

# LA RESOLUCIÓN DE DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD Y EL DEBIDO PROCESO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA PRESUNCIÓN A FAVOR DE LA FAMILIA BIOLÓGICA

Martha Teresa Flórez Samudio<sup>1</sup>

## Resumen:

En este artículo se aborda el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niñez en Colombia, resaltando sus pilares fundamentales: interés superior del niño, presunción a favor de la familia biológica y debido proceso. Dado que el proceso en mención puede concluir con la Resolución de Declaratoria de Adoptabilidad, que implica para el niño la separación definitiva de su familia biológica, se establece su alcance y consecuencias jurídicas, haciendo énfasis en la importancia del dictamen pericial como fundamento de ella, así como de la homologación judicial de esa decisión como control de legalidad y mecanismo de protección de los derechos fundamentales del niño y de su familia biológica.

Se propone una reforma a la Ley de Infancia y Adolescencia en el sentido que la homologación judicial de la resolución referida sea obligatoria, no solo cuando hay oposición como indica la Ley, en atención a las consecuencias jurídicas que esa decisión tiene, principalmente la adopción, con la consecuente separación del niño de su familia biológica, así como los derechos fundamentales del niño y de su familia allí involucrados.

---

<sup>1</sup> Abogada Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Especialista en Derecho Procesal, Especialista en Derecho Privado y Especialista en Derecho Médico de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Especialista en Seguridad Social, Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín. Juez Cuarta Civil del Circuito de Medellín. Aspirante a Magister en Derecho, Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico:marthatflorez@hotmail.com

**Palabras clave:** Restablecimiento de derechos del niño; resolución de declaratoria de adoptabilidad; homologación judicial; presunción a favor de la familia biológica.

## **Introducción**

En Colombia la Ley de Infancia y Adolescencia (2006), en el artículo 53 establece las medidas de restablecimiento de los derechos del niño, niña y adolescente, entre las cuales se encuentra la adopción. El artículo 63 de la Ley en mención indica que: “sólo podrán adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres” (<http://www.publicaciones.unicefcolombia.com/wp-content/uploads/2007/03/codigo-infancia-com.pdf>) atribuyendo al Defensor de Familia, en forma exclusiva, la competencia para declarar dicha adoptabilidad (Art. 89), luego de adelantarse el trámite administrativo correspondiente (Art. 92 y ss.). Esta decisión, cuando no hay oposición en el término máximo de los 20 días siguientes a dicha declaratoria y, por consiguiente, no se realiza el trámite de homologación ante el juez de familia, implica la pérdida de la patria potestad y custodia del niño, niña o adolescente, para los padres biológicos y la separación definitiva de su familia de origen (Art. 108).

En ese trámite administrativo el funcionario referido goza de una evidente discrecionalidad para efectos de verificar la situación real del niño, niña o adolescente. Sin embargo, esa discrecionalidad no puede significar arbitrariedad, y su aplicación debe obedecer a criterios objetivos, máxime cuando uno de los derechos del niño, de rango constitucional (Art. 44 C.P.), es el de tener una familia y no ser separado de ella, estableciéndose una presunción a favor de la familia biológica, tal como ha reiterado nuestra Corte

Constitucional en las sentencias T-510 de 2003, T-934 de 2007 y T-844 de 2011.

En varias providencias proferidas en acciones de tutela, entre ellas la T-887 de 2009, T-671 de 2010, T-502 de 2011 y T-844 de 2011, el máximo tribunal constitucional colombiano ha detectado un serio problema en la aplicación de esa discrecionalidad por parte del Defensor de Familia que adelanta el proceso administrativo que culmina con la resolución de declaratoria de adoptabilidad al sustentar esa decisión en circunstancias adversas por las que atraviesa la familia de origen, entre las cuales están: la pobreza, la falta de educación básica de sus miembros, entre otras, con la consecuente separación del niño, niña o adolescente, de ella. Una decisión con tal fundamento desconoce la especial protección constitucional que goza la familia (Artículo 5 de la C.P.) y, obviamente, el principio del interés superior del niño (Artículo 44 de la C.P.), con el agravante que, cuando no hay oposición en el trámite referido, no se surte la homologación judicial o control de legalidad de la resolución que declara la adoptabilidad, con las consecuencias ya indicadas.

Es pertinente resaltar que en otros países, como Argentina, Perú y Ecuador, la decisión equivalente a dicha resolución es de competencia jurisdiccional, no administrativa, precisamente por su relevancia y trascendencia en la vida del niño, niña o adolescente y de su familia biológica, a quienes cobija, permitiendo de ese modo que en sede judicial, en todos los casos, se verifique que, efectivamente, en el trámite que culmina con tal decisión, se haya garantizado el debido proceso y aplicado el principio del interés superior del niño en todas las actuaciones.

En ese contexto surge el siguiente problema jurídico: ¿Se vulnera el principio del interés superior del niño y el debido proceso, así como los derechos de los demás miembros de su familia, dentro del trámite

administrativo de restablecimiento de derechos, al proferirse resolución de declaratoria de adoptabilidad, con la consecuente separación definitiva del niño, niña o adolescente de su entorno familiar, aduciéndose como único fundamento para ello las circunstancias adversas por las que atraviesa la familia biológica?

Este artículo se desarrolla desde un enfoque dogmático, con una perspectiva jurídica, toda vez que se acude al análisis de la normativa sobre el tema y, desde una labor crítica, se propone una modificación de la misma. En cuanto a su enfoque metodológico, corresponde a un estudio de naturaleza cualitativa, en un primer momento descriptivo, porque se revisa el Derecho Positivo sobre el tema, para luego, desde una tarea crítica-prescriptiva, principalmente *lege ferenda*, formular una propuesta de modificación normativa que permita garantizar el debido proceso y el interés superior del niño en el trámite administrativo de restablecimiento de derechos que culmine con resolución de adoptabilidad.

Para ello, se utilizaron fuentes secundarias, de tipo documental, acudiendo al análisis de la normatividad sobre la temática en Colombia (Constitución Política, bloque de constitucionalidad, leyes, decretos, resoluciones, etc.), de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en revisión de acciones de tutela, de la Doctrina, y artículos actuales relacionados con el objeto de estudio. Se recolectó información de internet, en la página web de la Rama Judicial y en el rastreo de bases de datos de las diferentes bibliotecas de la ciudad.

