseer las habilidades y competencias para brindar apoyo y acompañamiento permanente a cada uno de los beneficiarios ubicados en su hogar, así como participar en la construcción de vínculos afectivos positivos, ofreciendo en el seno de su hogar, un entorno protector que facilite la construcción de un proyecto de vida. Así mismo, la familia sustituta, debe contar con aceptación social por parte de su comunidad y tener la capacidad de utilizar los recursos de su entorno en esta labor solidaria. (ICBF, 2017, p. 270).

Cuando una familia inicia el proceso de conformación del hogar sustituto se debe elegir uno de los miembros de esta, quien será el responsable del hogar. Las personas que la integren deben representar la figura de familia en los niños, por lo que se da prelación en la selección a aquellas que cuenten con hijos biológicos. Estos hogares tienen una capacidad de 1 a máximo 3 niños y el Centro Zonal del ICBF debe verificar que los mismos cumplan con los requisitos y estándares de calidad para la atención de estos. (ICBF, 2017).

La persona que esté a cargo del hogar sustituto debe encontrarse entre los 23 y 55 años, debe contar con una escolaridad mínima de noveno grado y en el evento de no tener el bachillerato completo, tendrá 12 meses para completarlo, debe acreditar buenas condiciones de salud física, debe contar con disponibilidad de tiempo completo para el cuidado del niño, es decir, las 24 horas de los 7 días de la semana; debe demostrar que tiene los medios económicos

mínimo mensual legal vigente, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar durante el mes.” Resolución 2925 DE 2013, ICBF.

“ARTÍCULO 59. UBICACIÓN EN HOGAR SUSTITUTO. (...)

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asignará un aporte mensual al hogar sustituto para atender exclusivamente a los gastos del niño, niña o adolescente. Mientras dure la medida el Instituto se subrogará en los derechos contra toda persona que por ley deba alimentos al niño, niña o adolescente. En ningún caso se establecerá relación laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los responsables del hogar sustituto.” Ley 1098 de 2006

para su subsistencia y la de su familia biológica; y debe acreditar habilidades y competencias en la crianza o trabajo con niños, entre otros. (ICBF, 2017)

Respecto al egreso del niño de un hogar sustituto en el que ha permanecido un periodo de tiempo prolongado, el ICBF (2016) a través de la Ficha de Condiciones Técnicas Esenciales para la Prestación del Servicio, ha dicho que

en la convivencia entre la madre sustituta en proceso de retiro y los niños, las niñas y los adolescentes, es probable que se hayan generado vínculos afectivos fuertes, relaciones socioculturales y de convivencia enmarcado en el ejercicio del cuidado; cuando hablamos del cuidado como un factor que incide en la estabilidad de los niños y niñas es decir, cuando hay una continuidad durante un periodo de tiempo con el mismo cuidador, y este incorpora una serie de prácticas que le facilitan o permiten responder de manera propicia a sus necesidades, se fortalece en medio de este cuidado el vínculo o apego seguro entre el cuidador y el niño o la niña; sin duda, se trata de una práctica que tendrá a futuro connotaciones negativas o positivas dependiendo de las circunstancias en que se encuentre, incidiendo no solo en su estado de salud mental, sino en su desarrollo emocional y su adecuado desempeño académico, llegando incluso a impactar sus conductas prosociales. (p.7)

Si bien el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella es fundamental para los niños, la ubicación de estos en un hogar sustituto se da como resultado de una vulneración a sus derechos fundamentales tan grave en su medio familiar, que lleva a que se tome esta decisión como última medida, para evitar el menoscabo de sus derechos y que se vea afectado su interés superior. De acuerdo con Estrada Jaramillo y Vásquez Carvajal (2016),

antes de proceder a ubicarlos en un hogar sustituto, el defensor de familia o el comisario de familia deberá hacer todas las gestiones necesarias para hallarles la familia extensa y de ser posible ubicarlos en ella, atendiendo a lo establecido en los lineamientos y en la Ley 1098 de 2006, en el sentido de hacer efectiva la prevalencia del derecho a vivir el proceso de desarrollo y crecimiento con su familia, y a no ser separado de ella, en concordancia con el mandato establecido en la CDN. (p. 12)

