



**LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD DE MENORES INDÍGENAS EN
COLOMBIA**

VALERIA MELISSA ATENCIO CAMARGO

Director

PhD. HOLMEDO PELÁEZ GRISALES

Doctor en Derecho

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

(2023)

Declaración de originalidad

29 de enero de 2023

Valeria Atencio Camargo

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Firma del estudiante:

Cédula: 1006573951

ID: 000393309

**La declaratoria de adoptabilidad de menores indígenas en Colombia.
The declaration of adoptability of indigenous children in Colombia.**

Sumario

Resumen

Abstract

Palabras Clave

Keywords

Introducción

1. El proceso de adopción de menores indígenas como medida de restablecimiento.

1.1. Autoridad competente en el proceso de adopción de los menores indígenas.

1.2. La consulta previa en casos de adopción de un miembro de los pueblos indígenas.

2. El proceso de adopción desde una óptica cultural indígena, traducido al lenguaje jurídico.

3. La ineficacia del proceso de adopción en menores dentro las comunidades indígenas de Colombia.

3.1. Ineficacia del proceso de adopción de menores indígenas cuando el adoptante pertenece a la misma comunidad

3.2. Ineficacia del proceso de adopción de menores indígenas cuando el adoptante no pertenece a la misma comunidad

Conclusión

Referencias

Resumen

El presente artículo de investigación se ocupará de analizar la declaratoria de adoptabilidad como mecanismo de restablecimiento de derechos de los menores indígenas en Colombia, desde una perspectiva jurídica y socio-cultural. Asimismo, estudiará la exégesis de los pueblos indígenas frente a las garantías y derechos fundamentales de los menores indígenas. Este artículo, tiene como punto de partida la siguiente pregunta: ¿Cómo la comunidad indígena entiende el proceso de adopción y su ineficacia dentro de las autoridades tradicionales en Colombia? El objetivo es determinar la ineficacia el proceso de adopción de menores indígenas dentro de las comunidades indígenas de Colombia, ateniendo un enfoque socio-jurídico. Para ello, la investigación comprende tres capítulos: 1. El procedimiento de derecho administrativo de restableciendo de menores indígenas; 2. El proceso de adopción desde una óptica cultural indígena, traducido al lenguaje jurídico; 3. La ineficacia del proceso de adopción de menores indígenas dentro las comunidades indígenas de Colombia.

Abstract:

This research article will analyze the declaration of adoptability as a mechanism to reestablish the rights of indigenous minors in Colombia, from a legal and socio-cultural perspective. Likewise, it will study the exegesis of the indigenous peoples regarding the guarantees and fundamental rights of indigenous minors. The starting point of this article is the following question: How does the indigenous community understand the declaration of adoptability and its efficacy within the traditional authorities in Colombia? The objective is to determine the efficacy of the declaration of adoptability of indigenous minors within the indigenous communities of Colombia, using a socio-legal approach. The administrative law procedure for the reinstatement of indigenous minors; 2. The declaration of adoptability from a cultural perspective; 3. The effectiveness of the declaration of adoptability of indigenous minors within the indigenous communities of Colombia.

Palabras clave: Adopción, protección de la infancia, derechos del niño, garantías, indígenas.

Keywords: Adoption, child protection, child rights, guarantees, indigenous.

Introducción

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia se encuentra regulado por la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) modificada por la Ley 1878 de 2018. Este proceso se desarrolla ante una autoridad administrativa, Instituto de Bienestar Familiar ICBF, y tiene por objeto garantizar el ejercicio eficaz y efectivo de los derechos de los menores ante situaciones de inobservancia, vulneración y amenazas de sus derechos.

Este proceso incluye la garantía fundamental de tener una familia y, para ello, el Estado cuenta con el mecanismo de declaratoria de adoptabilidad de los menores, como un instrumento de restablecimiento de sus derechos.

Así pues, atendiendo al principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, los menores indígenas tienen el mismo derecho a tener una familia. No obstante, el proceso de adopción de un menor indígena se torna complejo, debido a que, la ley no determina con claridad y detalle las facultades de los funcionarios competentes del Estado y las comunidades indígenas.

Siendo así, el presente manuscrito investigativo tiene como objetivo principal estudiar el proceso de adopción de menores indígenas en Colombia, cómo las comunidades indígenas entienden el proceso de adopción y señalar la ineficacia del proceso de adopción como una medida de restablecimiento de los derechos de

los menores, tal y como lo establece en la ley 1098 de 2006, de lo cual se concluye que el proceso de adopción de menores indígenas es ineficaz, debido a que este proceso es constituido desde la esfera de lo jurídico y Estatal, lo cual da como resultado una medida de restablecimiento lejana a la culturas y tradiciones de los pueblos indígenas, asimismo, el proceso de adopción tiende a dilatarse en tiempo y trámites, lo que da paso como consecuencia el desincentivo de acudir a la figura de adopción tanto para adoptantes pertenecientes o no pertenecientes de una comunidad indígena en Colombia.

La metodología que se utilizó fue la cualitativa y cuantitativa, para el desarrollo el trabajo investigativo fue necesario escudriñar sobre el proceso de adopción de menores indígenas, no solo desde lo jurídico sino desde la práctica y concepciones indígenas y para esto fue fundamental la recolección de datos por medio de la encuesta, para luego señalar la ineficiencia del proceso de adopción.

Este artículo investigativo obedece a la siguiente estructura: Primero el proceso de adopción como medida de establecimiento visto desde lo normativo y doctrinal, luego el proceso de adopción ahora visto desde la óptica cultural indígena, por último, se señala la ineficacia del proceso de adopción de menores indígenas recopilando los temas estudiados en los acápites anteriores.

