



¿Qué tiene de especial la adopción internacional para los niños?

Angie Camila Patiño López

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

Asesora

Lina Marcela Estrada Jaramillo, Magíster (MSc) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2022

Cita

(Patiño López, 2022)

Referencia

Patiño López, A. C. (2022). *¿Qué tiene de especial la adopción internacional para los niños?* [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Estilo APA 7 (2020)



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

¿Qué tiene de especial la adopción internacional para los niños? *

Angie Camila Patiño López¹

Resumen

Este artículo pretende realizar un análisis sobre las adopciones internacionales en Colombia, a partir de la Resolución 4274 de 2013 emitida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), por medio de la cual se adoptan decisiones relacionadas con el programa de adopción. A su vez, analiza la prelación de adoptantes colombianos sobre extranjeros mencionada en la sentencia C – 104 de 2016 y en la Ley 1098 de 2006. Se parte de una investigación de tipo socio jurídico, utilizando el método analítico descriptivo, el cual se basa en el análisis de sentencias y resoluciones emitidas por el ICBF hasta el año 2021. Con esta investigación se logró identificar la diferencia entre los procesos de adopción nacional e internacional para explicar la problemática que afecta la adopción de niños sin características y necesidades especiales.

Palabras clave:

Adopción internacional, necesidades especiales, derechos de los niños, prelación de adoptantes.

* Trabajo final de la Profundización de la conformación de la familia en Colombia y la Profundización los Niños como Sujetos y Objeto de Protección. El trabajo fue asesorado por la docente Lina Marcela Estrada Jaramillo.

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: angie.patino@udea.edu.co

INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca aportar a la discusión en relación a la siguiente pregunta: ¿Cuáles fueron las implicaciones de la modificación introducida por la Resolución 4274 de 2013 emitida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en materia de adopción internacional y qué relación guarda con la prelación de los adoptantes colombianos sobre extranjeros, mencionada en la Sentencia C – 104 de 2016?

La adopción nacional e internacional es una medida de protección que se utiliza para restituir los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se debe recurrir a ella como última instancia, pues los vínculos familiares originales desempeñan un papel protagónico en la formación de los niños. Crecer y desarrollarse en entornos familiares agradables fomenta la expresión de valores y sentires positivos. En palabras de Suárez Palacio & Vélez Múnera (2018) “los hijos son el reflejo de las acciones y comportamientos de los padres” de tal suerte que la sociedad es la representación de cada núcleo familiar.

Frente a esta consigna, en la Carta Magna se consignan diferentes artículos dirigidos a salvaguardar el bienestar de los niños y su familia, entre ellos, el artículo 42, donde se considera a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, se garantiza su protección integral, se reconoce que hay diferentes formas de constituirla y que todos los hijos nacidos o habidos en ella gozan de iguales derechos. Por otro lado, el artículo 44 menciona algunos de los derechos fundamentales de los niños, entre ellos, el de tener una familia y no ser separados de ella.

Ante lo señalado, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 044 de 2014 menciona que si bien el derecho a tener una familia tiene rango constitucional “no es absoluto, de tal suerte que un niño puede ser separado de su familia, cuando se verifican una serie de circunstancias definidas por la ley y la jurisprudencia.” En otras palabras, esto ocurre cuando un funcionario competente determina que la familia original no cuenta con las capacidades necesarias para sobrellevar el desarrollo físico y emocional del niño. El Estado entonces tiene la facultad y la obligación de intervenir para garantizar su bienestar.

Por esta razón, el legislador colombiano permitió que en casos extremos el derecho fundamental a tener una familia sea relegado, no sin antes advertir que esta determinación debe estar

fundamentada en el Principio del Interés Superior del Niño, que “de acuerdo con la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política de Colombia, las y los niños no sólo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico.” (Corte Constitucional, Sentencia T- 044 de 2014) En consecuencia, todas las disposiciones normativas tienen que ceder o interpretarse en consideración a su situación de peligro.

Para desarrollar la pregunta de investigación el artículo se desarrollará en dos apartes temáticos: en un primer apartado se desarrollará la adopción nacional e internacional como medida de restablecimiento de derechos, regulada por la Ley 1098 de 2006 y otras disposiciones normativas, como el Convenio de la Haya del 29 de mayo de 1993 Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. El trámite de las adopciones internacionales y las características especiales en los procesos de adopción internacional; en el segundo momento se estudia la Sentencia C – 104 de 2016 de cara al Principio del Interés Superior del Niño. Finalmente, se presenta una crítica alrededor del sistema de prelación de adoptantes colombianos sobre extranjeros y los niños con y sin características y necesidades especiales.

I. LA ADOPCIÓN

La palabra adopción “proviene del latín adoptio, onem, adoptar adoptare, ad y optare, desear, que significa acción de adoptar o prohiar” (Gonzales, 2013, pág. 16). Esta figura tiene connotaciones legales, familiares y sociales. Legales entendiendo que “la adopción es una institución conocida en el derecho de familia desde la antigüedad.” (Senra, 2007, pág. 127). Familiares ya que es el núcleo de la sociedad y sociales por su organización en la comunidad, pues sus integrantes deben “vivir cumpliendo con los derechos y deberes que impone el Estado.” (López, 2016, pág. 5).

Federico Puig Peña define la adopción como “aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar la filiación legítima” (Peña, 1971, pág. 170). Por su parte, Colombia regula esta figura en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, en la cual se menciona:

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 2006, artículo 61)

En suma, la adopción es catalogada como una medida de protección que se desarrolla bajo la suprema vigilancia del Estado. Su objetivo principal es la reivindicación de los derechos de los niños y se debe recurrir a ella como última instancia para garantizar su bienestar. En principio es un mecanismo que se establece de manera irrevocable y genera relaciones paterno filiales entre personas que no comparten vínculos sanguíneos.

1. ANTECEDENTES DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción internacional surge como respuesta a las crisis familiares y a “los fenómenos ocasionados por las nefastas guerras mundiales” (Senra, 2007, pág. 131) fue admitida como una medida que intentaba regresar a los niños que habían perdido su familia, la posibilidad de tener un hogar. En palabras de Senra (2007), fue un hallazgo humanitario que hacía frente a la situación de emergencia que se vivía en aquella época, sin embargo, años más adelante, esta práctica se siguió

llevando a cabo, los motivos que permitieron su continuidad están relacionados a la infertilidad y al papel protagónico del Estado.

Las adopciones pueden ser nacionales e internacionales y en ambos casos se consideran como una medida de restablecimiento de derechos. Entendiendo que debe ser el último mecanismo al cual se debe recurrir para restablecer y proteger los derechos de los niños, en congruencia con el derecho de preservación de la unidad familiar.

Según un estudio realizado por Unicef “Desde el decenio de 1960 se ha registrado un aumento constante del número de adopciones internacionales.” (Unicef, 2018) Esta práctica contribuyó a que niños de todos los países pudieran encontrar un hogar en diferentes partes del mundo. No obstante, a su vez, las problemáticas relacionadas con el tráfico de personas, la explotación infantil, la separación de familias y el abandono de niños también se hicieron presentes. Frente a esta situación se ampliaron “los esfuerzos internacionales por garantizar que todas las adopciones sean lícitas, tengan carácter transparente y no supongan la explotación de los niños, niñas y familias involucradas en las mismas”.

Los esfuerzos de los Estados dieron como resultado la creación de legislaciones y dispositivos jurídicos tendientes a proteger y garantizar los derechos de los niños (Agudelo., 2019, pág. 11). Una de las herramientas más importante es el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993, su finalidad apela a garantizar que las adopciones internacionales respeten el Principio del Interés superior del Niño y reflejen los preceptos constitucionales que resguardan y protegen la supremacía de los derechos de los niños y su familia.