Resaltamos que el Estado y la sociedad se rigen por el principio del interés superior del niño y por la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás, como se consagra en el artículo 44 constitucional. Para saber cuándo se alcanza este interés superior, es necesario tener en cuenta tres elementos: la capacidad del niño para expresar sus deseos. Contar con un entorno familiar y social que le permita un sano desarrollo de su personalidad, en el que existan lazos fuertes de afecto y un lugar cómodo y adecuado a las necesidades particulares de cada uno. Y por último, la predictibilidad de la situación o condición futura de los niños. (López Contreras, 2013, p. 58)

Aunque la ubicación en un hogar sustituto es una medida provisional, que no puede exceder los 18 meses, muchos de los niños que ingresan a un hogar sustituto permanecen en él por más de un año y medio. Lo que posibilita que los lazos de afectos se fortalezcan entre ellos y su familia sustituta, haciendo que el proceso de separación sea más complicado. Incluso puede implicar una nueva vulneración de los derechos del niño que ha estado en el hogar.

Esta prolongación de la permanencia en los hogares sustitutos se debe en gran medida a las bajas tasas de adopción que se presentan en el país, pues según datos oficiales del ICBF, en el periodo 2007 – 2017, el 34% de los niños declarados en adoptabilidad no consiguieron ser adoptados por una familia y esta tasa ha venido en decrecimiento constante. Es importante recordar que, la declaratoria de adoptabilidad se da una vez se determina la imposibilidad del reintegro con la familia biológica y no se logró establecer una relación con los familiares dentro del sexto grado de consanguinidad, lo que igualmente alarga el PARD, ocasionando que los niños puedan pasar gran parte de su infancia y adolescencia, hasta llegar a su mayoría de edad dentro del programa, convirtiéndose en “hijos del estado”⁶. (Orozco Gómez, 2019, pp. 49 - 50).

Lo anterior lo evidenciamos en las entrevistas realizadas. En los cuatro casos se dio la ubicación de niños en hogares sustitutos, los cuales superaron la permanencia máxima permitida por la ley vigente del momento específico. El niño a cargo de la madre Jennifer lleva dos años en su hogar. La niña Maria Paz estuvo en el hogar sustituto alrededor de tres años y medio. En el

⁶ Así se ha denominado a “aquella población que ingresa al ICBF, a muy corta edad y que por diferentes motivos, logran llegar a la adultez siendo aún parte de la entidad, de esta forma, dicho escenario se convierte en el principal referente para entender la crianza y desarrollo personal o individual que tienen estos menores dentro de la entidad.” (Orozco Gómez, 2019, p. 49)

hogar sustituto de Leidy y Daniel hubo cuatro hermanitos durante tres años. Y por último Paola estuvo un año y medio en un hogar sustituto.

La familia de Jennifer recibió al niño que tiene actualmente a su cargo, cuando estaba en sus primeros días de vida en la clínica donde nació prematuro. Allí lo dejó su madre biológica, pues ella no tenía el deseo de cuidarlo. Por esto, la madre sustituta tuvo que llevarlo a canguros durante sus primeros días, hasta que ganó peso. Ella manifestó que hizo todo lo que hace una mamá cuando nace su hijo. Sobre los lazos de afecto que ha desarrollado el niño con su familia dijo lo siguiente:

Mis hijos lo quieren como hermanos, todos dos. Y el chiquito de 6 años, cómo se mantiene jugando con él y todo eso, a él yo digo que el día que se lo lleven es el que más duro le va a dar, porque él es cada rato que no lo entreguemos, que nos vamos. Y se mantiene en esas. (...)

El día que se lo lleven a mí me va a dar algo, lo siento como si fuera mi hijo. Yo a ellas no les puedo decir porque se lo llevan ahí mismo para otro hogar. Cuando se dan cuenta que hay apego, ellos ahí mismo se lo llevan para otro hogar.

Lina fue la primera de la familia que conoció a Maria Paz cuando se encontraban en los chequeos médicos dentro del proceso de adopción. A estos chequeos médicos no podían ir los padres adoptantes, debía ser otro familiar. En estos chequeos conoció a la madre sustituta. Respecto a los primeros días de Maria Paz con su familia adoptante, Lina manifestó lo siguiente:

Cuando llegamos a Bienestar Familiar, cuando ya nos iban a entregar la niña. (...) Llegamos y pues la ansiedad, el corazón que se le quiere salir a uno. Y llega la niña, pero en un llanto. Yo casi me muero. Mejor dicho, desconsolada, ni me miró.