1. El proceso de adopción de menores indígenas como medida de restablecimiento.

El Código de Infancia y Adolescencia en su artículo 53 trae a colación una gama amplia de medidas para restablecer los derechos de los menores ante situaciones de vulneración e inobservancia, entre ellos, la adopción. 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 en la filiación legítima”. (Puig, 1971, p. 170)

La adopción es una medida de establecimiento de carácter definitivo e irrevocable, que busca garantizar el derecho fundamental que tienen los menores a tener una familia y que esta le proporcione una vida de amor y cuidado para un óptimo desarrollo integral. Ley 1098 de 2006 incorpora en su artículo 96 que la autoridad competente para llevar a cabo el procedimiento son los defensores de familia, no obstante, en los casos en donde los derechos vulnerados son de un menor indígena, la ley altera la competencia en favor de las comunidades indígenas, esto atendiendo al artículo 7° de la Constitución Política, según el cual: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” donde establece que las comunidades indígenas en Colombia pertenecen a la categoría jurídica de especial protección por su carácter histórico y sintomático: “4) en el grupo de los sujetos tradicionalmente discriminados, (...) por la etnia o raza: indígenas, gitanos, negritudes, afrocolombianos, raizales, palenqueros” (Peláez, 2015, p 137; Peláez, 2021)

La corte constitucional ha estructurado un amplio margen jurisprudencial ante la diversidad étnica y su relevancia en el sistema jurídico colombiano. La sentencia T-514 de 2009 establece “(i) las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales; (ii) estos derechos son diferentes a los derechos de cada miembro de la comunidad y también a la sumatoria de aquellos; y (iii), no son derechos asimilables a los derechos colectivos de otros grupos sociales” (Corte Constitucional, Sentencia. T-514 de 2009).

Por consiguiente, el proceso de adopción de los menores pertenecientes a una comunidad indígena es diferente al proceso de adopción de un menor no perteneciente a una comunidad indígena que se encuentre en situación de peligro o violación de sus derechos fundamentales, tal y se expone en los siguientes términos.

1.1. Autoridad competente en el proceso de adopción de los menores indígenas.

La Ley 1098 en su artículo 96 instaura que el competente para llevar acabo los procesos de restableciendo de derecho de los menores es el defensor de familia, y en algunos casos, por falta de esta figura en la entidad territorial la competencia se le otorga a el comisario de familia. No obstante, cuando concierne a un menor indígena la competencia se transmite a las autoridades tradicionales, tal y como lo establece el artículo 70 de la Ley 1089 de 2006:

Atendiendo las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas, la adopción de un niño, una niña o un adolescente indígena cuando los adoptantes sean miembros de su propia comunidad procederá de acuerdo con sus usos y costumbres.

Cuando los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad del niño, niña o adolescente indígena, la adopción procederá mediante consulta previa y con el concepto favorable de las autoridades de la comunidad de origen y se realizará de acuerdo con lo establecido en el presente Código (Ley 1089 de 2006, artículo 70)

Ahora bien, atendiendo al anterior capítulo se infiere que la ley en los casos donde participa un menor, proporciona dos procedimientos diferentes. Cuando los adoptantes del menor que se encuentra en situación de vulnerabilidad, la ley autoriza que el proceso se lleve conforme las tradiciones de la comunidad, lo cual, permite que se celebre rezos, ritos, danzas y demás procedimientos o tradiciones, para que sea eficiente la incorporación del menor en su nueva familia. Empero, cuando los adoptantes no son miembros de la misma comunidad, el proceso queda sometido a consulta previa donde la autoridad tradicional dice si permite o no, la adopción del menor.

Por medio del artículo 246 de la constitución, se le otorga la facultad de administrar justicia dentro de los pueblos indígenas para decidir conforme a sus costumbres, con la finalidad de que prevalezca la cultura. Sin embargo, en la práctica puede generar un conflicto dado a que no se marca un límite entre las costumbres y el marco constitucional, y la forma en como las comunidades indígenas pueden interpretar las normas, derechos y garantías constitucionales. Atendiendo a esto, la Corte Constitucional se pronuncia por medio de elementos para delimitar la independencia jurisdiccional y la autonomía de las comunidades indígenas, en la sentencia T-009 de 2007:

- i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; ii) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios; iii) el respeto a la Constitución y la ley dentro del principio de maximización de la autonomía; y iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional (Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2007).

El Instituto Colombiano de Bienestar reconoce que la competencia reposa en las autoridades tradicionales donde el menor vulnerado es indígena; empero, en el Estatuto Integral del Defensor de Familia en su artículo 3ª establece lo siguiente:

No obstante, el verdadero respeto de la diversidad cultural impone el respeto absoluto a los parámetros de valoración de las diversas culturas, salvo los casos en que esta apreciación permita un inaceptable código de valores o una situación de fuerza que pueda llegar a afectar unos mínimos universales tales como la vida, la integridad o la libertad de la persona (Estatuto integral del Defensor de Familia, artículo 3).

Por medio de este artículo, la institución estatal nos muestra que, pese a que la competencia se trasfiere a las autoridades indígenas, esta no tiene un carácter absoluto, pues, el defensor de familia tiene el deber de velar y proteger los

mínimos universales de los menores indígenas aun por encima de la competencia de las autoridades indígenas.

Ante esto, el Instituto de Bienestar Familiar en sus Lineamientos Técnico Administrativos de Ruta de Actuaciones y Modelo de Atención para el Restablecimiento de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y Mayores de 18 Años con Discapacidad, con sus Derechos Amenazados, Inobservados o Vulnerados; en su anexo 7 menciona que la responsabilidad del restablecimiento del menor indígena, recae sobre la autoridad tradicional, y adicional a eso, señala que el Instituto de Bienestar Familiar tiene el deber de cooperar, asesorar y ayudar durante el proceso para brindarle acompañamiento del menor indígena y a la comunidad indígena.