El artículo consta de tres partes: en la primera se aborda el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del niño, niña o adolescente, resaltando los ejes en los que debe estar apoyado, principalmente el principio del interés superior del niño, la presunción a favor de la familia biológica y el

debido proceso. En la segunda, se establecerá el alcance y las consecuencias jurídicas de la resolución de declaratoria de adoptabilidad, la importancia del dictamen pericial en el trámite administrativo en que esta se profiere, los criterios objetivos a tener en cuenta en su fundamentación, y el valor de la homologación judicial como control de legalidad,

El último acápite corresponde a la propuesta que se formula tendiente a garantizar el debido proceso, el interés superior del niño y la aplicación de la presunción a favor de la familia biológica en el trámite administrativo de restablecimiento de derechos del niño, niña o adolescente.

Finalmente se concluye que, evidentemente, se vulnera dentro del trámite administrativo de restablecimiento de derechos, al proferirse resolución de declaratoria de adoptabilidad, el principio del interés superior del niño aduciéndose como único fundamento para ello las circunstancias adversas de la familia biológica, por cuanto, desde el aspecto sustancial, se desconoce el deber constitucional que tiene el Estado de proteger en forma integral a la familia, deber que se traduce en la implementación de políticas públicas en tal sentido que permitan superar esas circunstancias adversas en los casos extremos, a fin de garantizar los derechos fundamentales de sus miembros y en especial del niño, niña o adolescente, dado el carácter prevalente de sus derechos. Además, es inadmisibles en un Estado Social de Derecho la aplicación de una sanción a los padres biológicos o los miembros de la familia extensa por circunstancias como la pobreza, la falta de educación básica o la discapacidad.

También se concluye que en materia procesal se vulnera dicho principio por cuanto una decisión de tal naturaleza, con las consecuencias jurídicas que dicha decisión implica para la vida del niño, niña o adolescente, y de los demás miembros de la familia, como lo es la adopción, debe tener un control de

legalidad en todos los casos, por parte del juez de familia, y no solamente cuando hay oposición como establece la Ley de Infancia y Adolescencia.

## **1. El proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niñez y adolescencia en Colombia**

El Código de la Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, establece el procedimiento administrativo para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el cual se constituye en uno de los mecanismos jurídicos adoptados por el Estado tendiente a garantizar la protección integral de este grupo poblacional, protección que tiene su fundamento en nuestra Constitución Política, en el artículo 44, incluyendo el bloque de constitucionalidad, del cual hace parte la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños que fue ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

La protección integral referida también está consagrada en el artículo 7 de la Ley 1098 de 2006, disposición en la que se entiende tal protección como el reconocimiento de los niños niñas y adolescentes como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. Se indica, además, que esa protección se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos. Se resalta en esta normativa el reconocimiento del niño, la niña y el adolescente como sujetos de derechos, siendo a la vez objeto de protección especial por parte del Estado, que es el garante del ejercicio de esos derechos.

A su turno, el artículo 201 de la Ley en mención precisa que las políticas públicas de infancia y adolescencia han de entenderse como el conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y la familia, a efectos de garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, políticas que en el Código, como resalta Yadira Alarcón Palacio (2011), se ejecutan mediante la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de planes, proyectos y estrategias, bajo los principios de integralidad y articulación de dichas políticas, solidaridad, participación social, prioridad en la inversión social, financiación, gestión y eficiencia del gasto y de la inversión pública y la perspectiva de género.

Mabel Londoño Jaramillo (2007) señala que el Código de la Infancia y la Adolescencia pretende desarrollar una política pública ajustada al paradigma de protección integral de la niñez, siguiendo las directrices de la *Convención internacional sobre los derechos del niño y demás instrumentos internacionales en esa materia*, indicando que el proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia está regulado a partir del artículo 96 de la Ley, y que es el Estado el responsable de dicho restablecimiento cuando los derechos del niño son inobservados, amenazados o vulnerados. Cabe indicar que el artículo 50 precisa que ese restablecimiento de derechos ha de entenderse como la restauración de la dignidad del niño o adolescente, de su integridad como sujeto y de la capacidad para hacer efectivos los derechos vulnerados.

Ahora bien, la Ley de Infancia y Adolescencia determina, en su artículo 92, las autoridades competentes para adelantar el proceso de restablecimientos de derechos: los Defensores de Familia y Comisarios de Familia. Se establece en el artículo 98 que en los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que el Código le atribuye serán cumplidas por el Comisario de Familia y, en ausencia de este último, corresponderán al Inspector de Policía. Sin

embargo, la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia (Art. 89). Sobre la competencia, consagra el artículo 97, que será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente y, cuando se encuentre fuera del país, lo será la autoridad del lugar en donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional.

Es pertinente señalar que, como medidas de restablecimientos de derechos, en el artículo 32 de la misma normatividad se establecen: la amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; el retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y la ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; la ubicación inmediata en medio familiar; la ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso, y, por último, la medida más definitiva, la adopción. También se contempla que se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En el canon 103 se resalta el carácter transitorio de las medidas, las cuales también pueden ser modificadas o suspendidas, artículo que no se aplica cuando se haya homologado por el juez la declaratoria de adoptabilidad, cuando frente a esta no se hubiere presentado oposición, o cuando se decreta la adopción.

De conformidad con lo establecido en el canon 99 de dicha Ley, la actuación administrativa puede iniciarse a instancias del representante legal del niño, niña o adolescente, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, o directamente por el niño, niña o adolescente. También se iniciará cuando el Defensor o el Comisario de Familia o, en su caso, el Inspector de Policía tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los

derechos que el Código reconoce; la iniciará en forma oficiosa si es de su competencia, o, en caso contrario, avisará a la autoridad competente.

Indica también que en la providencia de apertura de investigación se deberá ordenar la identificación y citación de los representantes legales, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos; las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente y la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de sus derechos.

En el artículo 100 del Código de Infancia y Adolescencia se establece el trámite propiamente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos del niño, niña o adolescente. Se indica en dicha disposición normativa que, cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, la autoridad administrativa competente citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos y, si las partes concilian, se levantará el acta en la que se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación. Si fracasa el intento de conciliación, o transcurrido el plazo de diez días sin haberse realizado la audiencia, o cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario procederá a establecer, mediante resolución motivada, las obligaciones de protección al niño, niña o adolescente, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia.

También prescribe el artículo que el funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer y, vencido el traslado, decretará las pruebas que estime necesarias, fijará

audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición, la cual deberá interponerse verbalmente en la audiencia por quienes asistieron, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso en los términos del Código de Procedimiento Civil; resuelta la reposición o vencido el término para interponerla, el expediente será remitido al juez de familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad.