(...)

Después fue que entendimos, a la niña simplemente, ese día llegó la señora de Bienestar Familiar en el carro con el conductor y venga pa' acá, una

mochilita con un poquito de cositas que le entregan. Y así, arrebatada prácticamente de esta familia.

(...)

El proceso fue muy traumático para la niña. Porque la niña había veces que lloraba reclamando a su tía Claudia⁷, a su mamá Nelly y a sus otros hermanitos que ella decía que tenía.

(...)

Cuando termina el proceso de seguimiento del ICBF, mi hermanita me dice “Lina, ahora sí busquemos a Nelly. Yo no puedo más con el sufrimiento de la niña de no saber de ellos.” Porque un día me dice “Lina, es que la niña, si vieras, en una noche de llanto, me dice ‘se me está olvidando Nelly, ya no me acuerdo de Nelly.’” Pero angustiada porque ya sus recuerdos se le estaban borrando.

En el hogar sustituto de Daniel y Leidy también se formaron fuertes lazos de afecto con cuatro hermanitos quienes estuvieron a su cargo: dos niños de tres meses y 1 año, y dos niñas de 3 y 4 años. Estos niños estuvieron tres años en el hogar sustituto. En ese tiempo no se vieron con su familia biológica, lo que favoreció la creación de estos lazos tan fuertes. Estos niños fueron declarados en adoptabilidad. A Daniel y a Leidy, les informaron que una familia italiana adoptaría a los cuatro hermanos. Inició el proceso de concientización con los niños. A Leidy le dijeron que debía llevarlos a la casita de San Nicolás y ya ahí, no tendrían más contacto con ellos. Pero una de las niñas, cuando ingresa a la casita de San Nicolás, se empieza a enfermar y la psicóloga determina que esto se debe a los nervios de dejar su hogar sustituto, entonces les permiten volver con Daniel y Leidy mientras terminan el trámite de adopción. Al llegar el día de su adopción la misma niña se aferra al cuello de Leidy y entra en llanto, pues no se quería ir. Al respecto Daniel dice “Uno ver salir a esos niños, cuando los vimos salir es como uno sentir que sacan un cadáver de la casa. Hace 17 años que se fueron y todavía los añoramos”.

⁷ La tía Claudia y la mamá Nelly son parte de la familia sustituta en la que estuvo la niña.

Por último, Paola estuvo en un hogar sustituto cuando tenía un año y medio de edad. Y aunque no recuerda su experiencia en el hogar, hoy a sus 28 años aún tiene contacto con sus padres sustitutos y los hijos de ellos, a quienes considera sus tíos y primos. Cuando Paola fue adoptada, sus padres sustitutos buscaron a los padres adoptantes pidiéndoles mantener el contacto con la niña, pues la querían mucho. Los padres adoptantes permitieron el contacto, por lo que los padres sustitutos han hecho parte de la vida de Paola. Incluso la madre sustituta fue la madrina de confirmación de Paola.

Estos relatos evidencian los lazos de afecto que se crean entre los padres sustitutos y los niños a su cargo, lo cual hace parte de la finalidad de la medida de hogares sustitutos. Pero también evidencian una irresponsabilidad del ICBF al momento de tratar estos lazos afectivos, dejando de lado el interés superior del niño. Sin embargo, vemos que en ocasiones las familias se han ocupado por cuenta propia de mantener los lazos en procura de la felicidad y el derecho al amor de los niños.

Capítulo 3. Adopción

La adopción es una de las medidas de restablecimiento de derechos establecida en el Título II Capítulo II del Código de Infancia y Adolescencia. El artículo 61 la define así: “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.”

Sobre esta medida, se ha dicho que es un derecho del niño y no de los adoptantes. “Persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un núcleo familiar.” (Sentencia T - 119 de 2016). Lo cual guarda estrecha relación con el derecho que tienen los niños a tener una familia.

El proceso de adopción es bastante reglado y se debe tramitar ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, que de acuerdo con el artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, es la autoridad central de Colombia en materia de adopción.