1.2. La consulta previa en casos de adopción de un miembro de los pueblos indígenas.

La consulta previa es un derecho fundamental propiamente de los pueblos étnicos, y a su vez, es un mecanismo de participación ante las medidas administrativas y legislativas que repercuten en los pueblos étnicos. Por medio de la consulta previa se busca salvaguardar su identidad socio-cultural. La sentencia SU-039 de 1997 esclarece la relevancia y el peso constitucional de la figura jurídica de la consulta previa. La cual consiste en un:

derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad, se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. (Corte constitucional, sentencia SU093 de 1997)

El legislador enmarca un listado taxativo en los casos donde se activa la aplicación de la consulta previa, uno de esos casos se presenta en la adopción de menores indígenas. Procede la consulta previa cuando los adoptantes no pertenecen a la

misma comunidad indígena del menor, el procedimiento a seguir en estos casos se encuentra en la resolución 754 de 2016, por medio de este se aprobó el lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de menores que hayan sido inobservados, amenazados o vulnerados; en el cual se estipula que la autoridad tradicional es quien decide por medio de la consulta previa si los adoptantes no pertenecientes a las comunidad indígena pueden adoptar al menor.

Para los indígenas la consulta previa es considerada como un mecanismo de diálogo intercultural que busca garantizar el respeto a la diversidad cultural y a la autonomía de las comunidades étnicas. Asimismo, los indígenas no solo ven la consulta previa como un derecho, sino también una forma de ejercicio de su autonomía y autodeterminación. A través de la consulta previa, las comunidades étnicas pueden tomar decisiones colectivas sobre su territorio y su futuro, y pueden ejercer su derecho a la libre determinación y a la participación política.

Para concluir, los indígenas en Colombia se entiende la consulta previa es un derecho fundamental y mecanismo participativo que les permite intervenir en los procesos de toma de decisiones que pueden afectar su vida, tradiciones, costumbres y cultura. Por esta razón, es vital e importante que se respete y se implemente adecuadamente en todos los procesos tanto legales o administrativos como los tradicionales y culturales cuando se involucren a las comunidades étnicas, para primar el interés colectivo y cultural. (Ministerio de interior, 2020)

2. El proceso de adopción desde una óptica cultural indígena, traducido al lenguaje jurídico.

El artículo 53 del Código de Infancia y adolescencia en su numeral 5, y el artículo 61 consagran la adopción como una medida de restablecimiento de derechos y, el

artículo 63 establece de forma expresa que para la procedencia de la medida de adopción es una condición sine qua non la declaratoria en situación de adoptabilidad de los menores de 18 años, a quienes sus derechos a la dignidad e integridad como sujetos de derechos les han sido vulnerados. Las autoridades competentes están obligadas a verificar y decretar que para el restablecimiento de los derechos del menor y por voluntad del Estado, por encontrarse vulnerados gravemente sus derechos por su familia de origen o porque carece de ella, para el restablecimiento de sus derechos la medida más conducente es la adopción. Por consiguiente, para proceder con la aplicación de la medida se debe declarar el menor en situación de adoptabilidad, para garantizarle sus derechos, entre ellos, el Derecho a tener una Familia (Artículo 22).

Ahora bien, en el artículo 70 del Código de Infancia y Adolescencia, en el cual se refiere a la adopción de menores indígenas no se refiere expresamente a la declaratoria de adoptabilidad, sino que, por un lado, tratándose de adopciones dentro de la misma comunidad, se reconocen las facultades a las autoridades indígenas de acuerdo con sus usos y costumbres; mientras que si los adoptantes son por fuera de la comunidad, la competencia y el trámite exige la declaratoria de adoptabilidad bajo la competencia del Estado.

En estos términos, el 107 del Código de Infancia y Adolescencia, consagra expresamente- que la declaratoria de adoptabilidad es una declaratoria de vulneración de derechos por parte del Estado, que consiste en una resolución mediante la cual “se ordenará una o varias de las medidas de restablecimiento consagradas en este Código” (Ley 1098 de 2006, artículo 107). Esta actuación administrativa estará a cargo del Defensor de Familia y, cuando se presente oposición frente a dicha resolución, se surtirá el trámite de homologación de la declaratoria de adoptabilidad ante el juez de familia, según lo dispuesto en el artículo 108 del Código.

En este sentido, el texto tiene el propósito de analizar el proceso de adopción desde la visión indígena, ya que desde la concepción del Estado es un trámite formal que lleva a la declaración de la vulneración de los derechos del menor. Sin embargo, en el caso de las comunidades este proceso puede variar de acuerdo a sus usos y costumbres. (Unicef, 2003)

Según el censo realizado por el DANE (2018) la población que se reconoce como indígena es de 1.905.617 personas, las cuales representan el 4,4% de la población colombiana; el DANE clasificó este grupo poblacional por edades donde el 33,8% son menores indígenas entre 0 a 14 años. Por consiguiente, para el desarrollo de este título fue imprescindible la aplicación de estrategias e instrumento de investigación para la recolección de datos cualitativos, la encuesta, por medio de estos dos mecanismos, en la investigación se pudo reflejar la perspectiva de los indígenas acerca de la adopción, sus implicaciones y la relevancia de la cultura indígena.

La ejecución de la investigación fue enrevesada ya que en Colombia existe una gran diversidad cultural, y fue difícil contactar a múltiples indígenas pertenecientes a diferentes comunidades. Sin embargo, se pudieron encuestar a 30 personas pertenecientes a comunidades indígena, dentro de ellas se encuentran en las siguientes comunidades (Ministerio de cultura, 2010):

Comunidad indígena	Número de encuestado
Wayuù	9
Kogui	2
Arhuaco	8
Chimila	2
Arzario	4
Senú	5