En el párrafo primero de la norma en mención se indica que, cuando lo estime aconsejable para la averiguación de los hechos, el Defensor, el Comisario de Familia o, en su caso, el Inspector de Policía, podrán ordenar que el equipo técnico interdisciplinario de la defensoría o de la comisaría, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial. En el párrafo segundo se establece que la actuación administrativa debe concluir dentro de los cuatro meses siguientes a la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación y que se podrá ampliar el término para fallar hasta por dos meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro meses iniciales, sin que sea posible, en ningún caso, nueva prórroga.

En el artículo 102 del Código de Infancia y Adolescencia dispone lo relativo a las notificaciones dentro del proceso, indicando que la citación ordenada en la providencia de apertura de investigación se practicará en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para la notificación personal, cuando se conozca la identidad y dirección de las personas que deban ser citadas, y, cuando se ignore la identidad o la dirección de quienes deban ser citados, se realizarán mediante publicación en la página de internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por tiempo no inferior a cinco días, y por transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía

del niño, niña o adolescente, si fuere posible. Las providencias que se dicten en las audiencias y diligencias se consideran notificadas en estrados y las demás notificaciones se surtirán mediante aviso.

Los artículos 107 y 108 del Código de Infancia y Adolescencia se refieren concretamente al contenido de la resolución de declaratoria de vulneración de derechos o la de declaratoria de adoptabilidad, y a la homologación judicial de esta última, artículos que se analizarán más adelante.

Estas disposiciones normativas, junto con las demás normas pertinentes del Código de Infancia y Adolescencia, debe aplicarse, por parte de las autoridades competentes, de conformidad con los lineamientos técnico administrativos de ruta de actuaciones y modelo de atención para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad, con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados, documento expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, aprobado por la Resolución No. 5929 del 27 de diciembre de 2010, el cual desarrolla lo establecido en el Código referido, haciendo énfasis en varios aspectos relevantes que, por su importancia, se resaltan a continuación.

Se contempla en los lineamientos que el Defensor de Familia deberá contar con un equipo interdisciplinario integrado, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista, cuyas funciones principales son: verificar la garantía de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; emitir el concepto de verificación de estado de cumplimiento de derechos junto con el Defensor de Familia; emitir conceptos integrales sobre la situación de derechos de los niños, niñas o adolescentes solicitados por la autoridad competente; y emitir dictámenes periciales.

Otro aspecto importante es la implementación de lo que se denomina en los lineamientos el triage al ingreso, que constituye el primer contacto que realiza el equipo de atención al ciudadano para determinar la actuación a que haya lugar de acuerdo con la situación detectada, el cual se realiza: abriendo la historia de atención, con los datos básicos y situación del niño, niña o adolescente, que deberá ser registrada en la forma señalada en el artículo 77 de la Ley 1098 de 2006; registrando el motivo por el cual se pide ayuda al Defensor de Familia o autoridad competente; contactando de manera inmediata a la familia del niño, niña o adolescente; clasificando el motivo de ingreso de acuerdo a las situación de sus derechos: inobservancia, amenaza o vulneración; y, por último, direccionando la atención hacia el equipo interdisciplinario o hacia la autoridad competente.

Se insiste en este modelo que la autoridad competente y su equipo técnico interdisciplinario deben verificar el estado de cumplimiento de derechos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 (Los derechos consagrados en el título I del libro I de dicha normatividad) y 138 del Código de Infancia y Adolescencia, y hacer las valoraciones psicológica y social al niño, niña o adolescente, miembros de su familia o de la red vincular; la valoración nutricional y alimentaria; elaborar un prediagnóstico y señalar recomendaciones con base en los resultados.

Sobre el trámite del proceso de restablecimiento de derechos, dispone este modelo una serie de pasos que deben seguir las autoridades competentes, que, en esencia, corresponden a lo consagrado en el Código de la Infancia y la adolescencia. Se hace hincapié en que el auto de apertura debe ser motivado, relacionando los hechos, el concepto del estado de cumplimiento de derechos y los presuntos derechos vulnerados o amenazados que dieron lugar a dicha apertura, ordenándose en él: la entrevista al niño, niña o adolescente para determinar sus condiciones individuales y circunstancias que lo rodean; las

actuaciones relacionadas en el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006; la notificación de dicho auto a las partes y al Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Código de la Infancia y Adolescencia; y el traslado de la solicitud.

Se resalta en los lineamientos que el traslado de la solicitud se surte entregando copia de ella a los interesados para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer dentro de los cinco días siguientes a la notificación, que el decreto de las pruebas, se hará mediante auto, fijándose en él la fecha de la audiencia en la que se practicarán las pruebas y se emitirá el fallo correspondiente, citando a las partes e informándoles que podrán comparecer con apoderado judicial y presentar los documentos o evidencias que pretendan a ser valer, así como los testigos.

Se indica, además, que la práctica de pruebas se hará en audiencia, con sujeción a las reglas del procedimiento civil, y que no es admisible objetar el dictamen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25, numeral 2, literal a, de la Ley 1395 de 2010, y que, luego de practicadas las pruebas, el Defensor de Familia o la autoridad competente, mediante resolución, proferirá el fallo, el cual deberá ser motivado de conformidad con los dictámenes periciales y demás elementos probatorios que obren en el proceso, fallo que podrá ser proferido en uno de dos sentidos: resolución de declaratoria de vulneración de derechos o resolución de declaratoria de adoptabilidad, providencia frente a la cual se podrá interponer el recurso de reposición si se asistió a la audiencia y en la misma se resuelve, o, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la resolución, si no se asistió a la audiencia, recurso que deberá ser resuelto por la autoridad administrativa dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término para interponerlo.

Esta descripción del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, desde la Ley 1098 de 2006 y los lineamientos técnico administrativos a que se ha hecho referencia, permite advertir que existe, desde la normatividad, un sistema de protección de los derechos de los niños niñas y adolescentes bajo la coordinación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en donde se propende por la publicidad de las actuaciones administrativas relacionadas con dicha protección, a fin de permitir la intervención de los interesados, entre ellos la familia biológica y el Ministerio Público como representante de la sociedad, sistema que también se encuentra dirigido a que las decisiones que se tomen se fundamenten en conceptos científicos que permitan conocer la situación real del niño, niña, o adolescente y, principalmente, un mejor proveer por parte de las autoridades competentes en cuanto a las medidas a adoptar; de allí la importancia de que en los lineamientos en mención se establezca que en las defensorías de familia se deba crear un equipo interdisciplinario.