Las personas que deseen adoptar deben tener mínimo 25 años, tener al menos 15 años más que el adoptante y garantizar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño. Además, se debe tener en cuenta que está prohibido elegir el niño que se va a adoptar. Salvo cuando el niño sea pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad o sea hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante o se trate de un hijo de crianza. En estos últimos casos, no se exigirá el requisito relativo a la edad. (Artículo 68 Ley 1098 de 2006).

La adopción y la familia sustituta

Respecto a las madres o padres sustitutos y la posibilidad de adoptar los niños que han estado bajo su cuidado durante largos períodos y con los cuales han creado estrechos lazos de afecto el legislador no ha dicho nada.

Ninguna disposición legal prohíbe expresamente que una madre o padre sustituto en conjunto o individualmente pueda iniciar un proceso de adopción. Por lo que en principio se puede afirmar que están en la posibilidad de hacerlo.

Esto lo reafirma el gobierno colombiano en el portal Urna de Cristal⁸, que es un portal de participación ciudadana que tiene dentro de sus estrategias “el ciudadano pregunta, el Gobierno responde”. Ante la pregunta, ¿cómo es el proceso de adopción para una madre sustituta que tiene a un niño desde que nació y actualmente tiene 2 años? formulada por algún ciudadano en 2017, el gobierno respondió lo siguiente:

al respecto, le comunicamos que puede iniciar el proceso de adopción, (...) aclarando que no es seguro que pueda adoptar el mismo niño, recuerde que uno de los requisitos es que la persona que desea adoptar, debe ser mayor 15 años al niño que adopte. (Urna de Cristal, 2017).

En el mismo sentido, el ICBF ante la petición presentada respondió lo siguiente,

no está prohibida la adopción por parte de una madre sustituta, por lo que los interesados deben presentar su solicitud de adopción como cualquier otro solicitante interesado y

⁸ www.urnadecristal.gov.co/pregunta/como-es-proceso-de-adopci-n-una-madre-sustituta-que-tiene-a-ni-o-desde-que-naci-y

surtir todos los pasos indicados en la legislación vigente para obtener la idoneidad como familia adoptante.

Ahora bien, si la solicitud de adopción es determinada, es decir que si la solicitud de adopción está dirigida a adoptar a un niño, niña o adolescente específico, sólo es procedente en las excepciones contempladas en los artículos 66 y 67 de la Ley 1098 de 2006.

(...)

En conclusión, la actividad de las madres o padres sustitutos no corresponde a las excepciones contempladas en los artículos 66 y 67 de la Ley 1098 de 2006 y, por lo tanto, no procede la solicitud de adopción determinada, sino que deben surtir el proceso general contemplado para la solicitud de adopción prevista en el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción en el cual se establece el trámite de adopción nacional indeterminada. (ICBF, 2021)

Pese a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha abierto la posibilidad de excepcionar la prohibición de adopción determinada para las familias sustitutas. La Sentencia T - 851A de 2012 analizó el caso de una familia conformada por una unión marital de hecho de más de 21 años de convivencia y una hija de crianza de 11 años de edad. Esta familia se conforma como hogar sustituto y se les asigna el cuidado de tres niños menores de un año con discapacidad. Estos niños permanecen en el hogar sustituto por más de dos años y crean fuertes lazos de afecto con la familia sustituta. Lo que lleva a la familia a solicitar la adopción de los tres niños ante el ICBF. Esta entidad niega la solicitud de adopción aduciendo principalmente la brecha generacional entre los padres y los niños y la existencia de una sociedad conyugal vigente de uno de los compañeros permanentes. Ante esta solicitud el ICBF acelera el proceso de egreso de los niños del hogar sustituto. Para este proceso no tiene en cuenta los lazos afectivos que se han creado entre los niños y los padres sustitutos y la afectación que la separación puede causarles a los niños. La pareja presenta acción de tutela para evitar que los niños sean retirados del hogar sustituto.