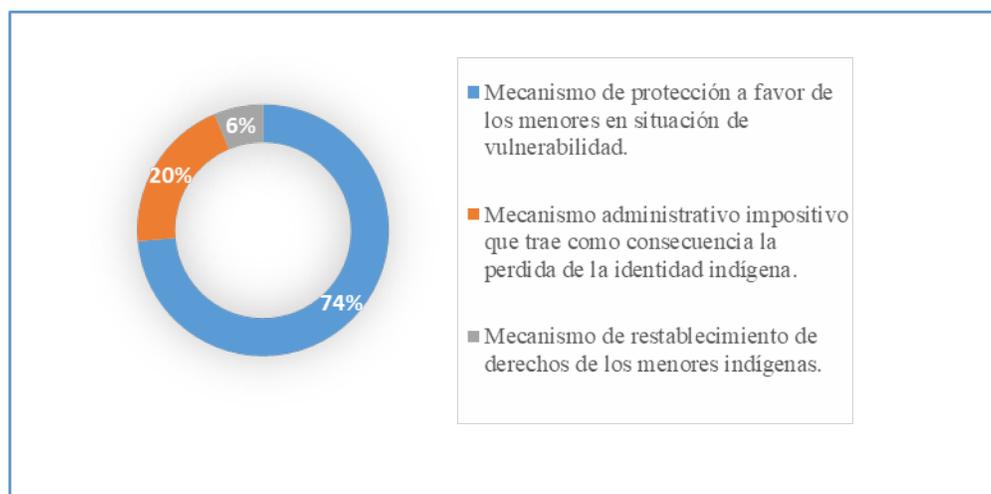
Total	30
-------	----

1. Tabla N 1º - Cantidad de personas encuestadas.

Fuente: Elaboración Propia

La primera pregunta busca entender cómo las personas pertenecientes a comunidades indígenas comprenden la adopción y sus implicaciones:

1.1. ¿Cómo entiende la adopción de menores indígenas?



Fuente: Elaboración propia.

La adopción bajo el lente de las comunidades indígenas se entiende como ese mecanismo que busca mitigar la situación de vulnerabilidad de los menores. Sin embargo, se logra apreciar que si bien puede llegar a un instrumento administrativo a favor de los menores y lo catalogan como un mecanismo impositivo que conduce a la pérdida de la identidad indígena.

La segunda pregunta inquiriere cómo los indígenas bajo la influencia, autoridad y el peso de la cultura y tradiciones logran percibir los casos en donde los adoptantes del menor no pertenezcan a la comunidad indígena.

1.2. ¿Cómo percibe la idea de que un menor indígena pueda ser adoptado por personas no pertenecientes a su misma comunidad?



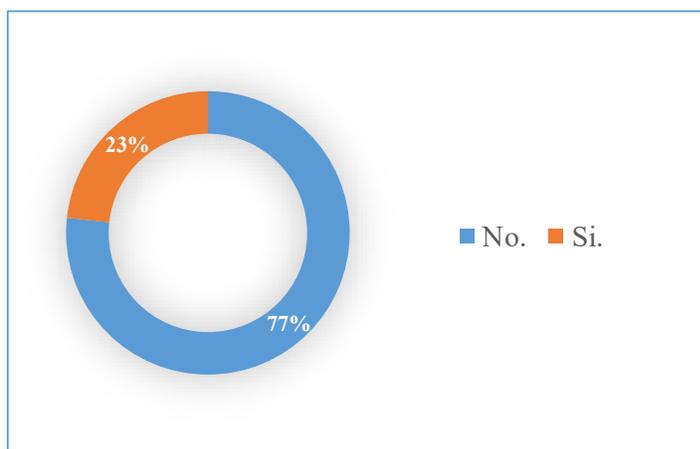
Fuente: Elaboración propia.

Dentro de las comunidades indígenas es muy recurrente que los menores subsistan en casa de familiares o allegados de la familia que tengan un mayor desempeño profesional y académico, con el fin de estos sean un referente ejemplar en la vida de los menores. Asimismo, facilitar el acceso a la educación y expandir las oportunidades laborales en un futuro. Cabe resaltar que en esta tendencia no da lugar a la pérdida de la patria potestad ni tampoco da lugar a un parentesco civil.

Los resultados de la encuesta arrojan que la adopción de menores indígenas o la tendencia de dejar los menores en manos de otros, llega a expandir las oportunidades de los menores. Sin embargo, se corre el riesgo de que llegue a ser una vía para la pérdida de la identidad indígena y atente contra la continuidad y prevalencia de la cultura. (Acnur, 2008)

La siguiente pregunta cumple el objetivo de adentrarse al margen normativo colombiano y determinar si la adopción como consta en el artículo 61 ley 1098 de 2006, llega a ser un mecanismo reiterativo en los indígenas.

1.3. ¿Dentro de su comunidad indígena ha visto un caso de adopción? Entendiéndose por adopción, el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de menores que incorpora la ley 1098 de 2006.

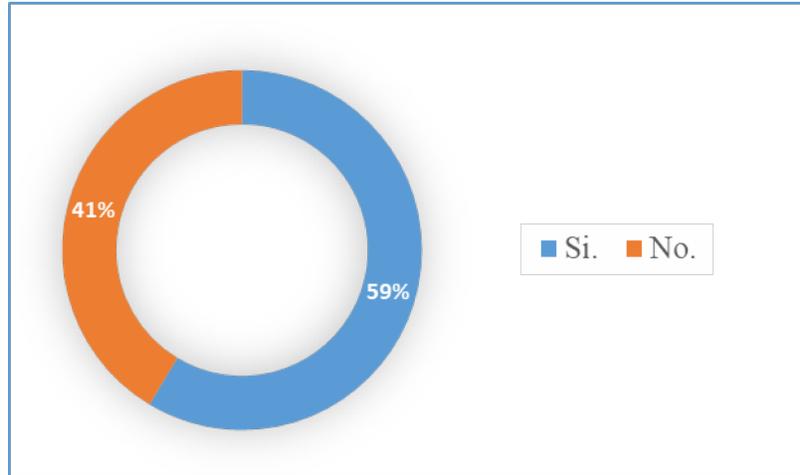


Fuente: Elaboración propia

La conclusión de las respuestas de esta pregunta es evidente, pese a que la ley le otorga la posibilidad de que un menor indígena sea adoptado, bien sea por adoptantes pertenecientes o no pertenecientes a la comunidad indígena. La adopción no es método usual dentro de las comunidades indígenas para mitigar las situaciones de vulnerabilidad y precariedad de los menores

La cuarta pregunta cumple el objetivo de identificar si la adopción es la vía por medio del cual se llegue a la mitigación de la cultura, tradiciones, ritos, danzas e identidad cultural.