En la actualidad, este protocolo que surgió para atender casos de niños abandonados por guerras o desastres naturales continua con la protección del vínculo familiar, ya que establece que “se debe dar prioridad absoluta a la localización de sus familias y sólo deberá considerarse la posibilidad de la adopción internacional de un niño cuando todos los esfuerzos por localizar a su familia hayan resultado estériles y no existan soluciones estables en el país de origen del niño.” (Unicef, 2018)

2. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN COLOMBIA

Como se menciona, “la adopción es una medida excepcional que procede únicamente cuando las otras medidas de protección no han sido eficaces. Toda vez que se pretende proteger el derecho de los niños a permanecer con su familia de origen” (Estrada, 2016, pág. 159). Principalmente se encuentra regulada en la Ley 1098 de 2006. No obstante, hay otras disposiciones normativas que permiten su desarrollo. Está la Constitución Política de 1991 que en su preámbulo y en los artículos 2, 4, 5, 7, 13 a 16, 18, 28, 29, 42, 44, 45, 93, 94, 100 y 228 hacen alusión a la misma. También se encuentran los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por Colombia, como la Convención de los Derechos del Niño y el Convenio de la Haya del 29 de mayo de 1993 Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Este último convenio está “creado para asegurar que la adopción internacional tenga lugar en condiciones que ayuden a garantizar las mejores prácticas para la adopción y la eliminación de abusos.” (HCCH). Tiene como objetivo establecer normativas que garanticen y protejan los derechos fundamentales de los niños e instaura un sistema de cooperación entre los Estados para asegurar el respeto a dichas garantías y evitar de esta manera la sustracción, la venta o el tráfico de niños. En su capítulo III referente a las Autoridades Centrales y Organismos Acreditados, se menciona que todos los Estado contratantes deberán asignar a una Autoridad Central para dar cumplimiento a las obligaciones que impone la Convención. Entre sus funciones está la de promover la colaboración, proporcionar información y dar seguimiento de las adopciones por medio de estadísticas y formularios.

En Colombia con la Ley 75 de 1968 se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, organismo rector encargado de dar dirección y control de las adopciones nacionales e internacionales. Frente a esto, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 62 dispone que es la Autoridad Central en materia de adopción en Colombia. En consecuencia, le asigna la competencia atinente al desarrollo del Programa de Adopción nacional e internacional, acorde con los tratados y convenios internacionales que se ha ratificado al respecto. Igualmente dispone que “solamente podrán desarrollar programas de adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones debidamente autorizadas por este.” (ICBF, 2021)

De igual forma, el artículo 11 de este Código señala que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá definir los Lineamientos Técnico Administrativos para que se cumplan y se garanticen los derechos de los niños, niñas y los adolescentes. “Así mismo coadyuvar a los entes

nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas.” (Ley 1098 de 2006, artículo 11)

Como se observa, la adopción internacional además de estar regulada por las normas mencionadas y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se rige por los Lineamientos Técnico Administrativos y las Resoluciones emitidas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que finalmente es el Órgano encargado de dar dirección y control de las adopciones nacionales e internacionales, procurando que ellas se desarrollen bajo el Principio del Interés Superior del Niño.

3. TRAMITES DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Las adopciones internacionales al igual que las nacionales deben cumplir con una fase administrativa y otra judicial. Los extranjeros que deseen adoptar en Colombia deben consultar el sitio web del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y verificar si el país del cual se va a realizar la solicitud hace parte del Convenio de la Haya. De ser así, tendrá que dirigirse a la Autoridad Central o al Organismo Acreditado en su país para recibir la respectiva información. También puede consultar el sitio web de La Haya y verificar si su Estado hace parte de este convenio. En caso de que su país no haga parte del mismo, se debe contactar con la entidad responsable en materia de adopción internacional.

Como se menciona, en Colombia la adopción se rige por dos etapas. Según el procedimiento adopciones para familias residentes en el exterior versión número 2 (2019), cada una de ellas se puede sintetizar de la siguiente manera:

3.1 Fase administrativa en el proceso de adopción

La etapa administrativa es la primera fase del proceso de adopción, inicia cuando una familia, pareja o persona presenta formalmente su voluntad de adoptar. Esta solicitud junto con los documentos requeridos pueden ser presentados directamente ante el ICBF, cuando los adoptantes

se encuentren domiciliados en el país o ante la Autoridad Central u organismo acreditado en el país de recepción, cuando su domicilio está en el exterior. Una vez se realice formalmente la solicitud, esta información es ingresada a Sistema de Información Misional – SIM –, y es enviada de forma física al profesional psicosocial que corresponda de acuerdo con el orden de radicación para su estudio. Esta actividad se realiza máximo en los dos días siguientes a la presentación de la solicitud de adopción.

Posteriormente, se estudia la solicitud para determinar si la documentación y los requisitos son los adecuados. También se valida la idoneidad mental, moral, social y física requerida por la Autoridad Extranjera. En caso de que la información suministrada este completa y cumpla con los requisitos exigidos, se envía comunicación a la Autoridad Central u Organismo Acreditado para desarrollar el programa de adopción en Colombia. En caso de que la documentación o su contenido no sean los adecuados, se debe proyectar un oficio dirigido a la Autoridad Central solicitando la ampliación requerida. El adoptante puede interponer recurso de reposición o apelación según sea el caso. Si recibe una respuesta favorable puede continuar con el proceso de adopción, de lo contrario se devuelve al interesado los documentos aportados.

Culminada esta etapa, se ingresa la solicitud de adopción a la lista de espera, la cual es remitida al Comité de Adopciones, quien estudia la historia de atención del niño y las familias en lista de espera. Luego, con base en las necesidades y características de cada niño determina que aspirante y que niño tienen mayor afinidad, de encontrar una familia adecuada, realiza la asignación de acuerdo con la preselección aprobada y la registra en el acta. Posteriormente, el Comité notifica sobre la asignación a la Autoridad Central del Estado de recepción y Organismo Acreditado para la Adopción en Colombia, en caso de recibir respuesta favorable, se comunica esta determinación a la Defensoría de Familia para la preparación del niño.

Si la respuesta es negativa, se revoca la asignación y la solicitud vuelve a la lista de espera. Sin embargo, si tal determinación es Imputable a la Familia, se regresa el expediente a la Subdirección de Adopciones, quien reconsidera la idoneidad del aspirante y determina si continúa o no en lista de espera. Este análisis se lleva a cabo en los casos donde se logra percibir comportamientos o actitudes despectivas hacia los niños, como por ejemplo manifestaciones de discriminación por

razones de raza o religión. Se tendrá entonces que verificar si el aspirante cuenta con las condiciones personales y familiares que garanticen el desarrollo integral del niño.

Agotados estos pasos, el Defensor de Familia realiza una entrevista previa con el adoptante para aclarar o ampliar información. Posteriormente, programa el encuentro entre el niño y la familia adoptante, este acercamiento estará acompañado por el equipo psicosocial, quien recogerá información sobre la relación entre el niño y el adoptante. El informe de integración dará cuenta si esta etapa fue positiva o negativa. En caso de tener una respuesta afirmativa, se expide constancia de integración, la cual permite la salida del niño con su nueva familia. Cabe señalar que la adaptación entre el adoptante y el adoptado debe ser verificada, esto para evaluar si su integración fue positiva. En Colombia el Lineamiento Técnico Administrativo del ICBF establece un término de 3 días para los niños menores de 23 meses, de 5 días para los niños entre 2 y 7 años y de 8 días para los niños mayores de 8 años y los grupos de hermanos.

Por otra parte, si la constancia de integración fue negativa, se convoca nuevamente al Comité de Adopciones, quien evalúa si esta determinación es imputable a la Familia. De no ser atribuible, la solicitud regresa a la lista de espera para iniciar nuevamente la búsqueda. De ser imputable, se requerirá intervención y se analizará de nuevo la solicitud de adopción. Como último paso, el Defensor de Familia hará entrega de los documentos indicados en los artículos 124 y 125 de la Ley 1098 de 2006, para que mediante apoderado, la familia adoptante pueda iniciar el trámite judicial. La demanda entonces deberá estar acompañada de los siguientes documentos, según sea el caso:

- Copia de la providencia legal que acredite el estado de adoptabilidad, ya sea la resolución que declara la adoptabilidad, la resolución que autoriza la adoptabilidad, el consentimiento para la adopción o la homologación de la declaratoria de adoptabilidad.
- Documentos de identificación, como el registro civil del niño, niña y adolescente, registro civil del adoptante, registro civil de matrimonio o prueba de convivencia extramatrimonial.
- Certificación del ICBF o de la IAPA sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes, expedida con antelación no superior a seis meses.
- Constancia sobre la integración personal del niño, niña o adolescente con el adoptante.
- El certificado vigente de antecedentes penales o policivos de los adoptantes.