La Corte Constitucional como medida cautelar ordena que se suspenda el retiro de los niños mientras se resuelve el recurso de revisión y procede a resolver sobre el caso. Dentro el

análisis hace un importante recorrido sobre la medida de hogares sustitutos, su importancia dentro del PARD y su importancia en la garantía de derechos de los niños en situación de vulnerabilidad, especialmente el derecho a tener una familia. Esta vulnerabilidad, dice la Corte, “no se reduce a la alimentación, la vivienda, el vestido y otras necesidades básicas de este tipo, sino sobre todo a las necesidades afectivas y la obligación de ayudarlos, cuidarlos y protegerlos para asegurar su bienestar físico, mental y social.” (Sentencia T - 851A de 2012)

La Corte después de realizar un análisis exhaustivo sobre la medida de hogares sustitutos y la situación de la familia sustituta y de los niños, concluye que,

i) la medida de colocación en el hogar sustituto es adecuada, en el orden en que se brinde amor y cuidado; ii) la prolongación de la estadía en hogar sustituto no da derecho automático a los padres sustitutos para que sean adoptantes, pero sí señala que debe realizarse un proceso de preparación adecuado de los niños para que sean adoptados; iii) quienes actúen como padres sustitutos y manifiesten su intención de adoptar, no pueden ser automáticamente descalificados, sino por el contrario deben tener prioridad y debe examinarse su solicitud a la luz del interés superior del menor de edad en protección. (Sentencia T - 851A de 2012).

Y, por tanto, ordena al ICBF que los padres sustitutos no sean descalificados como posibles adoptantes. Que se les someta al proceso de valoración como posibles padres adoptantes de los niños, teniendo en cuenta la fortaleza del vínculo existente, la posibilidad real de asumir el cuidado de niños con capacidades especiales y atendiendo al interés superior de los niños. Y que, en caso de que califiquen para la adopción, entren a ser considerados como preferentes en la adopción de los niños que tuvieron a su cargo en el hogar sustituto.

Respecto a los hechos de la sentencia, hay uno que llama especialmente la atención y es el de la actitud del ICBF cuando los padres sustitutos presentan la solicitud de adopción, la cual es repetitiva de parte de esta entidad y es incoherente con los propósitos del programa. Las madres sustitutas entrevistadas manifestaron que, cuando el ICBF realiza las visitas de seguimiento, intentan mostrar que no han creado lazos de afecto con el niño que tienen a su cargo, pues saben que esto podría tener como consecuencia el retiro del niño del hogar.

Una de las madres sustitutas entrevistadas, Jennifer, manifestó el deseo de su familia de adoptar el niño que tienen a su cargo desde hace 2 años. Su familia está conformada por su hijo de 6 años, su hija de 19 años y su cónyuge. Sin embargo, este deseo no lo han mostrado ante el ICBF, pues ven barreras muy grandes para adelantar el proceso. En palabras de ella, “el proceso es para gente adinerada” y ellos en el momento no tienen las condiciones para entrar en un proceso como ese, pues es muy largo y costoso, lo que los ha desmotivado a iniciarlo. Además, temen que si muestran el afecto que se ha generado con el niño, puedan reubicarlo. Esto ha llevado a su cónyuge a querer buscar a los padres biológicos del niño para que le firmen su adopción. Sin embargo, Jennifer sabe que así no funciona el proceso.

Lina señaló en la entrevista, que la madre sustituta que tuvo a cargo a su niña decía que en el ICBF les piden cuidar a los niños sin amor, lo que para ella era imposible, ante todo el amor que le inspiraban los niños. Esto no tiene sentido analizando la idea de familia sustituta, pues como hemos resaltado, el afecto y el amor son parte fundamental del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella. Y si el ICBF ya sea por su buen o mal actuar propicia que se generen estos lazos, debe así mismo propender por no afectar a los niños cuando estos tratan de romperse.

Por otra parte, la Sentencia T - 851A de 2012 no menciona propiamente la prohibición de la adopción determinada. Sin embargo, la está excepcionando para los padres sustitutos que quieren iniciar el proceso de adopción de los niños que han tenido a su cargo. Y lo hace en virtud de los lazos de afecto, de la garantía del derecho de los niños a tener una familia y el interés superior de los niños. Por esto, hemos considerado esta decisión de la Corte como una inaplicación tácita de los artículos 66 y 67 de la Ley 1098 de 2006 por incompatibilidad con la Constitución en el caso concreto, posibilidad consagrada en el artículo 4⁹ constitucional.

Excepción de inconstitucionalidad de la prohibición de adopción determinada

⁹ “ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

Como se ha mencionado, el artículo 4 de la Constitución Política establece que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Esta inaplicación de las normas inferiores a la Constitución se ha denominado dentro del ordenamiento jurídico colombiano como excepción de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional la ha definido como

una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política. (Sentencia SU - 132 de 2013).