Sin embargo, para que ese sistema funcione requiere, en la práctica, un Instituto Colombiano de Bienestar Familiar fortalecido y, principalmente, que, efectivamente, esas defensorías cuenten con un equipo interdisciplinario formado por profesionales idóneos y con los recursos necesarios para desarrollar su labor, no solo en las grandes ciudades sino también en todo el territorio nacional, lo cual evidentemente no ocurre en la actualidad, como señalan Cindy Luney Medina Ortiz, Evelyn Rodríguez Moreno y Gloria Vega Flautero (2012) en el estudio que realizaron sobre la eficacia de los lineamientos referidos, quienes concluyen que, para que dichos lineamientos logren eficacia, es necesario que se adecuen plantas físicas en las que se integre el personal necesario y se genere una verdadera corresponsabilidad entre las diferentes entidades; de allí que se presenten casos como los que dieron origen a las diferentes acciones de tutela en las que la Corte Constitucional advirtió un ejercicio deficiente en la aplicación de la

discrecionalidad de la que gozan las autoridades competentes, especialmente el Defensor de Familia.

Ahora bien, dentro del proceso de restablecimiento de derechos, se erigen como pilares, figuras como: El principio del interés superior del niño, la presunción a favor de la familia biológica y el debido proceso, las cuales a continuación se desarrollan.

### **1.1. Principio del interés superior del niño**

Como se indicó, en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños niñas y adolescentes, las autoridades competentes tiene el deber de aplicar en todas las actuaciones el principio del interés superior del niño, la presunción a favor de la familia biológica y el debido proceso, constituyéndose éstos en sus pilares fundamentales.

No hay duda alguna que el principio fundamental en materia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es el del interés superior del niño, no solo a nivel nacional sino también internacional.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989) establece en su artículo 3º, numeral 1, que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>).

Como bien lo señala Miguel Cillero Bruñol (1998) al referirse a la consagración del citado principio en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ese interés superior tiene carácter imperativo para las

autoridades e instituciones privadas, constituyendo un límite a su discrecionalidad ([http://iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)).

Martha Isabel Villar Torres (2008) precisa que el Interés Superior de la Niñez constituye en sí mismo un principio rector, que se expresa en un conjunto de acciones y procesos dirigidos a garantizar el desarrollo integral y una vida digna de los niños, así como unas condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

En Colombia, el artículo 44 de la Constitución Política eleva, a rango constitucional, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, indicando que son fundamentales *per se* y prevalentes sobre los derechos de los demás, consagrándose, de esa manera, el interés superior del niño como principio rector en todas las actuaciones del Estado y de la sociedad en esta materia. En el Código de Infancia y Adolescencia se define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como: “...el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (<http://www.publicaciones.unicefcolombia.com/wp-content/uploads/2007/03/codigo-infancia-com.pdf>)

La Corte Constitucional, en sentencia T-580 A de 2011, al reiterar su jurisprudencia sobre el concepto del interés superior del niño, resalta que este consiste en el reconocimiento de la naturaleza prevalente de sus derechos e intereses, que impone al Estado a la sociedad y a la familia darle un trato acorde con esa prevalencia, lo que implica que “... lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad” (Sentencia T- 514 de 1998). ([www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-580A-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-580A-11.htm)). Hace

relación a la sentencia T-979 de 2001, en la que se explica que ese reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración a su vulnerabilidad y a las condiciones especiales que este requiere para su crecimiento y formación, y que su propósito es garantizar el desarrollo de su personalidad en el máximo grado.

En cuanto a la aplicación concreta del interés superior del niño y su carácter prevalente, la Corte Constitucional, en sentencia T-510 de 2003, precisa que la determinación de dicho interés se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso por cuanto no constituye un ente abstracto, sin vínculos con la realidad concreta sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica, sino que, por el contrario, ese interés, que es de naturaleza real y relacional “...*sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal*” (T-510 de 2003) (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-510-03.htm>).

La Corte Constitucional, en la sentencia T-580 A de 2011, fijó una subregla jurisprudencial que deberá observar el juez constitucional para determinar el interés superior del niño, regla que, se considera, también debe ser aplicada por las demás autoridades, administrativas y judiciales, que tienen a su cargo garantizar los derechos de la niñez. Indica la Corte que, para determinar el interés superior del niño en cada caso, el juez constitucional deberá observar los siguientes criterios: las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad, y las normas establecidas en el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. Resalta el importante margen de discrecionalidad con el que cuentan las autoridades administrativas y judiciales

encargadas de determinar el contenido del interés superior para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y recuerda a esas autoridades los deberes constitucionales y legales que tienen con la preservación del bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes, que requieren de su protección, los cuales los obligan a aplicar un grado especial de diligencia y cuidado al momento de adoptar sus decisiones.

A su vez la Corte Constitucional reitera los criterios jurídicos generales a los cuales debe acudir para determinar el interés superior del niño y para materializar el carácter prevalente de sus derechos fundamentales en un caso concreto, entre ellos: que se garantice el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, y la evolución de su personalidad; que la familia, la sociedad y el Estado brinden la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a desarrollarse integralmente, según las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño; se garantice el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, aplicando siempre la norma más favorable a los intereses del niño, niña, o adolescente; que se proteja la niñez frente a riesgos prohibidos; que haya equilibrio entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes y los derechos de sus parientes biológicos o de hecho, atendiendo al carácter prevalente de los primeros; que se evite cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente, involucrado.

Precisa la Corte que en una decisión sobre el bienestar del niño, niña o adolescente, la autoridad debe abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra al momento mismo de la decisión, según las características del cuidado que está recibiendo o que podría recibir un menor de edad, y a la forma en que estas le permiten materializar plenamente sus derechos fundamentales, independientemente de su nivel de ingresos.

## 1.2. Presunción a favor de la familia biológica

El artículo 42 de la Constitución Política colombiana establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, atribuyéndole al Estado y a la sociedad la obligación de garantizar su protección integral.

En cuanto al derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia T-934 de 2007, reiteró que este derecho está protegido por la Constitución, en el artículo 44 y en la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por Colombia, a partir del reconocimiento hecho por los estados partes de que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular de los niños. Resalta también la Corte que en dicha Convención, en el artículo 8°, se determina que los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas.

Se agrega en la providencia en mención que la familia es un espacio vital que constituye una condición para la realización de los demás derechos fundamentales del niño, no solo por los lazos de afecto y solidaridad que suelen darse en esa institución y que favorecen el desarrollo integral de una persona, sino porque la Constitución impone a la familia la obligación imperiosa de asistir y proteger al niño a fin de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

En la Sentencia T- 572 de 2009, el máximo tribunal constitucional colombiano manifestó que la familia, como núcleo de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado y que, por ello, en consideración a que la protección de la unidad familiar es un derecho *ius fundamental*, las autoridades públicas deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o

judiciales que impliquen, en la práctica, violación de la unidad familiar so pretexto de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes. También recuerda que, además de la faceta *ius fundamental* del derecho a la unidad familiar, esta cuenta con una faceta prestacional a cargo del Estado, quien se encuentra constitucionalmente obligado a diseñar e implementar políticas públicas eficaces, tendientes a preservar dicha unidad, con medidas positivas que apunten a lograr un equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de la familia y la atención y cuidado que merecen los niños.