- La certificación actualizada sobre la vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución autorizada ante la cual se tramitó la adopción.
- La aprobación de cuentas del curador.
- Certificación expedida por la entidad gubernamental o privada oficialmente autorizada, donde conste el compromiso de efectuar el seguimiento del niño, niña o adolescente hasta su nacionalización en el país de residencia de los adoptantes.
- Autorización del Gobierno del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del niño, niña o adolescente.
- Concepto favorable a la adopción, emitido por el Defensor de Familia con base en la entrevista con los adoptantes y el examen de la documentación en que la entidad autorizada para efectuar programas de adopción recomienda a los adoptantes.

3.2 Fase judicial en el proceso de adopción

Esta fase inicia con la radicación de la demanda de adopción, una vez culminado este proceso se recibe copia de la sentencia judicial ejecutoriada y del nuevo registro civil del niño. Esta decisión debe ser comunicada al Defensor de Familia que haya estado a cargo del proceso. A su vez el secretario del Comité de Adopciones profiere auto que ordena la reserva por el término de 20 años y la subdirección de adopciones expide el certificado de conformidad.

3.3 Seguimiento

El seguimiento post adopción se realiza durante los 2 años siguientes a la sentencia de adopción y se compone de 4 informes. El primer informe se realiza después de 3 meses y los otros 3 cada 6 meses. La autoridad Central del país adoptante “deberá enviarlos a la regional o institución autorizada en la cual se hizo la asignación, debidamente apostillados, traducidos por traductor oficialmente autorizado y con registro fotográfico” (ICBF). Al cabo de la entrega del cuarto informe, el ICBF puede ordenar el cierre y el archivo del proceso, el cual continuará en reserva durante un término de 20 años contados a partir de la entrega del cuarto informe.

4. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

“La adopción internacional en Colombia inicia a partir del año 1993 amparada en el Convenio de la Haya.” (Velasco, 2020, pág. 9), desde entonces, familias extranjeras han tenido la posibilidad de adoptar y ser partícipes de los procesos formativos de los niños declarados en estado de adoptabilidad. Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar manifiesta que:

Respalda la adopción de niños, niñas y adolescentes tanto en el país como fuera de él, siempre que: no existan familias nacionales en igualdad de condiciones que estén dispuestas a adoptar niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales; y que el trámite se efectúe conforme a la Ley y prevalezca el interés superior del niño, niña o adolescente. (ICBF, 2013)

Para respaldar la finalidad que persigue el programa de adopciones, el ICBF ha implementado una serie de regulaciones y dispositivos que salvaguardan el bienestar de los derechos de los niños. Una de estas normativas es el Lineamiento Técnico Administrativo, que básicamente fue creado para que “las familias que van a iniciar o inician el proceso de adopción, los servidores públicos y las Instituciones Autorizadas que intervienen en los procesos de adopción, tengan claridad sobre el procedimiento de adopción de niños, niñas y adolescentes” (ICBF, 2021). Esto para garantizar que todos los trámites se realicen de conformidad con la Ley y exista control por parte de las autoridades.

Al mismo tiempo, el ICBF “trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, infancia y adolescencia, el fortalecimiento de los jóvenes y las familias en Colombia” (ICBF, 2021) función que lo faculta para emitir Resoluciones que son indispensables para asegurar su bienestar. Es el caso de la Resolución 4274 de 2013 “Por medio de la cual se adoptan decisiones relacionadas con el desarrollo del Programa de Adopciones en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar e Instituciones Autorizadas para Desarrollar el Programa de Adopción.” (Resolución 4274, 2013)

Ahora bien, tras la Sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional, Colombia decide suspender las adopciones internacionales en el año 2012. Sin embargo, con la expedición de la Resolución 4274 de 2013 el panorama de las adopciones internacionales cambia considerablemente, puesto

que con este nuevo lineamiento el Estado decide no recepcionar las solicitudes formuladas por familias extranjeras que deseen adoptar niños menores de seis años o un grupo de hermanos donde el mayor tenga hasta seis años y que, en ambos casos no existan características y necesidades especiales. Con esta determinación “se busca promover la adopción de niños con estas características” (Gaviria Muñoz, Pérez Buitrago, & Ramírez Agudelo, 2019, pág. 10) y darle prioridad a las familias colombianas que deseen adoptar.

Si bien esta no es la única variable que afecta el sistema de adopción, se puede vislumbrar que tras su expedición las adopciones internacionales han disminuido y las adopciones nacionales han tenido un incremento significativo en comparación de las extranjeras. Según el ICBF “esta tendencia se presenta por dos posibles razones: a) el número de familias extranjeras adoptantes ha disminuido y b) la prelación para la asignación de una familia nacional por parte de las instituciones competentes.”. Esta situación se puede constatar en la siguiente ilustración.

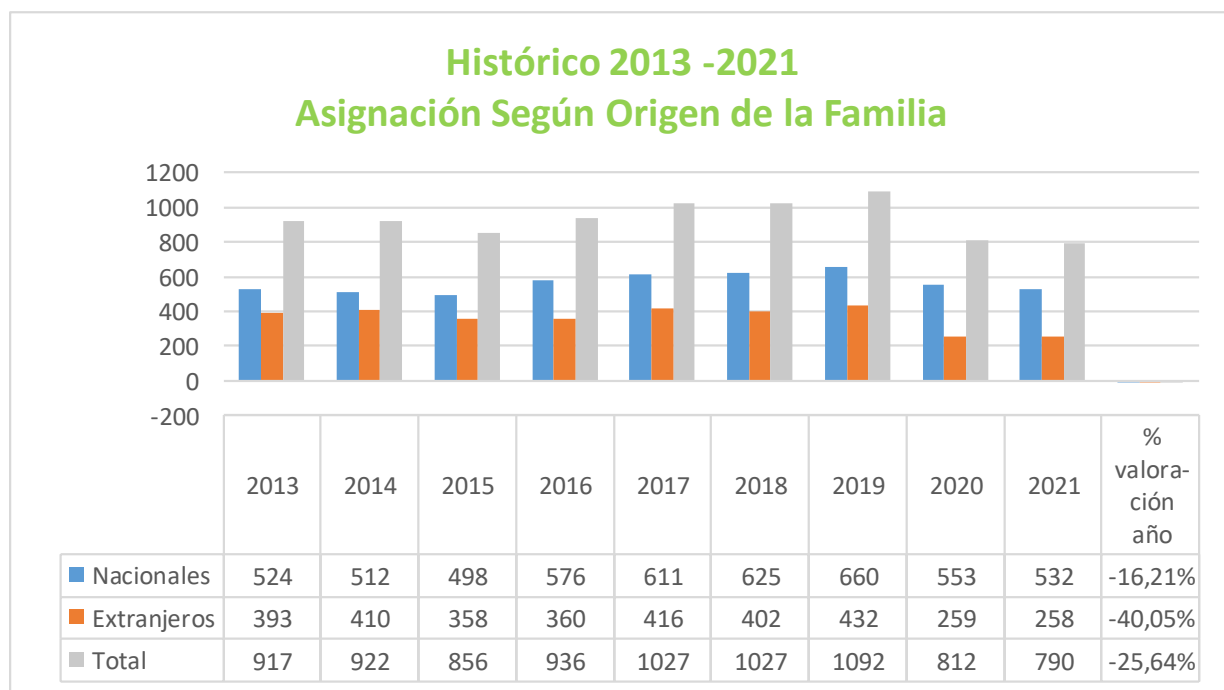


Figure 1. Asignación según origen de la familia. Fuente: (ICBF, 2021)

Por su parte, la Resolución 4274 de 2013 se modifica y se prorroga cada 2 años. Desde su vigencia se han expedido las siguientes disposiciones:

- Resolución 3792 del 12 de junio de 2015
- Resolución 0555 del 7 de febrero de 2017
- Resolución 1600 de 5 de marzo de 2019
- Resolución 1141 de 2 de marzo de 2021

Actualmente la Resolución 1141 de 2021 en su artículo 1ro suspende otros dos años la recepción de las solicitudes formuladas por las familias extranjeras con residencia habitual en el extranjero o en Colombia, que deseen adoptar un niño o niña sin características y necesidades especiales de cero a seis años de edad o que quieran adoptar dos hermanos donde el mayor tenga hasta seis años de edad y no tenga ninguna característica o necesidad especial. Por su parte, el parágrafo 2 menciona que para atender las solicitudes que estén dirigidas a niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales se deberá tener en cuenta los rangos de edad establecidos en el Lineamiento Técnico Administrativo del programa de adopción.