En el mismo sentido ha dicho Martínez Marulanda (2020) que,

es una acción consagrada en el ordenamiento, cuya función u objetivo es salvaguardar la norma constitucional de violaciones directas o indirectas, que provengan o puedan provenir de la aplicación de una norma de inferior jerarquía. En este evento, la pretensión no es anular la norma, sino generar su inaplicabilidad. (p. 389)

Esta figura permite que en casos concretos excepcionalmente se inaplique la prohibición de la adopción determinada. Pero teniendo presente que la adopción no es un derecho de los padres sino de los niños, por lo que siempre prevalece el interés superior de ellos. Así, la Corte Constitucional ha reconocido expresamente la excepción de inconstitucionalidad frente a la adopción determinada en virtud de los lazos de afecto existentes entre adoptante y adoptivo. Uno de los casos donde lo hizo fue en la Sentencia T - 119 de 2016, donde manifestó lo siguiente:

en virtud de la normatividad y los precedentes (...), es posible concluir que el Código de la Infancia y la Adolescencia no permite dar el consentimiento o la autorización para adopciones determinadas. No obstante, es posible inaplicar dicha norma bajo la excepción de inconstitucionalidad, cuando existen vínculos de afecto y representaciones

familiares de los menores de edad hacia los posibles adoptantes, cuya alteración incidiría negativamente sobre su estabilidad emocional.

De esa manera, se trata entonces de lazos familiares de hecho creados por los niños a través del tiempo que, por la trascendencia para su estabilidad y desarrollo son merecedores de protección constitucional.

Se observa así que aun cuando los procesos de adopción se encuentran supeditados a las condiciones y requisitos que defina el Legislador, cualquier decisión administrativa o judicial que recaiga sobre un menor de edad debe tomarse para lograr su máximo beneficio, y evitarse a toda costa, adoptar una medida que pueda causarle un daño emocional, o que rompa los lazos afectivos que el niño, niña o adolescente ha construido como eslabón para adaptarse a la sociedad.

Así las cosas, toda autoridad pública debe entender que la situación de fragilidad en la que se encuentran los menores de edad frente al mundo, le impone al Estado cargas y compromisos mayores en la defensa de sus derechos. (Sentencia T - 119 de 2016).

Esta sentencia deja claro que en virtud del principio del interés superior del niño es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando efectivamente existen lazos de afecto, pues es muy usual que estos surjan en los hogares sustitutos por la permanencia prolongada de los niños en ellos. Además, porque los padres sustitutos son personas cuidadosamente seleccionadas para suplir el amor de una familia y ejercer la crianza de los niños. El ICBF establece unos requisitos estrictos que deben cumplir los padres sustitutos para demostrar su aptitud para cuidar a los niños durante las 24 horas del día, los 7 días a la semana. Por lo que ya hay un antecedente de que estos tienen idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño.

Por tanto, es perfectamente posible que una familia sustituta pueda iniciar un proceso de adopción determinada de uno o unos de los niños a su cargo, pero al ser una situación excepcional, no permitida expresamente por una norma, se deben probar los lazos afectivos creados entre los hijos y los padres sustitutos y la afectación que causaría a los niños ser separados de su familia sustituta.

Es lamentable que en estos casos el proceso de adopción, que de por sí es largo y estricto¹⁰, se vuelva aún más largo porque el legislador no se ha encargado de un tema del que es indispensable su regulación, pues está en juego el interés superior de los niños. Esto obliga a los padres sustitutos a acudir a otros procesos, como el trámite de la acción de tutela, para que se les permita iniciar el proceso de adopción de los niños que han tenido a su cargo, a través de la inaplicación por la excepción de inconstitucionalidad, lo que implica un desgaste para ellos. Esto desmotiva a las familias sustitutas a iniciar el proceso de adopción, tal como lo manifestó una de las madres sustitutas entrevistadas. Además, que es posible que mientras logran que se aplique la excepción de inconstitucionalidad en su caso concreto, el niño haya sido dado en adopción a otra familia, sin poder hacer mucho, ya que la adopción es generalmente irrevocable.