La Corte Constitucional en la sentencia T-844 de 2011, refiriéndose a esa faceta prestacional de la unidad familiar, resalta que el Estado debe implementar acciones positivas dirigidas a mantenerla y preservarla y que no puede ser ajeno a una realidad social que consiste en que miles de familias no tienen los recursos económicos suficientes para cumplir ciertas obligaciones, pero que ello no puede derivar en la separación de las familias que se encuentren en una precaria situación, por lo que debe implementar apoyo para las mismas.

Igualmente, reitera, que el derecho fundamental del niño a una familia y a no ser separado de ella (Art. 44 de la C.P.), así como las garantías adicionales constitucionales (Artículos 5, 15, 28 y 42 de la C. P), forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos, teniendo dicho derecho una especial importancia puesto que, por su ejercicio, se materializan otros derechos fundamentales del niño toda vez que es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, al amor, a la educación y condiciones mínimas para desarrollarse en forma apta. De lo anterior, deriva la regla de la presunción a favor de la familia biológica, según la cual: “las medidas estatales de intervención en la vida familiar, únicamente pueden traer como resultado final la separación de los menores de dieciocho

años, cuando quiera que ésta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con los niños, las niñas y adolescentes, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico” (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-844-11.htm>).

En la sentencia T-844 de 2011, respecto a la presunción a favor de la familia biológica, resalta que se encuentra amparada en múltiples disposiciones internacionales que obligan al Estado colombiano, como los son: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Indica, además, que también tiene sustento en la regla según la cual el niño recién nacido forma parte de la familia biológica, cualquiera que sea la configuración de tal grupo familiar, por el solo hecho del nacimiento, lo que lo hace titular del derecho a recibir protección por parte de su familia.

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional del Perú (2009) precisó que el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, por ser el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños. Resalta que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella. Lo anterior, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

### **1.3. Debido proceso**

El artículo 29 de la Constitución Política colombiana consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, derecho que también consagra la Ley 1098 de 2006, en el artículo 26, respecto de los niños, niñas y adolescentes, disponiendo que tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en el que estén involucrados, actuaciones en las que también tendrán derecho a ser escuchados y que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Es importante señalar que las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen parte integral del Código de la Infancia y Adolescencia, y deben servir de guía para su interpretación y aplicación, y, en el último evento, siempre se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente (Art. 6).

En cuanto al alcance de este derecho fundamental, la Corte Constitucional, en sentencia T-844 de 2011, destaca que el debido proceso se aplica a toda actuación administrativa, desde el inicio del respectivo procedimiento hasta su culminación, y debe asegurarse durante todas las etapas, como por ejemplo: el principio de legalidad, favorabilidad, inocencia, derecho de defensa, derecho de contradicción, presentar pruebas, controvertir las de las contraparte; lo anterior, frente a todos los sujetos involucrados.

Indica la Corte en esta sentencia, que el derecho fundamental al debido proceso se concreta en las siguientes garantías: de informar a la persona interesada de cualquier medida que lo pueda afectar y que, mientras se adopta

la decisión a que haya lugar, a la persona se le deben garantizar la plena vigencia de sus derechos, especialmente el de contradicción e impugnación.

Lo anterior significa que en el trámite administrativo de restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente, no solamente se debe garantizar el cumplimiento de las normas adjetivas o procedimentales, sino también, normas de carácter sustancial, como el contenido del principio del interés superior del niño, y del derecho de tener una familia y no ser separado de ella, con la presunción a favor de la familia biológica a que se ha hecho referencia.

Ahora bien, después de haber abordado de manera general el proceso de restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente, resaltando sus aspectos relevantes y, principalmente, los pilares en que debe estar cimentado, esto es, el principio del interés superior del niño, la aplicación de la presunción a favor de la familia biológica y el debido proceso, se analizará la resolución de declaratoria de adoptabilidad, una de las dos decisiones en que puede culminar el referido proceso, en atención a las consecuencias directas que puede tener para el niño, niña o adolescente y para su familia cuando no se presenta oposición y, por ende, no se surte el trámite de la homologación judicial, como lo es la adopción, análisis que se extenderá a estas dos últimas medidas lo cual permitirá dimensionar su alcance.

## **2. La resolución de declaratoria de adoptabilidad y la adopción**

Como se indicó, la resolución de declaratoria de adoptabilidad, proferida por el Defensor de Familia luego de surtir el trámite administrativo de restablecimiento de derechos, deja al niño, niña o adolescente cobijado por ella en situación de ser entregado en adopción, cuando no se presenta oposición con el subsiguiente trámite de homologación judicial; por ello, resulta pertinente analizar la normativa que la consagra.

El canon 107 del Código de la Infancia y la Adolescencia indica que en la resolución que declara la situación de adoptabilidad, así como la que declara la vulneración de derechos, se ordenarán una o varias de las medidas que consagra el Código. En el parágrafo 1º de este último artículo se establece que, dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad, podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa, expresando las razones en que se fundan y aportando las pruebas que sustentan la oposición.

Llama la atención que en el parágrafo 1º del artículo 99 de la misma normatividad se concede a la autoridad que adelanta el proceso de restablecimiento de derechos la facultad de decretar o no un dictamen pericial para la averiguación de los hechos, lo cual, cuando se trata de procesos que culminan con resolución de declaratoria adoptabilidad sin que dicho dictamen se rinda, pone en riesgo el interés superior del niño y los derechos de la familia biológica. Al respecto, es pertinente resaltar que en varias providencias del máximo tribunal constitucional colombiano, al revisar acciones de tutela, como se anotó, detectó problemas en la aplicación de la discrecionalidad de la que goza el Defensor de Familia, concretamente cuando sustenta sus decisiones, entre ellas la resolución de declaratoria de adoptabilidad, en circunstancias adversas por las que atraviesa la familia de origen, entre las cuales están la pobreza, la falta de educación básica o discapacidad de sus miembros.

Dicho problema bien puede minimizarse con la intervención de un equipo interdisciplinario que valore la situación real del niño y establezca lo que es mejor para su protección integral, uno de los objetivos que se pretende con los lineamientos técnico administrativos expedidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2010) por cuanto en ellos se establece el deber que en las

defensorías de familia se cree un equipo disciplinario, integrado, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista, garantizaría la práctica de dictámenes periciales que sirvan de fundamento, desde una perspectiva científica, a las decisiones que tomen las autoridades competentes; lo anterior, siempre y cuando en todas las defensorías del país se conforme dicho equipo con profesionales idóneos.