Este Lineamiento tiene la versión número 4, la cual tiene fecha del 19 de enero de 2021 y fue aprobado por la Resolución 0239 del 19 enero de 2021. El término necesidades especiales se lo utiliza para referirse aquellos niños que tienen una condición física, mental o comportamental, de raza, de edad o que pertenecen a un grupo de hermanos, que dificulta encontrar una familia adoptante. Algunos autores, como Estrada (2016) han denominado esta situación como “niños de difícil adopción”, ya que en algunos casos su “adopción es dispendiosa y problemática, incluso, ha llegado a que cumplan la mayoría de edad en una Institución Estatal.” Actualmente, se considera que un niño tiene características o necesidades especiales cuando tiene una o varias de las siguientes circunstancias:

- Tener diez (10) años o más.
- Pertenecer a un grupo de dos hermanos, donde el mayor de ellos tenga diez (10) años o más.
- Pertenecer a un grupo de tres (3) o más hermanos.
- Ser un niño, niña o adolescente con discapacidad

- Tener cualquier edad y presentar alguna enfermedad crónica, grave y permanente o condición que requiera atención especializada del sistema de salud.

II. ESTUDIO DEL CASO, SENTENCIA C – 104 DE 2016 “PRELACIÓN DE LOS ADOPTANTES COLOMBIANOS SOBRE LOS EXTRANJEROS”

La Sentencia C -104 de 2016 resuelve una demanda de inconstitucionalidad sobre los artículos 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006. En este análisis la Corte Constitucional revisa los conceptos y características de la adopción infantil y la aplicación de la prelación de adoptantes colombianos sobre extranjeros. Se hace entonces necesario estudiar esta providencia para comprender los efectos que tuvo la Resolución 1141 de 2021 en el sistema de adopción. Del mismo modo, permite vislumbrar la problemática que yace en los procesos de adopción internacional, pues como se verá más adelante, la Resolución y la prelación trazan un panorama diferente para la adopción de niños con características y necesidades especiales.

Como se menciona, la Corte Constitucional analiza la prelación que se otorga a las solicitudes de adopción presentadas por familias colombianas sobre las extranjeras, de cara al derecho de igualdad. La Corporación señala que se trata de una medida adecuada, que respeta los lineamientos internacionales que direccionan la adopción internacional y que protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Antes de abordar los hechos que dieron lugar a la sentencia, para que el lector tenga una visión amplia de la discusión, es menester mencionar que, si bien la adopción nacional como internacional confluyen en la etapa de asignación, el trámite es diferente para cada una de ellas. Esta distinción según la Corte Constitucional proviene de los artículos 71 a 73 de la Ley 1098 de 2006.

En primer lugar, el artículo 71 establece la preferencia de las solicitudes presentadas por los y las colombianas sobre las solicitudes presentadas por familias extranjeras. En segundo lugar, el artículo 72 alude que las adopciones internacionales, además de estar regladas por las disposiciones del derecho interno, se rigen por los tratados y convenios internacionales ratificados sobre la materia, en especial, el Convenio de la Haya de 1993, Relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Por último, el artículo 73 reconoce la

responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las Instituciones Autorizadas por este, para que a través del Comité de Adopción seleccione de manera adecuada las familias colombianas y extranjeras que deseen adoptar.

Hechos:

El ciudadano Elkin Camilo Jiménez Barón instauró demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 71 (parcial) de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. El cual se encuentra redactado de la siguiente manera (se subraya texto demandado):

Artículo 71.- Prelación para adoptantes colombianos. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por éste para adelantar el programa de adopción, preferirán, en igualdad de condiciones, las solicitudes presentadas por los y las colombianas, cuando llenen los requisitos establecidos en el presente Código. Si hay una familia colombiana residente en el país o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la familia colombiana, y si hay dos familias extranjeras una de un país no adherido a la Convención de La Haya o a otro convenio de carácter bilateral o multilateral en el mismo sentido y otra sí, se privilegiará aquella del país firmante del convenio respectivo. (Ley 1098 2006, artículo 71)

Demanda:

El demandante considera que el precepto demandado es contrario a la Constitución Política, por cuanto sin justificación alguna, prevé un trato diferencial que discrimina a los extranjeros al momento de adoptar. Menciona que se desconoce la Norma Superior en dos oportunidades. En primer lugar, cuando elude el artículo 13 que dispone que, “Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, entre otros (...)”. (Constitución Política., 1991) En segundo lugar, cuando omite el artículo 100, el cual señala que “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos.” (Constitución Política., 1991) Situación que termina generando la discriminación hacia los extranjeros en razón de su nacionalidad.

Además de las normas constitucionales señaladas, el ciudadano manifiesta que se desconocen las disposiciones de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. Siendo el caso de los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo primero referente a la libertad e igualdad en dignidad y en el artículo segundo referente a los derechos que tienen los seres humanos por el simple hecho de nacer. Los cuales son concedidos “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, de origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

De esta manera, el actor manifiesta que no comprende cómo la nacionalidad de un adoptante pueda incidir en la finalidad que persigue la adopción. Menciona que en su análisis logra vislumbrar un “trato diferenciado al momento de adoptar, pues se prefiere al nacional sobre el extranjero, sin que dicha distinción tenga un soporte objetivo y razonable.” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016) Sostiene que, si el objeto de la adopción es crear una relación paterno-filial entre personas que no comparten lazos sanguíneos, el examen al que deben ceñirse las autoridades competentes “es el de valorar la capacidad, aptitud e idoneidad del adoptante, a partir de exigencias netamente objetivas, como las que se consagran en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006”. (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016)

Siguiendo con la idea, este artículo hace referencia a los requisitos que se necesitan para adoptar. Entre las condiciones se señala que el sujeto debe ser capaz, tener 25 años de edad, tener 15 años más que el adoptable, y garantizar la idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Además, el artículo establece quienes podrán adoptar, siendo estas las personas solteras, los cónyuges conjuntamente, los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos de dos años, el guardador del pupilo y el cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años.

Análisis y consideraciones de la Corte Constitucional:

Frente a la acusación del demandante la Corte Constitucional analiza la posible vulneración de dos normas. Por un lado, el artículo 13 de la Constitución Política referente a la igualdad de trato y a la prohibición de discriminación por razones de origen nacional. En concordancia con lo estipulado en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, referentes al derecho

de igualdad y al reconocimiento de derechos y libertades sin distinción alguna por razones de raza, color, sexo, origen nacional o social, entre otros. En segundo lugar, el artículo 100 de la Constitución Política, en el cual se consagra que “los extranjeros disfrutaran en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos”. (Constitución Política., 1991)

En el primer acercamiento que tiene la Corte con la demanda, determina si el ciudadano cumple con los mínimos argumentativos requeridos para presentar la Acción Pública de Inconstitucionalidad, contemplada en el artículo 40 de la Constitución Política. Para cumplir con ello, el actor debe identificar a quienes o a que sujetos se les está otorgando un trato diferencial, en qué sentido se da la diferenciación y en base a qué criterios se presenta.