Es importante resaltar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad no implica que por el solo hecho de existir lazos de afecto entre los posibles adoptantes y los niños declarados en adoptabilidad se vayan a exceptuar todos los requisitos del proceso de adopción. Si bien, estos son muy importantes en el proceso de desarrollo y crianza del niño, no son lo único. Por tanto, los padres adoptivos deben someterse a las valoraciones psicosociales del ICBF para garantizar que sean aptos. El ICBF debe basarse en las valoraciones realizadas a los padres para emitir una decisión, la cual debe ser coherente y sin aludir a argumentos arbitrarios o subjetivos. Recordemos que la adopción es un derecho de los niños, no de los padres.

Conclusiones

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, a través de ella se permite el desarrollo de otros derechos, como lo son el derecho a ser amado, a la educación, a la recreación, al cuidado, entre otros. Al ser esta institución un derecho fundamental de los niños, los demás integrantes tienen el deber de brindarles bienestar físico y mental, pero no todas las familias cumplen con su deber. Por tanto, el Estado debe intervenir y propender por brindarles una

¹⁰ Ya que el proceso de adopción consta de: "i) una etapa administrativa en la cual la familia solicitante presenta formalmente su voluntad de adoptar, aporta los documentos y las certificaciones requeridas, participa en la preparación para la adopción, se somete a una amplia y rigurosa evaluación por parte de un equipo psicosocial y finalmente un comité experto otorga o no la idoneidad para la Adopción.

ii) Una etapa judicial en la cual un juez determina que el niño, la niña o el adolescente es hijo de sus padres adoptivos en todos los términos de la ley.

iii) La etapa de seguimiento, en la que se constatan las condiciones idóneas del entorno del menor de edad." (ICBF, s.f.)

familia que los ame, los cuide y los proteja, pues el derecho a tener una familia no hace referencia solo a la familia de origen, sino a aquella que está dispuesta a cuidar con amor. Porque lo que realmente importa es el interés superior del niño.

Los hogares sustitutos como medida de colocación familiar cumplen con su propósito de garantizar a los niños que se encuentran en un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos el derecho a tener una familia, cuando por alguna razón no pueden estar con la biológica o extensa. La mayoría de las familias que prestan este servicio solidario lo hacen con amor y con la finalidad de ayudar a estos niños.

El ICBF se encarga de seleccionar a las familias teniendo en cuenta diversos factores, lo que facilita que la que se constituya como hogar sustituto cumpla con la finalidad del programa. Sin embargo, el ICBF no ha tenido el suficiente cuidado con el tiempo de permanencia de los niños en los hogares sustitutos, dejando que este se prolongue más allá de lo permitido por la ley, propiciando que los lazos de afecto se fortalezcan con el paso del tiempo. Igualmente ha fallado al momento de realizar el egreso, pues no tiene en cuenta los lazos de afecto que se han creado, para evitar que el proceso de egreso del hogar sustituto sea traumático principalmente para el niño.

La adopción por parte de los padres sustitutos del niño o niños que han tenido a su cargo sería una medida apropiada para garantizarles el interés superior en algunos casos, cuando existe el deseo de adoptar, además teniendo en cuenta las bajas tasas de adoptabilidad que se presentan en el país. Sin embargo, la ley prohíbe la adopción determinada y los padres sustitutos no se encuentran dentro de los supuestos exentos de esta prohibición. Desde el principio del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos, la Corte Constitucional ha exceptuado esta prohibición en la adopción, aplicando la excepción de inconstitucionalidad, ya sea de manera expresa o tácita. Esta figura permite que en casos excepcionales se pueda realizar la adopción determinada fuera de las causales expresas que establece la ley. Pero hay que recordar que la adopción es un derecho de los niños y no de los padres, por lo que esto implica todo el estudio del proceso de adopción.

Dicho lo anterior, encontramos que hay alternativas para que los padres sustitutos puedan adoptar. Pero por ser algo excepcional, el proceso de adopción que ya es complicado se dificulta más. Por esto es necesario que el legislador se ocupe de este tema, para evitar enfrentarlos a

largos procesos para ser tenidos en cuenta en la adopción de los niños que han tenido a su cargo. Luego de los cuales, puede que ya se haya dado en adopción el niño a otra familia.