A su turno, el artículo 108 del mismo estatuto, dispone que, al declararse la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente, existiendo oposición en la actuación administrativa, o la oposición se presenta en la oportunidad prevista en el párrafo primero del artículo 107, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al juez de familia para su homologación. Prescribe la norma que, en los demás casos, la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina de registro civil. Lo anterior significa que la resolución de adoptabilidad, cuando no hay oposición y, por ende, no se surte el trámite de la homologación judicial, tiene como efecto la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente, y la consecuente adopción, que implica la separación definitiva de su familia de origen.

Los lineamientos técnico administrativos de ruta de actuaciones y modelo de atención para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad (2010) se refieren a la homologación judicial ante el Juez de Familia como un control de legalidad o de revisión frente al derecho fundamental del debido proceso y por ende, del correcto ejercicio del derecho de defensa, resaltando que no es una segunda instancia en la que resulte posible abordar o cuestionar los criterios de valoración probatoria que sobre los elementos allegados pueda haber hecho el

Defensor de Familia o, en su caso, el comisario de familia, o el inspector de policía.

Sin embargo, respecto a ese tópico, la Corte Constitucional advierte que la competencia del juez de familia, en el trámite de homologación, no solo se limita al control formal del procedimiento llevado a cabo en la actuación administrativa, sino que se extiende a establecer si la medida adoptada atendió el interés superior del niño, niña o adolescente (Sentencia T-671 de 2010); es decir, la homologación judicial constituye un control de legalidad que no se limita a verificar que se haya cumplido con las reglas procesales en el trámite administrativo de restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente, sino que también permite establecer si la actuación administrativa atendió el interés superior del niño, si se aplicó la presunción a favor de la familia biológica, como indicó la Corte Constitucional en la sentencia T-502 de 2011 (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-671-10.htm>).

En el mismo sentido, en la sentencia T- 664 de 2012, luego de reiterar su jurisprudencia sobre el tema, la Corte Constitucional precisa el alcance de la homologación judicial de la declaratoria de adoptabilidad, resaltando que el juez de familia en ese trámite cumple una doble función: realiza el control de legalidad de la actuación administrativa, y, además, debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de los implicados en el trámite, en especial, debe salvaguardar el interés prevalente de niños, niñas y adolescentes, actuando de esta forma como juez constitucional.

Es pertinente resaltar que en varios estados latinoamericanos, entre ellos Argentina, Perú y Ecuador, la decisión equivalente a la declaratoria de adoptabilidad en Colombia, es de competencia exclusiva del Juez de Familia.

En efecto, en Argentina, el Código Civil, en el artículo 316, modificado por la Ley 24779 (1997) relativa a la adopción, refiriéndose a la guarda preadoptiva, indica que deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del niño o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo (<http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/ln24779.htm>).

En similar sentido, el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, en su artículo 158, establece que la declaratoria de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, es de competencia judicial, disponiendo que el juez solo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado cuando de las investigaciones realizadas se establezca sin lugar a dudas que se encuentra en cualquiera de los casos que allí se relacionan y, que, una vez ejecutoriada tal decisión, dentro de los 10 días siguientes, el juez deberá notificarla a la Unidad Técnica de Adopciones de la respectiva jurisdicción.

Por su parte en Perú, el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337 (2000) en su artículo 249, también señala que la declaración del estado es competencia judicial. Indica el artículo referido: *“el Juez competente en un plazo que no excederá de quince (15) días calendario, previo dictamen fiscal, expedirá resolución judicial que se pronuncie sobre el estado de abandono del niño o adolescente”* (<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codninosyadolescentes.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>).

Si bien en estos países la etapa de investigación previa a la decisión de adoptabilidad del niño, niña y adolescente es de carácter administrativo, la competencia para declarar dicha adoptabilidad es judicial.

Ahora bien, siendo la adopción una de las consecuencias jurídicas de la resolución de declaratoria de adoptabilidad, es pertinente indicar que ésta es

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, como lo indica el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, siendo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la autoridad central en materia de adopción en Colombia (Art. 62).

Según el artículo 64 de la misma normatividad, la adopción produce los siguientes efectos: 1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo. 2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos. 3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, solo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el juez encontrara justificadas las razones de su cambio. 4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9 del artículo 140 del Código Civil. 5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

Como puede advertirse, los efectos de la adopción a que se ha hecho referencia permiten comprender el alcance e importancia de la decisión de declaratoria de adoptabilidad en la vida del niño, niña o adolescente por ella cobijado, como también, en la vida de los demás miembros de su familia biológica; de allí la necesidad que el ordenamiento jurídico prevea controles sobre su legalidad, no sólo en lo procedimental, sino también, en lo sustancial, como se verá, control que en Colombia se realiza mediante el trámite de la homologación judicial, solo cuando se presenta oposición a la resolución de declaratoria de adoptabilidad, como señala el artículo 108 del Código de la

Infancia y de la Adolescencia, y, a nivel constitucional, a través de la acción de tutela.

Por lo anteriormente expuesto, con el fin de establecer mecanismos procesales que garanticen la protección de los derechos del niño, niña y adolescente, el debido proceso y la aplicación de la presunción a favor de la familia biológica, se formula una propuesta de reforma a la Ley de Infancia y Adolescencia en el sentido de hacer obligatoria la homologación judicial de la resolución de adoptabilidad como un control de legalidad y garantía de esos derechos.

### **3. La homologación judicial obligatoria de la resolución de declaratoria de adoptabilidad: mecanismo idóneo para garantizar los derechos de la niñez y de su familia biológica en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos**

Como se ha reiterado en el presente artículo, en Colombia los derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen el carácter de fundamentales *per se*, y prevalentes sobre los derechos de los demás, según el artículo 44 de la Constitución Política, consagrándose en este mandato, de raigambre en el derecho internacional, principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio del interés superior del niño, cuya satisfacción corresponde tanto a las autoridades como a los particulares que tengan competencia para brindarla, siendo el Estado, la familia y la sociedad garantes de la protección integral de la niñez y adolescencia.

La Ley 1098 de 2006 recoge ese mandato en todo su articulado, estableciendo el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, en el que las autoridades competentes, especialmente el Defensor de Familia, gozan de una evidente discrecionalidad para verificar la situación por la que atraviesa

el niño, niña o adolescente, cuyos derechos están siendo inobservados, amenazados o vulnerados y, principalmente, para adoptar las medidas de restablecimiento de derechos, proceso que debe estar cimentado en el principio del interés superior del niño, la aplicación de la presunción a favor de la familia biológica y el debido proceso.