Respecto de la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, la Corte determina que el accionante consigue demostrar tal afirmación. En primer lugar, porque logra identificar la población objeto de tratos distintos o discriminatorios, esto es, los extranjeros que quieren y pueden adoptar a un menor de edad en Colombia respecto de los nacionales. En segundo lugar, señala que la distinción proviene del artículo demandado, el cual ofrece un trato discriminatorio al momento de proceder a la asignación de una familia al niño, niña o adolescente declarado en adoptabilidad. En tercer lugar, establece que tal distinción se da con base en el criterio de la nacionalidad, que atenta directamente contra los postulados Constitucionales y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

No obstante, no ocurre lo mismo con el artículo 100 del Texto Superior, pues el actor se limita a transcribir una parte del mismo, sin especificar ni mencionar las razones por las cuáles se presenta su vulneración. El texto que ignora el demandante señala lo siguiente:

Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la Ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. (Constitución Política., 1991)

Esta sección del artículo permite que por mandato constitucional y siempre que existan razones de orden público, el legislador este facultado para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. No obstante, esta autoridad no se

aplica a los derechos fundamentales, pues estos son inherentes a la persona humana y tienen un carácter universal.

Otra de las falencias, es que el actor no identifica cual es el derecho civil transgredido. La Corte determina que en caso de que el accionante haya querido referirse a un aparente derecho de adoptar, este no identifica, ni explica el motivo por el cual, a pesar de que existe una autorización constitucional, que permite subordinar o negar el ejercicio de ciertos derechos civiles, esta habilitación resulta improcedente al caso concreto. En segundo lugar, la Corte señala que la adopción es una medida de protección encaminada a suplir las relaciones de filiación que tenía el niño. Por tanto “la adopción no está encaminada a dar un niño a una familia, sino una familia a un menor de edad que la necesita, restableciendo con ello, en cuanto sea posible, los lazos de la filiación”. (Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015). Por tanto, no existe como tal el derecho de adoptar.

Una vez se determina que no existe vulneración del artículo 100 del Texto Superior, la Corte se dispone a establecer el marco de transgresión del artículo 13. Para ello decide disponer de otros preceptos no demandados, por medio de la figura de la integración normativa. Determina que el artículo 71 parcial demandado carece de sentido regulador propio y autónomo, por fuera del enunciado normativo del cual hace parte. Razón por la cual se integra el artículo 73 de la misma Ley a la discusión. Este artículo regula el programa de adopción, que finalmente es donde se crea la preferencia de las familias colombianas sobre las extranjeras. Específicamente su inciso número tres, el cual señala que “(...) En la asignación de familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este Código.”

No obstante, antes de abordar el análisis de los artículos 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006, la Corte Constitucional realiza las siguientes de consideraciones:

Análisis de la adopción en la decisión

La Corte señala que se trata de un mecanismo de restablecimiento de derechos, al cual se debe recurrir única y exclusivamente cuando se hayan agotado las otras medidas contempladas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006. En los casos en que los niños no cuenten con una familia que los asista, la Institución que conozca de su situación, deberá extender una búsqueda hasta el sexto

grado de consanguinidad. Con la finalidad de que el niño pueda quedarse con su familia de origen o su familia extensa. Agotada esta etapa “es el Estado quien debe ejercer la defensa de sus derechos al igual que su cuidado y protección” (Corte Constitucional, Sentencia T-844 de 2011). De ahí que, la intervención Estatal debe ser necesariamente subsidiaria, pues antes de proceder con la adopción se deben estudiar otros mecanismos.

Con esta medida se logra establecer un límite a la acción Estatal, se reafirman los postulados del Principio del Interés Superior de los Niños y se vigila que las actuaciones institucionales no se desarrollen en contra de los derechos y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes. En palabras de Contreras (2015), este Principio “obliga a diversas autoridades e, incluso, a los tribunales e instituciones privadas, a estimar el interés superior de los niños y niñas como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones”. En Colombia este principio se encuentra reflejado en el artículo 44 de la Constitución Política. Este apartado enumera un número no taxativo de los derechos del niño, donde cada uno de ellos contribuye en la materialización de otro.

Retomando lo expuesto por la Corte, el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 regula lo correspondiente a la adopción. Institución creada para suplir la carencia de las relaciones filiales naturales, por medio del deber Estatal de proporcionar una familia a los niños, niñas y adolescentes que por distintos motivos no la tienen. Por tanto, si la adopción nace como una medida excepcional para proporcionar un hogar a un niño que carece del mismo, mal estaría señalar que la adopción tiene por objetivo brindar un hijo aquellas personas que no pueden tenerlo.

En esta medida, el Estado mediante el Congreso de la República ha definido las condiciones, los requisitos y las exigencias que se deben acreditar en la adopción. Cabe señalar que la potestad legislativa no es libre, pues se encuentra limitada por la Constitución Política, quien evita que se impongan tratos desiguales sin que existan “criterios objetivos y razonables, a partir de la consideración del Interés Superior del Niño.” (Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015) A su vez, el legislador ha reconocido como Autoridad Central en materia de adopción al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien guiado de las disposiciones emitidas por el congreso ha desarrollado los programas de adopción en su ámbito nacional e internacional.

En consecuencia, la adopción en Colombia está regulada por distintas disposiciones, las emitidas por el Congreso de la República como la Ley 1098 de 2006, las ratificadas por el Estado como el Convenio de la Haya de 1993, Relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de

Adopción Internacional, las directrices del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las demás disposiciones que de alguna manera u otra intervienen en la regulación de la adopción. Frente a lo señalado, las adopciones internacionales deben acogerse tanto a las normas internacionales como a las disposiciones del derecho interno.

Prelación de adoptantes colombianos

Agotado el trámite que la legislación colombiana prevé para realizar la solicitud de adopción y de no existir problemas con los documentos, el aspirante ingresa a la lista de espera. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar menciona que para dar aplicación al artículo 71 de la Ley 1098 de 2006 que estipula la prelación de los adoptantes colombianos, “se constituyen dos listas separadas: una para las solicitudes de familias colombianas y otra para las familias extranjeras.” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016) La siguiente etapa es la asignación de familia al niño, niña o adolescente. Se tienen en cuenta las solicitudes más antiguas y se presentan al comité de Adopciones del ICBF o de las IAPAS tres opciones diferentes por cada niño, niña o adolescente.

Para la asignación de familias se tienen en cuenta dos criterios. El primero corresponde a garantizar el Interés Superior de los Niños, por lo que “se analiza las características y necesidades que presenten (...), así como las herramientas personales y externas con que cuentan los solicitantes para atenderlas y satisfacerlas de manera integral” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016). A su vez, el segundo criterio señala que para la prelación de adoptantes colombianos sobre los extranjeros se debe tener en cuenta la “igualdad de condiciones.” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016) Este criterio se aplica a los casos que existen dos familias con las mismas capacidades y herramientas, y consiste en dar prioridad o preferencia a las familias colombianas.

En consecuencia, el Tribunal aclara que el inciso 3 del artículo 73 de la Ley 1098 de 2006 “no se establece de forma absoluta ni tiene aplicación inmediata” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016). Este proceso debe estar guiado por la igualdad de condiciones. Por tanto, el examen que realiza el Comité debe priorizar “el Interés Superior del Niño y, debe asegurar que el perfil de los solicitantes se ajuste a las necesidades de los niños, niñas o adolescentes” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016). De esta manera, en caso de que los aspirantes no cumplan con las necesidades o sean incompatibles con el perfil del niño, volverán a la lista de espera. El aspirante podrá ser llamado en cualquier momento y se surtirá de nuevo el análisis hasta que el resultado sea

exitoso y se expida el certificado de integración. Cabe señalar que, esta prelación únicamente se presenta en el momento de la asignación familiar.

Respecto de la decisión

Para continuar con el análisis, es pertinente responder la siguiente pregunta: ¿La preferencia señalada en los artículos 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006 persigue una finalidad legítima y constitucionalmente importante o vulnera el derecho fundamental de los niños a tener una familia?