Respecto a las personas entrevistadas en este trabajo, encontramos que el amor y los lazos de afecto entre las familias sustitutas y los niños a su cargo son tan fuertes que, aunque el ICBF se encarga de separarlos y no brinda información de contacto, ellos han logrado mantener el contacto y el cariño en el tiempo. Esto lo han realizado por su propia cuenta, ya que el ICBF les ha afirmado verbalmente que está prohibido el contacto posterior al retiro del hogar, existiendo así una idea generalizada de que está prohibido mantener el contacto entre familias sustitutas y los niños que tuvieron a su cargo. Para corroborar esto se consultó la ley y los documentos del ICBF en los que se reglamenta la adopción y el programa de hogares sustitutos, pero no se encontró ninguno en el que estuviera esta prohibición, por lo que parece ser una norma consuetudinaria.

Ahora bien, si existiera dicha prohibición de manera expresa, esta sería una norma ineficaz, pues estamos en un mundo impactado por las redes sociales y la facilidad que estas brindan para encontrar a las personas y mantener la comunicación. Por lo que se ha facilitado que estas relaciones se mantengan en el tiempo cuando los niños son adoptados, son ubicados con la familia extensa o regresan con su familia de origen. Además, los lazos de afecto son tan fuertes que llevan a estas personas a esforzarse en la búsqueda de la persona de la que fueron separados, ya sea el niño o los padres sustitutos, para mantener la relación, aun teniendo en su consciencia la prohibición, que el ICBF dice que existe.

Bibliografía

Benítez Pérez, M. E. (2017). La familia: Desde lo tradicional a lo discutible The family: From the traditional to the controversial. *Novedades En Población*, 1(26), 58–68.
<http://scielo.sld.cu/pdf/rnp/v13n26/rnp050217.pdf>

Congreso de la República, Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia" (Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006 8 de noviembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-217 de 1994. Bogotá D.C. Colombia, 2 de mayo de 1994. MP Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-851A de 2012. Bogotá D.C., Colombia, 24 de octubre de 2012. MP Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-132 de 2013. Bogotá D.C. Colombia, 13 de marzo de 2013, MP. Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-070 de 2015. Bogotá D.C. Colombia, 18 de febrero de 2015. MP Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-018 de 2016. Bogotá D.C. Colombia, 20 de enero de 2016. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-. (s.f.). *¿Cómo es un proceso de adopción?*
<https://www.icbf.gov.co/adopciones/proceso-de-adopcion>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- (2016) *Ficha De Condiciones Técnicas Esenciales Para La Prestación Del Servicio Y/O Entrega Del Bien (FCT). Versión 4.0*
Bogotá D.C. Dirección de protección Subdirección de restablecimiento de Derechos ICBF. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/02-fct-acomp_psico-160519.pdf

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- (2017) *Lineamiento Técnico de Modalidades para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes, con Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados*. Bogotá D.C. Equipo Lineamientos Dirección de Protección – Subdirección de Restablecimiento de Derechos ICBF.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- (2017). Entornos protectores. Módulo 5. Vinculación afectiva. Bogotá D.C. Estrategia “Construyendo Juntos Entornos Protectores”. ICBF.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-(2021). Radicado No: 202120000000088171.
Respuesta a derecho de petición. Bogotá. ICBF.

Jiménez Valencia, F. (1998). La protección integral de la familia desde una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Privado*, 22(22).
https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri270.pdf

López-Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51–70.
<https://doi.org/10.11600/1692715x.1311210213>

Martínez Marulanda, J. D. (2020). *Fundamentos para una Teoría Instrumental del Derecho*. Tirant lo Blanch.

Orozco Gómez, L. J. (2019). *Los hijos del Estado: análisis de la construcción de la identidad en adolescentes PARD. Una perspectiva de vida desde los hogares sustitutos del ICBF en Facatativá*. Universidad Santo Tomás.

Pino-Montoya, J. W. (2014). La dinámica interna de las familias de las niñas y los niños beneficiarios de Hogares Sustitutos: El caso de la Corporación PAN de la ciudad de Medellín. *Entramado*, 10(2), 224–237.

Uribe Arzate, E., & Bustamante Medrano, M. G. (2019). Notas sobre el derecho humano a la familia como derecho motor para el ejercicio de otros derechos humanos. *Vniversitas*, 68(138). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj138.ndhf>

Vásquez Carvajal, V. C., & Estrada Jaramillo, L. M. (2016). Los hogares sustitutos como medida de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia. *Revista Derecho Público*, 37, 31. <https://doi.org/dx.doi.org/10.15425/redepub.37.2016.03>