1.4. ¿Considera que la adopción puede llevar a la mitigación o pérdida de la cultura?



Fuente: Elaboración propia.

Para el análisis de las respuestas de estas preguntas es fundamental determinar el papel tan relevante de los menores indígenas dentro de su comunidad.

Independientemente de la gran diversidad étnica y cultural del cual goza Colombia, y el carácter único y diferenciador de cada comunidad indígena, hay un común denominador, y es el papel de los menores indígenas dentro de sus pueblos.

Cada pueblo indígena tiene una forma particular de producir una representación propia del mundo que lo rodea, de esa misma manera el lugar ocupado por los niños es específica en cada cultura según el tipo de vivencia en el que es atendido y crece. Esta etapa es fundamental en la vida de todo pueblo y ser humano ya que en ella se empiezan a fundamentar de manera diferenciada las bases de su historia, cultura e identidad (Comisión de Trabajo y Concertación de la Educación para Pueblos Indígenas, 2009, p. 27)

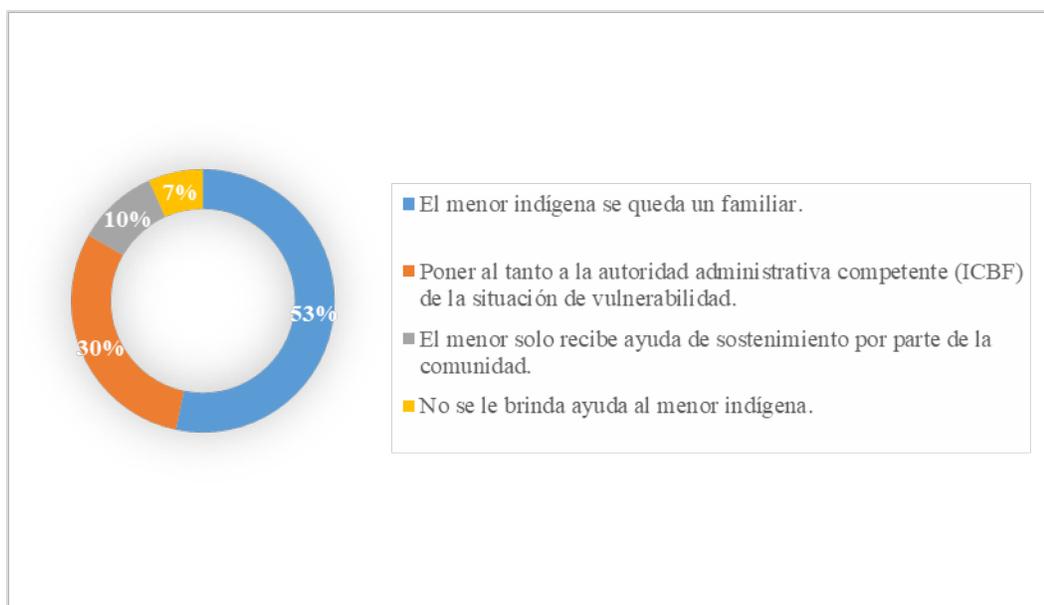
Los menores indígenas tienen la responsabilidad de ser transmisores de la cultura: Los niños indígenas son los principales portadores y transmisores de la cultura y las tradiciones de sus pueblos; Guardianes del idioma: Como parte de la

transmisión cultural, los niños también se convierten en guardianes del idioma de sus pueblos; Futuros líderes: Los niños indígenas son el futuro de sus comunidades y, como tal, tienen la responsabilidad de prepararse para asumir roles de liderazgo. Se espera que se conviertan en defensores de los derechos de sus pueblos y trabajen por el bienestar colectivo. (CEPAL, UNICEF, 2012)

Partiendo del papel fundamental que cumplen los niños dentro de las comunidades indígenas era de esperarse que más del 50% de los encuestados respondieran que la adopción puede llegar a ser el medio para la pérdida de la cultura, pues sobre las nuevas generaciones de las comunidades indígenas cae el peso de que estas puedan prevalecer en el tiempo y ante las influencias del mundo occidental.

Continuando con la siguiente pregunta, esta fue creada para con la intención de identificar cómo responde o a quien acude la comunidad indígena ante una situación de vulnerabilidad de un menor indígena.

1.5. ¿Cuáles son las medidas que se tomen dentro de la comunidad cuando un menor se encuentra en una situación de vulnerabilidad?



Fuente: Elaboración propia.

Solo el 30% de los encuestados acudirían a la entidad administrativa competente (ICBF), la respuesta más predominante la cual abarca más del 50% es dejar al menor con un familiar. Por medio esto, se llega a la conclusión que indirectamente los indígenas, además de pensar en el bienestar del menor, también piensan en conservar la cultura, esto debido a que cuando el menor se queda con un familiar no sale del seno de su entorno étnico, llevando a conservar la cultura.

Por último, esta pregunta busca determinar cómo la comunidad indígena percibe el interés superior del menor ante la prevalencia de la cultura indígena.

1.6. Para usted, ¿Qué es más importante el interés superior del menor o la conservación de la cultura?



Fuente: Elaboración propia.

Pese a que el interés superior del menor tiene mayor porcentaje, no se debe desconocer que la diferencia no es abismal, esto indica que el interés superior del menor puede llegar a tener el mismo peso que la prevalencia de la cultura e identidad indígena. El problema de esto es que ambos tienen rango constitucional y misma jerarquía normativa, ante esta colisión constitucional entraría la Corte

constitucional a ponderar y determinar el equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos constitucionales colisionan.