Sin embargo, como ha reiterado la Corte Constitucional, en numerosas sentencias de revisión de acciones de tutela, esa discrecionalidad no puede significar arbitrariedad, con mayor razón cuando se trata de los procesos administrativos que culminan con resolución de declaratoria de adoptabilidad, la cual es emitida exclusivamente por el Defensor de Familia, providencia que, cuando no hay oposición, trae como consecuencia para los padres del niño, niña o adolescente, la terminación de la patria potestad, y la consecuente separación definitiva de éste de su familia biológica.

En efecto, en la Sentencia T-887 de 2009, la Corte Constitucional revisó los fallos proferidos en una acción de tutela interpuesta contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por una madre que fue separada de su hijo de pocos días de nacido, por una Trabajadora Social quien le exigió entregárselo a una madre sustituta por orden de dicho Instituto, quien posteriormente no le permitió visitar a su hijo ni hizo factible que se lo devolvieran a ella o a una de sus hermanas que tenía mejores condiciones económicas, pese a que llenaron las exigencias que les hizo la Defensora de Familia en cuanto a cambio y habitación de ella con su compañero permanente, funcionaria que declaró el estado de abandono del menor (con el anterior Código del Menor); la trabajadora social posteriormente fue destituida, precisamente por irregularidades cometidas para agilizar adopciones. En su providencia, el alto tribunal constitucional reitera que, alegar la intervención estatal con el argumento de que los padres o familiares carecen de suficientes recursos económicos y nivel de educación, resulta inaceptable.

En la Sentencia T.844 de 2011 la Corte Constitucional estudia el caso de una menor de edad, criada por la abuela materna y posteriormente por el abuelo, quien fue llevada con engaños y entregada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por una tía abuela, aduciendo que los familiares con los que contaba se hallaban en situación de pobreza extrema y que la niña era objeto de malos tratos y estaba expuesta a abusos sexuales; el Instituto declaró la situación de abandono de la niña y luego, mediante sentencia, fue entregada en adopción. La acción de tutela tiene como fundamento que la familia de crianza nunca conoció el acto administrativo que la declaró en situación de abandono y por tal motivo no hizo uso de las herramientas jurídicas para oponerse, como tampoco tuvo conocimiento oportuno de la sentencia que aprobó la adopción. Por otro lado, el proceso de adaptación de la niña en su hogar adoptivo falló pues pedía ser puesta en contacto con su familia biológica, razón por la cual fue reintegrada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien inició nuevamente el trámite administrativo de adopción y, por ello, otra tía abuela de la niña interpuso la acción señalando que el Defensor de Familia y su equipo interdisciplinario “amañaron” la información y tomaron una decisión sin fundamentos reales.

En dicha providencia, la Corte reitera la regla de la presunción a favor de la familia biológica, el deber de las autoridades de garantizar el debido proceso y el principio del interés superior del niño, cuyos apartes pertinentes ya se resaltaron en capítulos anteriores. En similar sentido, se pronuncia en las Sentencias T-510 de 2003, T-502 de 2011, T-580A de 2011, entre otras ya citadas en el presente artículo.

La mayoría de los casos analizados por la Corte Constitucional hacen referencia a procesos administrativos de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes que culminaron con resoluciones de declaratoria de

abandono, bajo el anterior Código del menor, o de declaratoria de adoptabilidad, decisiones que no fueron objeto de homologación judicial en su momento, acciones de tutela en las que se adujo, o bien la vulneración del debido proceso, por no convocar al trámite a la familia extensa o porque no se practicaron pruebas que hubieran podido determinar la situación real del niño, niña o adolescente, o porque dichas resoluciones se fundamentaron únicamente en las circunstancias adversas por las que atravesaba la familia biológica, como la falta de recursos económicos, bajo grado de educación, discapacidad.

Siendo la homologación judicial de la resolución de declaratoria de adoptabilidad no solamente un mecanismo de control de legalidad respecto a los aspectos de forma del trámite administrativo, sino, ante todo, como resalta la Corte Constitucional, permite establecer si la actuación administrativa atendió el interés superior del niño y si se aplicó la presunción a favor de la familia biológica; dicha homologación debería ser obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico en atención a los derechos fundamentales del niño y de su familia allí involucrados, máxime cuando en países como Argentina, Perú y Ecuador, la decisiones de declaratoria de abandono, desamparo, o la guarda preadoptiva, que tienen los mismos efectos que la resolución de declaratoria de adoptabilidad, es de competencia exclusiva del órgano jurisdiccional, lo que denota el interés de esos Estados de minimizar los riesgos de decisiones arbitrarias que puedan afectar a sus niños niñas y adolescentes.

En ese orden de ideas, se propone una reforma a la Ley de Infancia y Adolescencia colombiana en el sentido que la homologación judicial de la resolución referida sea obligatoria, no solo cuando hay oposición como indica la Ley, en atención a las consecuencias jurídicas que esa decisión implica, principalmente la adopción, con la consecuente separación del niño, niña, o

adolescente de su familia biológica, así como los derechos fundamentales de éste y de su familia.

Tal reforma implicaría modificar el artículo 108 de la Ley de Infancia y Adolescencia el cual, se sugiere, podría quedar así:

Artículo 108. Homologación de la declaratoria de adoptabilidad. Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación, en todos los casos.

## **Conclusiones**

En Colombia, los derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen el carácter de fundamentales, siendo prevalentes sobre los derechos de los demás, como indica el artículo 44 de la Constitución Política, disposición normativa que consagra el principio del interés superior del niño, el cual debe aplicarse en todas las actuaciones en que se encuentren involucrados éstos, tanto por las autoridades como por los particulares que tengan competencia para brindarles protección integral.

En el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niñez y de la adolescencia, las autoridades competentes deben garantizar el interés superior de éstos, la aplicación de la presunción a favor de la familia biológica y el debido proceso, tal como ha reiterado el máximo Tribunal Constitucional de Colombia.

En dicho proceso las autoridades competentes gozan de un importante margen de discrecionalidad para evaluar la situación del niño o adolescente así como para adoptar las medidas de restablecimiento de derechos consagradas

en la Ley de la Infancia y adolescencia, discrecionalidad que no puede significar arbitrariedad, y que debe ser aplicada siguiendo criterios objetivos, como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad, y las normas establecidas en el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil (Sentencia T580 de 2011).