Frente a esta cuestión, la Corte Constitucional menciona tres premisas importantes:

En primer lugar, estipula que la norma reconoce los compromisos asumidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de la Haya de 1993, correspondientes a la preferencia de las familias del país de origen mediante “la incorporación del principio de subsidiaridad de la adopción internacional.” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016)

En segundo lugar, la Corte determina que Colombia atiende las recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, en sesión del 2 de junio de 2006. Donde se menciona una “preocupación por el aumento de las adopciones realizadas por extranjeros y le recomiendan al Estado colombiano “dar prioridad a las adopciones nacionales.” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016)

En tercer lugar, en la aplicación del artículo 73 de la Ley 1098 de 2006 referente a la prelación, se menciona que se debe tener en cuenta la igualdad de condiciones a partir del examen del Interés Superior de los Niños. Frente a este punto, la Gaceta del Congreso No. 419 de 2006, señala una cuestión preocupante:

Los niños de siete, ocho, nueve, diez años que están en hogares de Bienestar, no son solicitados en adopción por padres colombianos por regla general; en cambio hay familias extranjeras que están dispuestas adoptar un niño colombiano de diez años, de doce años, de quince años o de ocho años. En esas circunstancias se puede otorgar la adopción, pero en igualdad de condiciones. (Congreso de la República 2006)

Con base a lo señalado, la Corte Constitucional determina que los preceptos demandados no buscan excluir a los extranjeros de la posibilidad que tienen de adoptar. Lo que proponen estas normas es que en una igualdad de condiciones se verifiquen y se estudien los perfiles de los solicitantes, de

tal modo, que se elijan aquellos que se ajusten a las necesidades del niño. Culminada esta etapa y en caso de que ambos solicitantes puedan brindarle al niño las mismas atenciones con base a sus características, se procederá a dar preferencia a los adoptantes nacionales. Cabe señalar que esto no significa que los extranjeros sean considerados último recurso, simplemente se aplica el criterio de “subsidiaridad”. (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016)

Por otro lado, si bien la Corte reconoce que ambos aspirantes pueden proporcionar un nivel igual o similar de protección a un niño, no hay que desconocer que los extranjeros tienen valores culturales, históricos, lingüísticos y étnicos diferentes a los nacionales. De tal modo que una adopción de su parte implicaría “la imposibilidad de resguardar derechos, como la preservación de la identidad cultural, los valores nacionales y sobre todo una realidad multicultural como la que refleja la composición de los habitantes del Estado colombiano”. (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016) Es razonable entonces que el legislador haya preferido la adopción realizada por nacionales. Frente a este punto, la Corte aclara que los colombianos con residencia en el extranjero no pierden esta preferencia, pues finalmente lo que se busca con esta norma es proteger la identidad, preservando la cultura de los niños, niñas y adolescentes.

Siguiendo esta línea, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha determinado que priorizar las adopciones nacionales sobre las internacionales “implica una reducción del impacto de los efectos complejos e incluso traumáticos que a veces sigue el proceso de adopción.” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016) Por su parte, cuando el Convenio de la Haya de 1993 hace alusión a la adopción internacional señala que esta medida representa una gran ventaja para aquellos niños que no encuentran una familia adecuada en su Estado de origen. Por esta razón, para que sea aplicado es necesario que se agoten todas las posibilidades de radicar al niño en el mismo país. Esta consideración va de la mano con la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya 1993 que señala:

La subsidiaridad significa que los Estados Parte del Convenio reconocen que un niño debe ser criado por su familia de origen o su familia amplia siempre que sea posible. Si esto no es posible o viable, deberán ser consideradas otras formas de cuidado familiar permanente dentro del país de origen. Solamente después de haya sido dada la debida consideración a

las soluciones nacionales debe considerarse la adopción internacional, y solamente si responde al Interés Superior del Niño. (HCCH, La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional. Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya 1993. Guía No. 1, 2008)

Por otra parte, si bien la adopción implica la ruptura del parentesco de consanguinidad, al niño que es adoptado le asiste el derecho al reencuentro con su familia de origen. En palabras del ICBF este “trámite consiste en la búsqueda activa de la familia biológica del adoptado” (ICBF, 2021). Mediante este rastreo, el niño puede conocer sus raíces y con ello forjar su propia identidad. Frente a lo cual, la Corte señala que “la permanencia del niño en el Estado de origen se convierte en una garantía adicional que brinda una mayor probabilidad de cumplimiento del citado derecho” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016).

Otra de las razones que da soporte a la adopción nacional, es que el niño no estará expuesto a entornos familiares y sociales extraños. Es decir, no estará rodeado de personas que quizás no comparten los mismos rasgos físicos, creencias o hábitos culturales. Es entonces que en aras de proteger la cultura y el componente étnico del niño, se intenta evitar que este salga del país. En palabras de la Corte se busca que los niños no estén sometidos a escenarios donde “se convierten en unos extraños respecto de los caracteres o rasgos predominantes de la familia y de la sociedad, con el riesgo de que se presenten contextos que menoscaben la construcción de un modelo de vida.” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016)

Síntesis de la decisión

Frente a lo expuesto, la Corte concluye que la prelación descrita en los art. 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006 no desconoce la posibilidad que tienen los extranjeros de adoptar en Colombia. Tampoco “les impone restricciones que dificulten o generen barreras irrazonables respecto de los nacionales”. (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016) Señala que la prelación se aplica teniendo en cuenta el Principio Interés Superior de los Niños y únicamente procede cuando existe la igualdad de condiciones entre los adoptantes. Por otra parte, la adopción internacional no puede ser catalogada como último recurso para asegurar el derecho de los niños a tener una familia, pues simplemente el legislador colombiano de conformidad con los artículos 150 y 93 de la Constitución Política, otorgó el carácter de subsidiariedad a la adopción internacional.

Además, menciona que con esta medida se cumple los fines constitucionales como, la prevención de riesgos asociados a factores de seguridad, se desarrolla de manera más completa el control post adopción, se asegura que el Estado y sus Instituciones actúen de forma diligente en los casos donde es necesario restablecer nuevamente los derechos de los niños y brindar alternativas en la materialización de la búsqueda de orígenes. Finalmente “permite preservar, a partir de un examen de idoneidad y conducencia, la identidad cultural de los niños colombianos, sus valores nacionales y su componente étnico, en un contexto en el que no se sacrifican derechos, principios o valores constitucionales” (Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016)

III. EXCLUSIÓN EN EL SISTEMA DE ADOPCIÓN

Por lo anterior, se puede observar que la prelación de adoptantes colombianos sobre extranjeros no es un criterio de vulneración de derechos, puesto que se realiza teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño, sus necesidades y las capacidades que tienen los adoptantes de suplir a cabalidad sus exigencias físicas y psicológicas. No obstante, el problema yace en la exclusión que se realiza a los niños, niñas y adolescentes sin características y necesidades especiales. Como se observa en la ilustración No. 2, la asignación familiar es inferior para estos niños.



Figura 2. Comparativo: Niños sin y con características y necesidades especiales. Fuente: (ICBF, 2021)

Ahora bien, la Resolución 1141 del 2 de marzo de 2021 expedida por el ICBF, suspende nuevamente la recepción de solicitudes formuladas por familias extranjeras que deseen adoptar en Colombia, salvo aquellas que estén dirigidas a los niños con características y necesidades especiales. Esto significa, primero, que los extranjeros no podrán adoptar niños sin estas características. Segundo, en las adopciones internacionales es posible realizar un estudio en igualdad de condiciones entre aspirantes nacionales y extranjeros. Tercero, en las adopciones de niños con características y necesidades especiales existe un mayor análisis respecto de los solicitantes, por cuanto se estudian las solicitudes nacionales e internacionales.

Es evidente entonces que esta Resolución genera una exclusión en el sistema de adopción, donde quienes más se ven afectados son los niños sin estas características; la vulneración de su derecho a tener una familia y el desconocimiento del Principio del Interés Superior del Niño, se pueden evidenciar en los siguientes escenarios:

Primero, no es posible realizar un estudio en “igualdad de condiciones”, pues su adopción solo está permitida a familias nacionales, de ahí que, el examen que realiza el Comité de adopciones sobre la asignación familiar se encuentre limitado a las familias colombianas. Sin embargo, el estudio que se realiza en estos casos no afecta los postulados del derecho interno y externo, pues según la Sentencia C – 104 de 2016, el estudio en igualdad de condiciones no beneficia directamente a las familias colombianas, por cuanto se analizan las necesidades que tienen los niños en estado de adopción, se compara su perfil con el de los solicitantes y de tener las mismas aptitudes, se da prelación a la familia nacional.