Para concluir este acápite, acabe resaltar las conclusiones generales de la investigación. Primero, es necesario recalcar que la adopción bajo el lente de las comunidades indígenas se entiende como ese mecanismo que busca mitigar la situación de vulnerabilidad de los menores, pero a su vez lo ven como un mecanismo que lo lleva a la pérdida de la identidad cultural. Segundo, los indígenas no se apropian del proceso de adopción, tal y como lo establece a la ley 1089 de 2006, sino que emplean diversas soluciones propias de su cultura como se darle el cuidado del menor a un familiar a allegado. Tercero y último, para los indígenas prima el interés del menor, sin embargo, ellos no acuden al Estado para darle solución a la situación de vulnerabilidad, porque llega a ser un medio impositivo por parte del Estado.

3. La ineficacia del proceso de adopción en menores dentro las comunidades indígenas de Colombia.

Este último título tiene como finalidad señalar la ineficiencia el proceso de adopción en menores indígenas, entendiéndose el proceso de adopción tal y como lo tipifica la ley 1098 de 2006 en su artículo 61 y siguientes.

Los procesos de adopción en menores indígenas se encuentran soportados bajo dos principios de carácter constitucional, los cuales son el interés superior del menor y la autonomía de la comunidad indígena, frente a este último principio cabe resaltar que la ley ha “establecido el estatus especial para las comunidades indígenas, el cual se manifestaría en el ejercicio de los derechos de legislación y jurisprudencia dentro de su área territorial” (Semper, 2006, p. 746).

Atendiendo a dichos principios, el artículo 71 de la ley 1098 de 2006 trata de buscar un equilibrio entre ambos principios, pues la ley le otorga el privilegio a las comunidades indígenas de trasladar sus costumbres y tradiciones a un proceso que en esencia se entiende administrativo y propio del Estado, cuando los adoptantes del menor pertenecen a la misma comunidad del menor.

No obstante, en la escala de lo jurídico y lo práctico hay una gran amplitud, esto debido a la carencia de claridad en materia de las facultades de las comunidades indígenas y de los funcionarios competentes, lo que nos lleva a conflictos de competencia. Asimismo, la ley no marca límite sobre las actuaciones del Estado y las comunidades indígenas. Frente a esto, la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial que determina los criterios y las reglas para la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas y la solución de disputas que orbiten alrededor de dicho tema.

La línea jurisprudencia comprende tres grandes sentencias, las cuales son, sentencia T-514 de 2009, esta se centra en efectuar una actualización de la jurisprudencia unificada en la decisión SU-510 de 1998, sentencia T-617 de 2010, se refiere a los factores para decidir conflictos de competencia entre autoridades del sistema jurídico y la jurisdicción indígena, y la sentencia T-1253 de 2008, en la que se discutió la pertinencia de la intervención del juez de tutela en conflictos particularmente intensos, que amenazan con la división de las comunidades indígenas.

En esta jurisprudencia, se destacan los siguientes criterios: Primer criterio, **minimización de las restricciones a su autonomía**, indica que solo las restricciones a la autonomía de la comunidad indígena se aplican cuando haya un interés de mayor jerarquía. Segundo criterio, **mayor autonomía para la decisión de conflictos internos**, este criterio establece la amplificación de la autonomía de la comunidad indígena cuando únicamente se involucran miembros de la misma

comunidad. Y, por último, el criterio de **a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía**, implica que el juez debe tener un mayor grado de cautela y necesariamente debe valerse de conceptos de expertos cuando la comunidad tiene un grado alto de conservación de sus costumbres, y ese acercamiento puede efectuarse de manera menos rigurosa frente a comunidades que hayan adaptado categorías y formas del derecho mayoritario.

Esta línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional también se encuentra proyectada en los casos donde los menores se encuentran en condición de adoptabilidad.

3.1. Ineficacia del proceso de adopción de menores indígenas cuando el adoptante pertenece a la misma comunidad.

La resolución 3748 de 2010 establece lo siguiente respecto al proceso de adopción cuando el adoptante pertenece a la misma comunidad, “Cuando exista persona/cónyuges/compañeros permanentes miembros de la misma comunidad indígena que deseen adoptar al niño, niña o adolescente declarado en adoptabilidad, se procederá a realizar la adopción de acuerdo a los usos y costumbres indígenas”. El problema es que la declaratoria de adoptabilidad es una figura poco reiterada por los indígenas, tal y como se demostró en la investigación que comprende el título 2 de este manuscrito, los indígenas no se apropian del proceso de adopción como medida de restablecimiento de derecho de los menores, pues es una figura muy distante a sus culturas y tradiciones, ya que la constitución de esta figura jurídica es propia del Estado y el desarrollo jurídico que reposa en los años de ejecución. Los indígenas prefieren adoptar medidas más comunes y sencillas en los casos de vulnerabilidad de los menores, verbigracia, prefieren dejar al menor con un familiar cercano, es decir sin la necesidad de adelantar algún proceso administrativo estableciendo en la ley, esta acción da lugar a la transferencia de la guardia a un tercero diferente a sus progenitores. Entendiéndose guardia como “el guardador es un tercero, persona distinta a los

progenitores legalmente determinados, que convive con el menor o un presunto incapaz y se encarga efectivamente de cuidarlo y protegerlo, e incluso de administrar sus bienes”. (Sánchez, 2001, p. 294)

En síntesis, se puede finiquitar que el proceso de adopción tal y como está constituida en la ley, es una figura escasamente puesta en práctica por las comunidades indígenas cuando el adoptante pertenece a la comunidad, de cara a que es un proceso lejano a sus costumbres y tradiciones, no lo perciben como una figura propia, lo que lleva a los integrantes de las comunidades indígena ejecutar soluciones más fáciles y propia de cada cultura para velar por el interés del menor indígena.

3.2. ineficacia del proceso de adopción de menores indígenas cuando el adoptante no pertenece a la misma comunidad.

El ordenamiento jurídico colombiano enmarca ciertas herramientas jurídicas para las autoridades tradicionales al momento de llevar a cabo el proceso de adopción. En materia de adopción cuando los adoptantes no pertenecen a la misma comunidad indígena del menor, existe un requisito esencial y obligatorio del proceso, el cual es la consulta previa; la omisión a este paso da lugar a la anulación del acto administrativo que da inicio al proceso, así como lo señala Andrés Felipe Figueroa en su manuscrito “La omisión de la consulta previa como causal de nulidad del acto administrativo”: “La cláusula de nulidad del acto administrativo en estudio, establece como primera condición que se omita la consulta previa siempre y cuando la autoridad administrativa tenga el deber de adelantarla, por expresa disposición de la Constitución y la ley”. (Figueroa, 2012, p. 12).