En el proceso en mención se vulnera el principio del interés superior del niño, así como el derecho fundamental de éste a tener una familia y no ser separado de ella, al proferirse resolución de declaratoria de adoptabilidad, decisión que, cuando no hay oposición lleva a la adopción con la consecuente separación definitiva de la familia biológica, cuando se aduce como único fundamento para ello las circunstancias adversas de la familia biológica, como pobreza, bajo grado de educación, discapacidad, etc., por cuanto se desconoce el deber constitucional que tiene el Estado de proteger en forma integral a la familia, deber que se traduce en la implementación de políticas públicas que permitan superar esas circunstancias adversas, siendo inadmisibles en un Estado Social de Derecho que, por ellas, se aplique una sanción a los padres biológicos o los miembros de la familia extensa, como lo sería tal decisión.

También en materia procesal se vulnera dicho principio toda vez que una decisión de tal naturaleza, con las consecuencias jurídicas que dicha decisión implica para la vida del niño y de los demás miembros de la familia biológica, como lo es la subsiguiente adopción, debe tener un control de legalidad en todos los casos, por parte del juez de familia, y no solamente cuando hay oposición como establece la Ley de Infancia y Adolescencia.

La homologación judicial en todos los eventos en los que se profiera resolución de declaratoria de adoptabilidad permitiría realizar un control de legalidad no solo para garantizar el cumplimiento de las normas adjetivas o procedimentales, es decir, el debido proceso, sino también, para garantizar la

aplicación de normas de carácter sustancial, como el principio del interés superior del niño, y del derecho de tener una familia y no ser separado de ella, con la presunción a favor de la familia biológica.

Por esa razón se recomienda una reforma del artículo 108 del Código de la Infancia y adolescencia de Colombia, estableciendo la homologación judicial de la resolución de adoptabilidad en todos los casos, no solamente cuando hay oposición como se contempla en la actualidad, disposición normativa que, se sugiere, podría quedar así: HOMOLOGACIÓN DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD. Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación, en todos los casos.

También se recomienda que el Estado fortalezca el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a fin que, efectivamente, todas las Defensorías de Familia cuenten con un equipo interdisciplinario, como se establece en los lineamientos técnico administrativos de ruta de actuaciones y modelo de atención para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad (2010), conformado con profesionales idóneos, con el fin de que en todos los casos sus conceptos científicos orienten a la autoridad competente en la verificación de la situación real del niño, niña o adolescente, y, principalmente, en la adopción de las medidas de restablecimiento de derechos más adecuada para éste.

## **Referencias**

### **Artículos:**

Alarcón Palacio, Y. (2011). Constitucionalismo y garantismo en los derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia. *Revista Universitas*, (122), 363-

392. Recuperado de [http://vlex.com.consultaremota.upb.edu.co/vid/constitucionalismo-garantismo-adolescencia-379988318?ix\\_resultado=1.0&query\[buscableid\]=29&query\[buscable\\_type\]=Coleccion&query\[q\]=proceso+administrativo+de+restablecimiento+de+derechos](http://vlex.com.consultaremota.upb.edu.co/vid/constitucionalismo-garantismo-adolescencia-379988318?ix_resultado=1.0&query[buscableid]=29&query[buscable_type]=Coleccion&query[q]=proceso+administrativo+de+restablecimiento+de+derechos)

Cillero Bruñol, M. (1998). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1-16*. Recuperado de [http://iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)

Londoño, M. (2007). Procedimiento administrativo para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes según la Ley 1098 de 2006. *Revista Universidad Católica de Oriente*, (24), 27- 46. Recuperado de <http://www.uco.edu.co/publicaciones/revistas/Documents/Revista%20UCO%20N%C3%BAmero%20024.pdf#page=28>

Medina Ortiz, C. L., Rodríguez Moreno, E. & Vega Flautero, G. (2012). *Eficacia de los lineamientos técnicos administrativos para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes, Resolución 5929 de 2010*. (Monografía de grado para optar el título de abogado). Universidad Libre, Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/10901/6410/1/MedinaOrtizCindyLuney2012.pdf>

Villar Torres, M. I. (2008). *Interés superior del menor significado y alcances, 14*. Recuperado de <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/255.pdf>

## **Legislación**

Argentina. (1997). *Código civil. Artículo 316, modificado por la ley 24779 de 1997*. Recuperado de <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/ln24779.htm>

Colombia. (1991). *Constitución política 1991. Artículo 5 y 44*. Recuperado de <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>

Colombia. Congreso de la República. (2006). *Ley de infancia y adolescencia*. Recuperado de <http://www.publicaciones.unicefcolombia.com/wp-content/uploads/2007/03/codigo-infancia-com.pdf>

Ecuador. Código de la niñez y adolescencia. (2002). Recuperado de [http://www.rasonu.com.ec/index.php?option=com\\_remository&Itemid=108&func=startdown&id=41&lang=es](http://www.rasonu.com.ec/index.php?option=com_remository&Itemid=108&func=startdown&id=41&lang=es)

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2010). *Lineamientos técnico administrativos de ruta de actuaciones y modelo de atención para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad, con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados (2010) Aprobado por Resolución No. 5929 del 27 de Diciembre de 2010*. Recuperado de [www.Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.gov.co/.../Lineamientos/01%20%20Modulo%20I%20Ruta%2](http://www.InstitutoColombianoDeBienestarFamiliar.gov.co/.../Lineamientos/01%20%20Modulo%20I%20Ruta%2)

Organización de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los derechos del niño (1989)*. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

Perú. Código de los Niños y Adolescentes (2000). *Artículo 249*. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codninosyadolescentes.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>

## Jurisprudencia

Colombia. Corte Constitucional. (2003). *Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. (Sentencia T- 510)*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-510-03.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2007). *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, (Sentencia T-934)*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-934-07.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2009). *M.P. Humberto Antonio Sierra Porto (Sentencia T-572)*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-572-09.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2009). *M. P. Mauricio González Cuervo. (Sentencia T-887)*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-887-09.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2010). *M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Sentencia T-671)*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-671-10.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2011). *M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Sentencia T- 502)*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-502-11.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2011). *M. P. Mauricio González Cuervo (Sentencia T-580A)*. Recuperado de [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-580A-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-580A-11.htm)

Colombia. Corte Constitucional. (2011). *M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Sentencia T-844)*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-844-11.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2012). *M.P. (E) Adriana María Guillén Arango (Sentencia T- 664)*. Recuperado de [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-664-12.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-664-12.htm)

Perú. Tribunal Constitucional. (2009). *Magistrados: Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz*. Recuperado de [http://www.tc.gob.pe/tcaldia\\_sentencias/magistrado\\_mesia/Interes\\_superior\\_nino\\_cmesia.pdf](http://www.tc.gob.pe/tcaldia_sentencias/magistrado_mesia/Interes_superior_nino_cmesia.pdf)