Entonces, resulta claro que sin este estudio se ignoran perfiles que podrían adaptarse mejor a las exigencias y necesidades de cada niño. Más teniendo en cuenta que existen casos donde el Comité de adopciones no ha encontrado una familia adecuada para cada niño. Esta situación se evidencia en la figura No. 3 donde el número de niños con familia asignada es inferior al número de niños presentados por el Comité. Por ello, es importante indagar que factores inciden en esta problemática, pues el porcentaje de niños sin asignación familiar es inferior en un 50% al de los niños que si logran la asignación.

Comportamiento 2021 Niños Presentados a Comité Vs. Niños con Familia Asignada

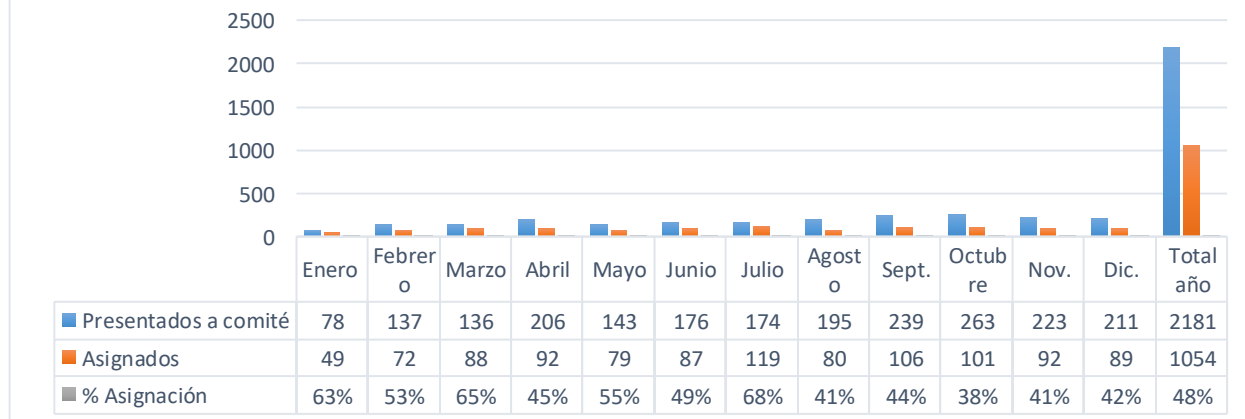


Figura 3. Comparativo: Niños con y sin familia asignada. Fuente: (ICBF, 2021)

Segundo, los niños menores de 10 años sufren las consecuencias del tiempo. Como se menciona, el Lineamiento Técnico Administrativo Versión 4 del ICBF establece que, una de las circunstancias que hace que un niño, niña o adolescente sea catalogado en el grupo de niños con características y necesidades especiales, es tener la edad de 10 o más años, o pertenecer a un grupo de dos hermanos, donde el mayor de ellos tenga 10 o más años de edad. Esta barrera de tiempo es realmente peligrosa, pues las familias colombianas “prefieren la adopción de niños sanos, recién nacidos hasta los seis años” (Estrada, 2016, pág. 9) lo que claramente termina afectando a todos los niños que tienen una edad superior a los 6 años e inferior a los 10 años. En la siguiente ilustración se puede constatar que la adopción de niños con estas edades es inferior a la adopción de niños menores de 6 años.

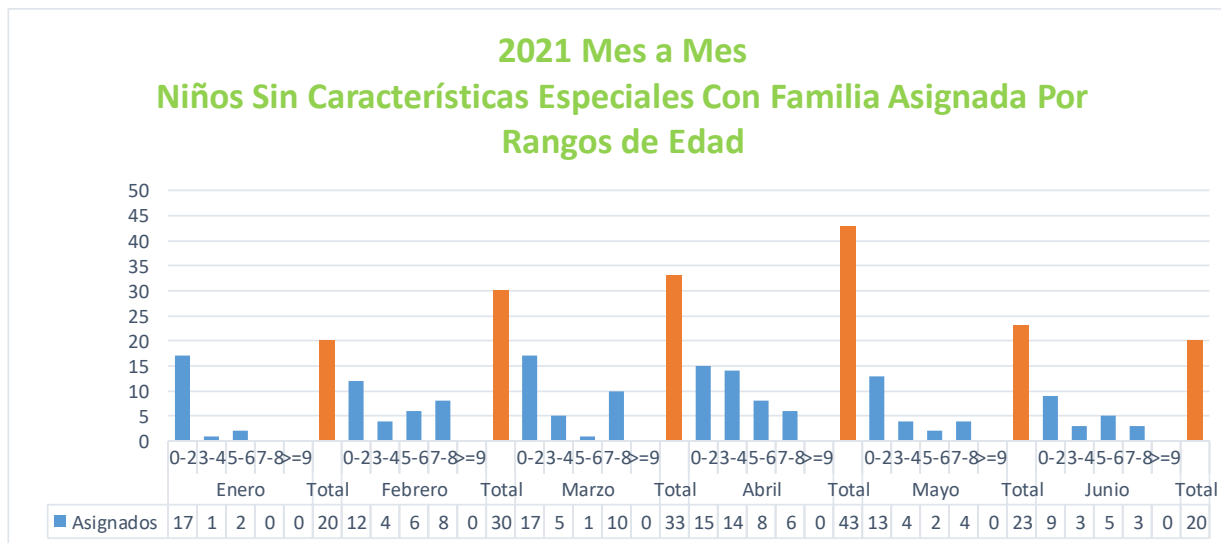


Figura 4. Niños sin características especiales con familia asignada. Fuente: (ICBF, 2021)

En los dos escenarios planteados, la medida adoptada por el ICBF limita las decisiones del Comité de adopciones y desconoce tres supuestos fundamentales. Primero, la necesidad que tienen los niños de pertenecer a un grupo familiar, pues según Suarez, Orrego, Acosta & Pino (2016) “Los seres humanos nacemos en un estado de absoluta dependencia hacia los demás, no solo para cubrir necesidades biológicas y fisiológicas, sino también psicológicas y emocionales que garanticen nuestra supervivencia y desarrollo pleno.” En segundo lugar, pueden existir familias extranjeras interesadas en la adopción de los niños sin estas características y, en tercer lugar, las familias extranjeras pueden tener igual o mejores capacidades para cuidar a un niño.

Finalmente, como se advierte en los dos casos, los derechos fundamentales de los niños, como el de tener una familia, se ven vulnerados por esta disposición, pues el Estado en su afán de procurar la permanencia del niño en el país de origen, ha desconocido la verdadera finalidad de la adopción y del Convenio de la Haya de 1993, que, por su parte, no menciona esta restricción, no prohíbe las adopciones internacionales, ni tampoco las designa como último recurso. Por el contrario, establece que este puede ser un mecanismo muy útil para garantizar que niños que no encuentran una familia en su Estado de origen, puedan encontrarla en otros países, siempre y cuando tal determinación esté justificada por el Principio del Interés Superior del Niño.

CONCLUSIONES

La investigación concluye que, en torno a las adopciones internacionales, su especialidad y la prelación de sus aspirantes, se puede dar respuesta a los diferentes interrogantes que surgieron a lo largo de este escrito. Primero, la prelación establecida en los artículos 71 y 73 de la Ley 1098 de 2006 representan un mandato constitucional, pues tanto la legislación nacional como los convenios ratificados por Colombia, buscan proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes y los de sus familias.