No obstante, el adicionar un requisito complejo y que concentra el poder de la decisión a las comunidades tradicionales, tal y como lo es la consulta previa, limita las actuaciones del Estado y las medidas de restablecimiento que este incorpora,

llegando a ser un obstáculo en el proceso de adopción, por dos razones, en primer lugar, es un requisito que se prolonga en el tiempo “Colombia no hay un procedimiento vinculante para las comunidades étnicas y bajo ese entendido pueden llegar a entorpecer y dilatar un precario proceso de consulta previa, por la misma ausencia de procedimiento” (García, 2017 p.39; Rodriguez, 2009). Y en segundo lugar, al extender el proceso en tiempo y trámites genera un desincentivo por parte de las personas externas de su comunidad que deseen adoptar

Ya que al ser el proceso extenso tanto en tiempo como en solicitud de trámites hace que las personas tengan que presentar derechos de petición u otros mecanismos con el fin de poder agilizar el proceso y no afectar de forma negativa al menor. (Correa y Usuga, 2016, p. 19).

Para ejemplificar lo anteriormente señalado en la sentencia proferida por el Consejo de Estado número AC- 4488 de 1997 se evidencia la discrepancia entre el procedimiento administrativo propio del Estado y la costumbre y preservación de la cultura indígena. En el caso concreto, el defensor del pueblo interpuso acción de tutela, la cual tiene por objeto obligar a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior a que emita conceptos para continuar con los trámites de adopción de los menores indígenas pertenecientes a la comunidad Nukak Makú que se encontraban en situación de abandono y vulnerabilidad, esto dio lugar a la asignación de familias sustitutas para los menores indígenas, no obstante, el proceso adelantado por del defensor del pueblo omitió consultar a la comunidad indígena para decidir frente al caso en concreto. Y esto dio lugar a que el Consejo de Estado le diera prevalencia a la comunidad indígena en razón de la protección de los derechos fundamentales al nombre, a tener una familia y a no ser separada de ella, al cuidado, al amor, a la educación y a la cultura, a la protección integral de su núcleo familiar, al respeto por su identidad cultural y al debido proceso de los niños pertenecientes a la etnia Nukak Makú. (Consejo de Estado, Sentencia número AC- 4488 de 1997).

No obstante, esta sentencia no es la única que desarrolla la complejidad del proceso de adopción de menores indígenas cuando el adoptante no pertenece a la misma comunidad de los menores, verbigracia la sentencia T-030/00, sentencia T-760/12, sentencia T- 572/10 y la sentencia T-746/05 de las cuales también se declara la anulación del proceso de adopción por no llevar correctamente a cabo el requisito de la consulta previa y le dan prevalencia a los derechos fundamentales al nombre, a tener una familia y a no ser separada de ella, a la cultura, a la protección integral de su núcleo familiar, al respeto por su identidad cultural y al debido proceso.

En conclusión, la ineficacia del proceso de adopción de menores indígenas cuando el adoptante no pertenece a la misma comunidad se centra en el requisito de la consulta previa, pues esta llega a desmotivar la voluntad del adoptante, debido al poder decisorio que se radica en las autoridades tradicionales, la dilatación en tiempo y trámites del proceso, lo que consecuentemente genera un desincentivo al momento de adoptar menores indígenas.

Conclusiones

Luego del estudio realizado en el presente trabajo, se puede concluir, primeramente, que en el artículo 70 de la ley 1098 de 2006 se establece la existencia de dos procesos de adopción diferentes cuando hay de por medio un menor indígena: Por un lado, está el proceso de adopción de menores cuando el adoptante pertenece a la misma comunidad del menor. En este proceso la ley le otorga el privilegio y la libertad a las comunidades indígenas de adelantar el proceso de adopción bajo sus creencias, tradiciones, usos y costumbres, esto atendiendo al artículo 7 de la Constitución Política de 1991, el cual reconoce la diversidad étnica y autonomía de las comunidades indígenas. Y, Por otro lado, está el proceso de adopción cuando el adoptante no pertenece a la misma comunidad

del menor, aquí el procedimiento cambia, pues, el proceso de adopción procederá mediante consulta previa y con el concepto favorable de las autoridades de la comunidad de origen. La ley trasfiere las reglas de competencia a la comunidad indígena.

Para comprender el proceso de adopción de la realidad fue necesario adentrarse al mundo de la cultura indígena y entender la posición de los indígenas frente a este tema, por medio de este cuestionamiento se concluye que el proceso de adopción no es reiterado por los indígenas, es una solución muy lejana a sus culturas y perciben el proceso de adopción como una amenaza a la preservación de la cultura indígena.

El proceso de adopción de menores indígenas que consagrada el artículo 71 de la ley 1098 de 2006, tanto el proceso cuando el adoptante pertenece a la misma comunidad del menor como en el proceso donde el adoptante no pertenece a la comunidad, es ineficaz, debido a la falta de claridad de la norma que regula las facultades que recaen en las autoridades tradicionales y en los funcionarios competentes. Asimismo, no se incorpora el proceso de adopción como medida de restablecimiento de los derechos de los menores indígenas, pues los indígenas optan por otras medidas propias de su cultura para dar solución a la situación de vulnerabilidad o abandono del menor. Y en lo que concierne al proceso de adopción cuando el adoptante no pertenece a la misma comunidad, el trámite llega a ser demasiado complejo y tardío, lo que trae como consecuencia el desincentivo para adelantar el proceso de adopción de menores indígenas. Para finalizar, respecto de la ineficacia del proceso de adopción cuando concierne a un menor indígena, como autora del presente trabajo investigativo, dar como recomendación, una reglamentación más amplia, detallada y definitiva frente proceso de adopción ya que en estos momentos este proceso solo se encuentra regulado por el artículo 70 de la ley 1089, que como lo muestra el presente artículo investigativo es insuficiente para darle solución a los diversos problemas que se

desprende de la falta de claridad del proceso de adopción de un menor indígena en Colombia, igualmente, se recomienda no expeler la consulta previa porque esta es un derecho fundamental que tiene cada pueblo indígena, pero si restringir la amplia autonomía decisoria frente al proceso de adopción de menores indígena.

Referencia

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2008) Los indígenas colombianos: la constancia de los pueblos por mantener sus costumbres.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6686.pdf?view=1>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, The United Nations Children's Fund. (2012) Los derechos de las niñas y los niños indígenas.

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35992/1/Desafios-14-CEPAL-UNICEF_es.pdf

Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas - Contcepi (2009, 12 de junio) Perfil del sistema educativo indígena propio. <https://fedeorewa.org.co/index.php/educacion/83-comision-nacional-de-trabajo-y-concertacion-de-la-educacion-para-los-pueblos-indigenas-contcepi>

Congreso de la República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 de 2006: Código de Infancia y Adolescencia. Bogotá: El Congreso.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contenciosos Administrativo. (13 de marzo de 1997). Sentencia Expediente No. Ac - 4488. (Ricardo Hoyos Duque)

Correa Moreno, J., & Usuga Gil, C. L. (2016). Incidencia del trámite en el proceso de adopción Colombia vs Argentina.

Corte constitucional (1997, 3 de febrero) Sentencia SU-039/97 (Antonio Barrera Carbonell, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm>

Corte constitucional (1998, 18 de septiembre) Sentencia SU-510/98 (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P). [SU510-98 Corte Constitucional de Colombia](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU510-98.htm)

Corte Constitucional (2000, 25 de enero) Sentencia T-030/00 (Fabio Moron Diaz, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-030-00.htm>

Corte Constitucional (2008, 12 de diciembre 2008) sentencia T-1253 (Manuel José Cepeda Espinosa, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1253-08.htm>

Corte Constitucional (2009, 30 de julio) Sentencia T-514/09 (Luis Ernesto Vargas Silva, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-514-09.htm>

Corte Constitucional. (2010, 15 de julio). Sentencia T- 572/10 (Juan Carlos Henao Pérez, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-572-10.htm>

Corte Constitucional (2012, 1 de octubre). Sentencia T- 760/12 (Mauricio González Cuervo, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-760-12.htm>.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística Dane (2019, 16 de septiembre) Boletines grupos étnicos Colombia <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>

Figuroa Pérez, A. F. (2012). *La omisión de la consulta previa como causal de nulidad del acto administrativo* (Doctoral dissertation, Universidad de Cartagena). <https://hdl.handle.net/11227/828>

García Martínez, M. E. (2017). La necesidad de regular la consulta previa en Colombia mediante una Ley Estatutaria. Universidad de los Andes <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/34501/u807806.pdf?sequence=1>

Instituto Colombiano De Bienestar Familiar (ICBF) Resolución 3748 de 2010. Por la cual se aprueba el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopciones. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_3748_2010.htm

Instituto Colombiano De Bienestar Familiar (ICBF). (2019) Estadísticas. Por el cual se expide las estadísticas de adopción en el año 2019. <https://www.icbf.gov.co>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF (2011) Resolución 652 de 2011. Por la cual se expide el Estatuto del Defensor de familia. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/estatuto_defensor.htm

Instituto de Bienestar Familiar (2019) Lineamiento técnico del modelo para la atención de los niños, las niñas y adolescentes, con derechos amenazados y/o vulnerados. https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/lm1.p_lineamiento_tecnic

[o del modelo para la atención de los niños niñas y adolescentes con derechos amenazados y vulnerados v7.pdf.](#)

Ministerio de cultura (2010) Cartografía de la Diversidad Dirección de Poblaciones. <https://www.mincultura.gov.co/SiteAssets/documentos/editores/20658/PUEBLOS%20IND%C3%8DGENAS%20DE%20COLOMBIA%2093%20MAPAS.pdf> (página 13)

Ministerio de interior (2020) Evolución Jurisprudencial de la Consulta Previa y Su Aplicación Práctica En Colombia. <https://www.mininterior.gov.co/wp-content/uploads/2022/03/Evolucion-jurisprudencial-de-la-consulta-previa-y-su-aplicacion-practica-en-Colombia.pdf> (página 11)

Peláez Grisales, H. (2015). Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desaventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 17(01), 125-168. <https://doi.org/10.12804/esj17.01.2014.04>

Peláez Grisales, H., Estrada-Jaramillo, L. M., Carrasquilla-Zuluaga, D., Sánchez-Escobar, C., & Cadavid-González, V. (2021). Sujetos de especial protección. <http://hdl.handle.net/20.500.11912/7729>

Puig Peña, F. (1953). Tratado de Derecho civil español. *Tomo II, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 97.*

Rodríguez, G. A. (2009). El Papel De La Consulta Previa En La Pervivencia De Los Pueblos Indígenas Y Demás Grupos Étnicos De Colombia (The Role of the Prior Consultation on the Survival of Indigenous Peoples and Other Ethnic Groups in Colombia). *El otro derecho*, 40(192).

Sánchez, L. F. R. (2001). La guardia y custodia de los hijos. *Derecho privado y Constitución*, (15), 281-330. [file:///Downloads/Dialnet-LaGuardiaYCustodiaDeLosHijos-229886%20\(3\).pdf](file:///Downloads/Dialnet-LaGuardiaYCustodiaDeLosHijos-229886%20(3).pdf)

Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2, 761-778.

The United Nations Children's Fund. UNICEF. (2003) Los pueblos indígenas en Colombia Derechos, Políticas y Desafíos. <https://www.unicef.org/colombia/media/251/file/Pueblos%20ind%C3%ADgenas%20Colombia.pdf>