Por su parte, la prelación para adoptantes colombianos señalada en el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, trata sobre la preferencia que se da a la familia colombiana cuando esta es sin lugar a duda la mejor opción para el niño. Con esta medida se logra garantizar que los niños estén lo más cercanos posible a su “identidad personal de origen” (Senra, 2007, pág. 133). Es decir, que pueda continuar cerca de personas que conoce, instituciones que son parte de su día a día, ciudad natal o país de origen. Sin embargo, con esta medida se desconoce que “no siempre la adopción nacional se revela como la mejor solución para todo niño, especialmente para niños grandes que desean borrar su difícil pasado y empezar de nuevo desde cero” (Boriani, 2016, pág. 421)

También se descubrió que la Resolución 1141 de 2021 está relacionada con la prelación de adoptantes colombianos establecida en el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, se conoce que en virtud de esta restricción los niños sin características y necesidades especiales no pueden ser partícipes de las adopciones internacionales. Por cuanto, el Comité de adopciones tendrá que esperar a que familias colombianas estén interesadas en su adopción, cerrando de manera tajante la posibilidad de realizar un estudio en “igualdad de condiciones” entre adoptantes nacionales y extranjeros. Otra de las problemáticas es que los niños que no hacen parte de esta lista tendrán que esperar mucho más tiempo para ser candidatos en las adopciones internacionales. En la mayoría de los casos, su larga espera termina convirtiéndolos en “hijos del Estado”. (Estrada, 2016, pág. 176)

Para resumir, con la exclusión impuesta se restringe la posibilidad de tener una familia y se desconoce el Principio del Interés Superior del Niño, cuyo significado en palabras de Contreras (2015) alude a garantizar el bienestar de los niños y niñas, ante cualquier circunstancia que se presente. En este caso por ejemplo se desconocen “los deseos y sentimientos del niño o niña de acuerdo con su edad, madurez, necesidades físicas, emocionales y educativas.” Además, se omite el artículo 9 de la Ley 1098 de 2006, referente a la prevalencia de los derechos de los niños que

menciona que toda decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, deberán primar los derechos de los mismos. (Ley 1098 2006, artículo 9)

Referencias Bibliográficas

- Agudelo., D. Z. (2019). *Reflexiones sobre el proceso de adopción en Colombia por parte de extranjeros a la luz del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes*. Envigado.
- Boriani, S. A. (2016). La adopción en Colombia: un proceso judicial, psicológico y emocional. Reflexión a partir de una experiencia personal. *Revista de derecho privado No. 31*, 409-427.
- Congreso de Colombia. (1991, 20 de junio). *Constitución Política de la República de Colombia*. Diario Oficial No. 51990. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Congreso de Colombia. (2006, 08 noviembre). *Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia*. Diario Oficial No. 51990. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html
- Congreso de la República. (2006, 02 de octubre). *Gaceta del Congreso Senado y Camara*. Bogotá. Obtenido de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>
- Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños, niñas: Definición y contenido . *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*. , 51- 70.
- Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015, Expediente D-10315. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio (18 de Febrero de 2015).
- Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015, Expediente D-10315. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. (18 de Febrero de 2015).
- Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016, Expediente D-10835. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. (2 de Marzo de 2016).
- Corte Constitucional, Sentencia T- 044 de 2014, expediente T-4.051.870. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva (31 de enero de 2014).
- Corte Constitucional, Sentencia T-844 de 2011, Expediente T-2.538.409. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (8 de Noviembre de 2011).
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948, 10 de diciembre). *Naciones Unidas*. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Estrada, J. L. (2016). Los hijos del Estado. Desventajas sociales ante una larga espera para su adopción. *Estudios de Derecho*, 155- 179.
- Gaviria Muñoz, D. Z., Pérez Buitrago, J., & Ramírez Agudelo, S. C. (2019). Reflexiones sobre el proceso de adopción en Colombia por parte de extranjeros a la luz del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

- Gonzales, L. V. (2013). *Análisis comparativo de la adopción*. México.
- HCCH, C. d. (2008). La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional. Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya 1993. Guía No. 1. Jordan Publishing Limited. Obtenido de <https://assets.hcch.net/docs/6067c417-6748-4125-b6dc-28ed5dcefdd4.pdf>
- HCCH, C. d. (s.f.). *Los convenios de la haya sobre los niños proteccion para los niños a traves de las fronteras multinacionales*. Obtenido de http://www.iin.oea.org/sim/pdf/LOS_CONVENIOS_DE_LA_HAYA_SOBRE_LOS_NI%C3%91OS_s_%20mem.pdf
- ICBF. (Junio de 2013). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de Observatorio del bienestar de la niñez No. 6 La adopción y el derecho a la familia: <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/publicacion-36.pdf>
- ICBF. (21 de mayo de 2019). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de Procedimiento adopciones para familias residentes en el exterior V2: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/p5.p_procedimiento_adopciones_familias_residentes_en_el_exterior_v2_0.pdf
- ICBF. (2021). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de Lineamiento Técnico Administrativo del Programa De Adopción V4: https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/lm16.p_lineamiento_tecnico_administrativo_programa_de_adopcion_v4_0.pdf
- ICBF. (2021). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de ¿Cuáles son los requisitos básicos para adoptar?: <https://www.icbf.gov.co/adopciones/requisitos-basicos>
- ICBF. (2021). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de Generalidades. Lineamientos interactivos programa de adopcion . Lineamiento Técnico para adopciones en Colombia: <https://www.icbf.gov.co/programas-y-estrategias/proteccion/programa-de-adopciones/lineamientos-interactivos-de-adopciones-0#>
- ICBF. (2021). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de El Instituto: <https://www.icbf.gov.co/instituto>
- ICBF. (2021). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de Búsqueda de Orígenes: <https://www.icbf.gov.co/programas-y-estrategias/proteccion/subdireccion-de-adopciones/busqueda-de-origenes>
- ICBF. (2021). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de ¿Cuáles son los requisitos básicos para adoptar?: <https://www.icbf.gov.co/adopciones/requisitos-basicos>
- ICBF. (2021). *Subdirección de adopciones. Programa de adopción*. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/system/files/adopciones_31_diciembre.pdf

- ICBF. (s.f.). *El programa de adopciones de la dirección de protección*. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/infografia_de_programa_de_adopciones_2_observaciones_finales_002_2.pdf
- ICBF. (s.f.). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de Seguimiento post-adopción y reencuentro familia de origen: <https://www.icbf.gov.co/programas-y-estrategias/proteccion/programa-de-adopciones/lineamientos-interactivos-de-adopciones-6>
- ICBF. (s.f.). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de Proceso Judicial: [icbf.gov.co/programas-y-estrategias/proteccion/programa-de-adopciones/lineamientos-interactivos-de-adopciones-4](https://www.icbf.gov.co/programas-y-estrategias/proteccion/programa-de-adopciones/lineamientos-interactivos-de-adopciones-4)
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2011, 02 de marzo). *Resolución 1141 de 2021*. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/resolucion_no_1141-2021.pdf
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2013, 06 junio). *Resolución 4274 de 2013*. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_4274_2013.htm
- López, O. B. (2016). Régimen jurídico de la adopción internacional: un estudio sobre las políticas de prevención y protección al menor adoptado por extranjeros.
- Peña, F. P. (1971). *Tratado de derecho civil español. Tratado de Derecho civil español. Tomo II. Volumen 2 "Paternidad y filiación"*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Senra, G. M. (2007). La adopción internacional, pertinencia y peligros . *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 126-138.
- Suárez Bedoya, L. F., Orrego Vahos, O. D., Acosta Noreña, D. A., & Pino Gómez, K. (2016). Apago en lo niños adoptados . *Psyconex*.
- Suárez Palacio, P. A., & Vélez Múnera, M. (2018). El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental. *PSICOESPACIOS*, 173- 197.
- Unicef. (2 de mayo de 2018). *Unicef para cada infancia*. Obtenido de Adopciones internacionales: <https://www.unicef.org/es/media/adopciones-internacionales>
- Velasco, L. S. (2020). *Reflexiones sobre la adopción internacional en Colombia: familias que trascienden fronteras*. Bogotá.
- Verdugo, N. C. (2019). *La huella de la adopción: una revisión de las dificultades en la construcción del círculo e identidad*. Madrid: Universidad Pontificia .